

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

**WASHINGTON, D.C.**

**Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.**

(Demandantes)

**c.**

**República del Perú**

(Demandada)

**Caso CIADI No. ARB/10/2**

---

**DECISIÓN SOBRE SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES**

---

**Miembros del Tribunal:**

Prof. Brigitte Stern  
Dr. Eduardo Zuleta  
Sr. Yves Derains  
(Presidente del Tribunal Arbitral)

*Secretaria del Tribunal*  
Sra. Natalí Sequeira

***Representando a las Demandantes***

Eduardo Silva Romero  
Pierre Mayer  
José Manuel García Represa  
*Dechert (París) LLP*  
París, Francia

***Representando a la Demandada***

Jonathan C. Hamilton  
Rafael Llano Oddone  
Francisco X. Jijón  
Juan Francisco González  
*White & Case LLP*  
Washington, DC / México, D.F.

María del Carmen Tovar Gil  
*Estudio Ehecopar*  
Lima, Perú

## ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES PROCESALES DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES .....</b>	<b>3</b>
<b>II. POSICIÓN DE LAS PARTES .....</b>	<b>7</b>
A. Posición de las Demandantes .....	7
1. Los Hechos según las Demandantes.....	7
2. Los Fundamentos de Derecho de la Solicitud .....	10
a) Los derechos que se deben proteger .....	11
i. Derechos Sustantivos.....	11
i. Derechos Procesales .....	11
b) La urgencia de proteger los derechos de las Demandantes.....	14
c) La necesidad de proteger los derechos de las Demandantes.....	14
B. Posición de la Demandada.....	16
1. Los Hechos según la Demandada.....	17
2. El Estándar para Decretar Medidas Provisionales.....	19
a) Las medidas deben ser necesarias para proteger un derecho.....	19
i. Derechos Sustantivos.....	20
ii. Derechos Procesales .....	20
b) Las medidas deben ser urgentes.....	22
c) Las medidas deben ser necesarias para evitar un daño irreparable.....	22
d) Las medidas deben otorgarse sólo en circunstancias excepcionales.....	23
<b>III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL .....</b>	<b>24</b>
A. Marco Legal.....	24
B. Jurisdicción <i>prima facie</i> .....	25
C. Referencia a Precedentes .....	27
D. Requisitos de las Medidas Provisionales.....	27
E. Existencia de Derechos de las Demandantes que requieran protección.....	28
1. Derecho a la plena protección de la inversión.....	29
2. Derecho a la exclusividad del arbitraje CIADI .....	30
3. Derecho a que se mantenga el status quo y a que no se agrave la controversia...	32
4. Derecho a la integridad procesal del arbitraje CIADI .....	35
F. Urgencia y Necesidad.....	38
<b>IV. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>41</b>
<b>V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.....</b>	<b>42</b>

## **I. ANTECEDENTES PROCESALES DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES**

1. El 19 de enero de 2010, Convia! Callao S.A. y CCI (las “Demandantes” o “Convia!”) presentaron una Solicitud de Arbitraje junto con una Solicitud de Medidas Provisionales (la “Solicitud”), en virtud de la cual solicitaron al Tribunal ordenar a la República del Perú (la “Demandada” o el “Perú”): *“Abstenerse de iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial o administrativa, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a Convia! y/o sus directivos o empleados (presentes y pasados), y que tenga su origen o guarde relación con el Contrato de Concesión y/o sus adendas o con la Vía Expresa del Callao.”*<sup>1</sup>
2. Durante la Primera Sesión del Tribunal Arbitral con las Partes, celebrada mediante conferencia telefónica el 14 de septiembre de 2010, se estableció un calendario para que éstas últimas sometieran en detalle su posición sobre la Solicitud.<sup>2</sup>
3. El 22 de octubre de 2010, Convia! presentó su Escrito de Solicitud de Medidas Provisionales (el “Escrito de Solicitud”).
4. El 2 de diciembre de 2010, el Perú presentó su Escrito de Contestación a la Solicitud de Medidas Provisionales (el “Escrito de Contestación”).
5. El 21 de diciembre de 2010, se celebró una audiencia por video conferencia en la cual las Partes presentaron sus alegatos verbales sobre la Solicitud (la “Audiencia”). Durante la Audiencia, se examinó a la Dra. Revoredo en su calidad de Perito Legal de la Demandada. Al final de la Audiencia, las Partes renunciaron a presentar Escritos de Conclusiones sobre la Solicitud.
6. Mediante comunicación con fecha 14 de enero de 2011, las Demandantes solicitaron el amparo urgente del Tribunal Arbitral, alegando que el Segundo Juzgado Penal Especial había ordenado la comparecencia bajo apremio de los señores Lowry, Gerente General de Convia! desde marzo 2000 hasta el 2001, y Guasco, quien sucedió al Sr. Lowry hasta

---

<sup>1</sup> Solicitud de Arbitraje del 19 de enero de 2010, ¶ 97.

<sup>2</sup> Acta Resumida de la Primera Sesión del Tribunal Arbitral del 14 de septiembre de 2010, véase Sección II. Otros Asuntos, pág. 10.

el 2008, para prestar declaraciones instructivas el 17 de enero de 2011. Dicha citación surge de un proceso penal iniciado por las autoridades peruanas contra los señores Lowry y Guasco, entre otros. Este proceso penal fue el que dio lugar a la Solicitud de las Demandantes.

7. El 15 de enero de 2011, la Demandada sometió sus comentarios respecto de la solicitud de las Demandantes del 14 de enero de 2011, indicando, *inter alia*, que la citación no era más que la continuación normal del proceso penal iniciado años antes de la Solicitud.
8. El anterior intercambio de comunicaciones dio lugar a la Orden Procesal No. 1 de fecha 17 de enero de 2011 (la “Orden”), en la cual el Tribunal Arbitral ordenó lo siguiente:

*“Mientras esté pendiente la Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por las Demandantes, se ordena a la República de Perú suspender, con respecto a los señores Lowry y Guasco, los efectos de la Notificación Judicial de 10 de diciembre de 2010, notificada el 12 de enero de 2011, que los cita a comparecer ante el Segundo Juzgado Penal Especial. Le ordena, igualmente, abstenerse de, y suspender y discontinuar, cualquier medida que pueda afectar el status quo entre las Partes a la fecha de la audiencia del 21 de diciembre de 2010 o cualquier otra medida que pueda afectar la emisión o implementación de su eventual decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentadas por las Demandantes.”*<sup>3</sup>

9. El 20 de enero de 2011, el Perú informó que la Comisión Especial encargada de su defensa ante el CIADI había transmitido la Orden Procesal No. 1 al Segundo Juzgado Penal Especial de Lima, aclarando que dicha Comisión no estaba involucrada con el proceso penal en curso.
10. Las Demandantes se dirigieron nuevamente al Tribunal el 2 de febrero de 2011, alegando que el Perú había incumplido la Orden Procesal No. 1 ya que el día anterior, esto es, el 1 de febrero, los abogados de los señores Lowry y Guasco habían sido notificados de la decisión del Segundo Juzgado Penal de reprogramar su declaración instructiva para el día 4 de febrero de 2011 (Anexo C-45). Las Demandantes manifestaron que el hecho de que la Comisión Especial hubiera notificado la Orden al Juzgado Penal Especial no exime al Perú de su responsabilidad internacional por el

---

<sup>3</sup> Orden Procesal No. 1 del 17 de enero de 2011, ¶ 13.

incumplimiento de la Orden. Adicionalmente, las Demandantes pusieron de presente que el Juzgado Penal Especial había librado una solicitud de asistencia judicial internacional a la República de Argentina (Anexo C-46).

11. En la misma fecha (el 2 de febrero), el Tribunal Arbitral confirmó lo dispuesto por la Orden Procesal No.1, precisando que ésta se extendía no sólo a la notificación del Juzgado Penal Especial de 1 de febrero de 2011 sino a cualquier actuación posterior con iguales o similares efectos.
12. En respuesta a la carta enviada por el Tribunal y a la comunicación de las Demandantes de fecha 2 de febrero de 2011, la Demandada, mediante escrito de 3 de febrero de 2011, afirmó que el Perú cumplió con la Orden cuando la Comisión Especial envió una copia de la misma al Segundo Juzgado Penal Especial. Asimismo, la Demandada aclaró que la solicitud de asistencia judicial internacional librada por el Juzgado Penal Especial no podía constituir un incumplimiento a la Orden ya que era de una fecha anterior, de 10 de enero de 2011. Por último, la Demandada sometió el anexo PL-27, la decisión *Caratube c. Kazakhstan*,<sup>4</sup> para argumentar que el estándar para que un tribunal decrete medidas provisionales relacionadas con investigaciones criminales es particularmente alto.
13. El 4 de febrero de 2011, las Demandantes, respondiendo a la comunicación de la Demandada del 3 de febrero de 2011, acudieron al Tribunal solicitando que las cartas del 20 de enero y 3 de febrero del 2011 fueran declaradas inadmisibles y retiradas del expediente. Las Demandantes sustentaron su petición alegando que la Demandada había utilizado dichas comunicaciones para reformular e introducir nuevos argumentos, así como nuevos documentos, sobre la Solicitud. Las Demandantes solicitaron un plazo para comentar dichos nuevos argumentos y documentos, en caso de que el Tribunal decidiera admitirlos en el expediente.
14. El 9 de febrero de 2011, la Demandada respondió a la solicitud de las Demandantes (descrita en el párrafo anterior) reiterando que había cumplido con lo dispuesto en la

---

<sup>4</sup> *Caratube International Oil Company LLP c. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales de las Demandantes del 31 de julio de 2009, ¶¶ 135 y 137 (PL-27).

Orden Procesal No. 1 y afirmando que la decisión *Caratube c. Kazakhstan* venía de ser publicada y que tenía derecho a referirse a documentos legales públicos en todo momento, estuvieran en el expediente o no, según lo indicado por el Tribunal en su carta del 20 de diciembre de 2010. Con base en lo anterior, la Demandada solicitó al Tribunal que rechazara la solicitud de las Demandantes del día 4 de febrero de 2011.

15. El 9 de febrero de 2011, el Tribunal informó a las Partes su decisión de admitir en el expediente las cartas del Perú del 20 de enero y 3 de febrero de 2011 en su integridad, así como el documento PL-27, otorgando a las Demandantes un plazo de 5 días para que sometieran cualquier comentario que tuvieran, relacionado exclusivamente con los nuevos argumentos y documentos contenidos en la cartas citadas *supra*.
16. Las Demandantes hicieron uso del plazo concedido por el Tribunal, y mediante comunicación del 14 de febrero de 2011, señalaron *inter alia* que el poder del Tribunal para conceder medidas provisionales no se encuentra limitado a hechos acaecidos después de iniciado el arbitraje y que es la República del Perú y no la Comisión Especial quien se encuentra obligado por las órdenes dictadas por el Tribunal. Así, para sustentar su posición de que “*la obligación de un Estado, en el plano internacional, incluye a sus órganos,*” las Demandantes sometieron los anexos CL-35 y CL-36, las decisiones *Salvador Commercial Company* y *LaGrand*.
17. El 16 de febrero de 2011, la Demandada solicitó una oportunidad para pronunciarse sobre la carta de las Demandantes *supra*. El Tribunal, considerándose suficientemente informado, rechazó la solicitud de la Demandada ese mismo día y clausuró el debate sobre el asunto.

## **II. POSICIÓN DE LAS PARTES**

18. Antes de proceder al análisis de la Solicitud, el Tribunal resume la posición de las Demandantes (**A**) seguida de la posición de la Demandada (**B**).

### **A. Posición de las Demandantes**

19. El Tribunal primero expone sucintamente los antecedentes fácticos presentados por las Demandantes (**1**) para continuar con un resumen de los argumentos legales en los cuales basan su Solicitud (**2**).

#### *1. Los Hechos según las Demandantes*

20. Las Demandantes alegan que el inicio del presente arbitraje es el resultado de la confiscación de su inversión en el Perú, que se dio mediante la declaración de caducidad del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía Expresa del Callao, (la “Concesión”) en violación del Convenio entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre la promoción y protección recíproca de inversiones del 10 de noviembre de 1994 (el “Tratado”).<sup>5</sup>
21. Según las Demandantes, cambios en el clima político peruano, en particular en la provincia del Callao, desencadenaron una serie de eventos que finalmente condujeron a la declaración de caducidad de la Concesión sin compensación por parte de la Municipalidad del Callao, el 21 de noviembre de 2007.<sup>6</sup>
22. Para Convial, la declaratoria de caducidad de la Concesión se dio, en realidad, como consecuencia de los ataques iniciados en el Congreso peruano el 7 de noviembre de 2006 por enemigos políticos del Sr. Kouri (alcalde de la provincia del Callao entre 1996

---

<sup>5</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 2.

<sup>6</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 9.

y 2006, es decir, durante los años en los cuales se celebraron el Contrato de Concesión del 9 de febrero de 2001 y sus adendas), los cuales llevaron a la creación de una Comisión del Congreso para investigar supuestas irregularidades en la suscripción de la Concesión.<sup>7</sup> ConviaI señala, asimismo, que a la vez se inició una investigación por la Contraloría, cuyo objeto era determinar la razonabilidad técnica y legal de la Concesión.<sup>8</sup>

23. Las Demandantes también resaltan que la Comisión del Congreso presentó un informe preliminar el 20 de julio de 2007 (el “Informe Preliminar”), en el cual se expusieron las supuestas deficiencias legales de la Concesión y se recomendó que la Municipalidad del Callao tomara las medidas pertinentes para rescindirla y así suspender el cobro de peaje.<sup>9</sup>
24. En este sentido, ConviaI sostiene que con base en dicho Informe Preliminar, el 21 de noviembre de 2007, la Municipalidad del Callao decidió, por oportunismo político y de manera ilegal, declarar la caducidad del Contrato de Concesión.<sup>10</sup> Asimismo, ConviaI mantiene que luego de dicha declaración, la Comisión del Congreso presentó su informe final el 11 de marzo de 2008 (el “Informe Final”), reiterando las supuestas irregularidades ya señaladas en el Informe Preliminar, analizando la “*conveniencia*” de decretar la caducidad de la Concesión, delineando varias estrategias para poner fin a la Concesión y además haciendo ciertas calificaciones sobre la participación de los señores Lowry y Guasco en la suscripción de la Concesión y de sus adendas.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 25-26.

<sup>8</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 27.

<sup>9</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 28-29.

<sup>10</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 30.

<sup>11</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 31-34.



25. Las Demandantes resaltan que a estas actuaciones del Congreso y de otros órganos estatales, se sumaron declaraciones públicas negativas sobre la Concesión ante la prensa por parte de políticos peruanos.<sup>12</sup>
26. Según alega Convia, nueve meses después de la declaración de caducidad de la Concesión, la Fiscalía peruana tomó “*el relevo*” de las actuaciones ya iniciadas por la Comisión del Congreso, mediante la presentación de una Denuncia, el 5 de agosto de 2008, que se basaba principalmente en las conclusiones del Informe Final y en la cual se presentó a los señores Lowry y Guasco como supuestos culpables de los delitos de colusión desleal y negociación incompatible, entre otros, por sus actuaciones relacionadas con la Concesión.<sup>13</sup> Convia continúa señalando que el 30 de diciembre de 2009, el Juzgado Penal Especial dictó un Auto contra los señores Lowry y Guasco, entre otros, en el cual se reprodujo el cálculo político previamente realizado en el Congreso peruano y ya llevado a cabo por órganos del ejecutivo.<sup>14</sup>
27. Para las Demandantes, los cargos presentados contra los señores Lowry y Guasco (negociación incompatible, colusión desleal, obtención fraudulenta de crédito y falsedad genérica) carecen de todo fundamento, ya que más que perseguir una incriminación por la violación de la normativa penal peruana, lo que persiguen es la búsqueda de “*cómplices*” para así reforzar la acusación formulada en contra el Sr. Kouri. De esta manera, las Demandantes afirman que se evidencia el “*rol puramente instrumental*” del proceso penal instaurado contra los señores Lowry y Guasco.<sup>15</sup>
28. De este modo, según las Demandantes, el Perú está utilizando sus órganos judiciales para justificar, a través del proceso penal, la caducidad del Contrato de Concesión y así escapar a la responsabilidad que le incumbe como consecuencia de sus propios incumplimientos.<sup>16</sup> Prueba de ello, es que los hechos analizados en la acusación penal

---

<sup>12</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 36.

<sup>13</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 38.

<sup>14</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 39-40.

<sup>15</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 41-51.

<sup>16</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 52.

no son más que simples contravenciones de orden administrativo, que más que constituir infracciones de tipo penal, se asemejan a los hechos que normalmente son analizados ante un tribunal civil o contencioso-administrativo.<sup>17</sup> Las Demandantes alegan además que el proceso penal está siendo utilizado para intimidar a posibles testigos claves para su caso, y que ciertas medidas ya han sido tomadas por el Juzgado Penal Especial, tales como el mandato de comparecencia de los señores Lowry y Guasco, la orden de embargos preventivos de los bienes de éstos y la solicitud de declaraciones de representantes de las Demandantes.<sup>18</sup> De igual manera, las Demandantes señalan que aunque los señores Lowry y Guasco no residen actualmente en el Perú, el Juzgado Penal Especial podría tomar medidas extraterritoriales con efectos en Argentina o incluso en los EE.UU.<sup>19</sup> Para concluir, resaltan que el riesgo que representa este tipo de acciones, así como la gravedad de las acusaciones, han causado una grave presión psicológica sobre los mismos, poniendo en riesgo su salud.

## *2. Los Fundamentos de Derecho de la Solicitud*

29. Para someter su Solicitud al Tribunal, las Demandantes invocan el Artículo 47 de la Convención de Washington (el “Convenio”) y la Regla 39(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
30. Según las Demandantes, la jurisprudencia arbitral internacional sujeta la procedencia de medidas provisionales a tres condiciones (existencia de un derecho a proteger, urgencia y necesidad). Así, las Demandantes alegan que las medidas provisionales solicitadas están destinadas a proteger sus derechos en este arbitraje (a) y que tanto las condiciones de urgencia (b) como de necesidad (c) se encuentran reunidas en el presente caso.

---

<sup>17</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 54-55.

<sup>18</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 59-60.

<sup>19</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 61-63.

a) Los derechos que se deben proteger

31. Basándose en la jurisprudencia de los casos *Burlington*<sup>20</sup> y *Quiborax*,<sup>21</sup> las Demandantes alegan que la protección opera tanto frente a derechos sustantivos como procesales.<sup>22</sup>

*i. Derechos Sustantivos*

32. Las Demandantes sostienen que en virtud de los artículos 2(2) y 4(1) del Tratado, el Perú se encuentra obligado a otorgar plena protección a sus inversiones en su territorio la cual se extiende no sólo a la protección jurídica sino también a la física. Según las mismas, el proceso penal atenta contra la primera de ellas, ya que tiene por objeto atacar la legalidad de su inversión, mientras que la segunda se ve atentada por las sanciones y ya impuestas a los señores Lowry y Guasco, así como por el riesgo de la imposición de sanciones con efecto internacional.<sup>23</sup>

*ii. Derechos Procesales*

33. Las Demandantes señalan tres derechos procesales que deben ser protegidos, a saber: la exclusividad del arbitraje ante el CIADI, el mantenimiento del *status quo* y la integridad del procedimiento arbitral.

34. Para sustentar la exclusividad del arbitraje ante el CIADI, las Demandantes invocan el artículo 26 de la Convención de Washington, según el cual: “[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este

---

<sup>20</sup> *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales del 29 de junio de 2009 (en adelante, “*Burlington*”), **CL-6**.

<sup>21</sup> *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/02, Decisión sobre medidas provisionales del 26 de febrero de 2010. (en adelante “*Quiborax*”), **CL-7**

<sup>22</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 69-70.

<sup>23</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 72-81.

*Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...*”<sup>24</sup> El consentimiento del Perú estaría plasmado en el artículo 10 del Tratado y el de las Demandantes en su carta del 21 de diciembre de 2007, por medio de la cual proponen iniciar consultas amistosas para resolver la controversia y en su defecto se reservan el derecho de iniciar un arbitraje ante el CIADI. Las Demandantes se basan en varios casos CIADI, tales como *CSOB c. Eslovaquia*<sup>25</sup> y *Tokios Tokelés c. Ucrania*,<sup>26</sup> al igual que en decisiones de tribunales estatales, tales como *República de Nueva Zelanda c. Mobil Oil New Zealand*<sup>27</sup> y *República de Guinea c. MINE*,<sup>28</sup> para proponer una interpretación amplia de las cuestiones que se encuentran bajo la jurisdicción exclusiva del Tribunal. En resumen, según las Demandantes, la competencia del Tribunal comprendería “*toda cuestión vinculada con el objeto del arbitraje que un tribunal CIADI deberá eventualmente analizar.*”<sup>29</sup> Las Demandantes alegan que el carácter penal del proceso ante los órganos judiciales peruanos no impide que se vea afectada la naturaleza exclusiva del arbitraje CIADI, ya que la misma no debe depender de la calificación civil o penal de la acción según el derecho interno; para el otorgamiento de la medida provisional, basta con que dicho proceso esté “*in connection with the dispute before the ICSID tribunal.*”<sup>30</sup> En el presente caso, existiría un tal nexo pues según las Demandantes el proceso penal busca establecer que su inversión fue realizada en violación de las normas peruanas, basándose en los mismos hechos

---

<sup>24</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 83-84.

<sup>25</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Segunda Decisión sobre la jurisdicción del 1 de diciembre de 2000, (en adelante “*CSOB*”) **CL-14**.

<sup>26</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden de procedimiento No. 1 del 1 de julio de 2003 (en adelante “*Tokios Tokelés*”), **CL-12**.

<sup>27</sup> *El Gobierno de Nueva Zelanda c. Mobil Oil New Zealand Ltd. y otros*, High Court de Nueva Zelanda, Sentencia del 1 de julio de 1987, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XIII (1988), **CL-15**.

<sup>28</sup> *La República de Guinea c. Maritime International Nominees Establishment (MINE)*, Juzgado de primera instancia de Amberes, Sentencia del 27 de septiembre 1985, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XII (1987), **CL-16**.

<sup>29</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 86-91.

<sup>30</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 92, citando *Tokios Tokelés* ¶ 2(b). En español: “*en conexidad con la disputa ante el tribunal CIADI*” (traducción libre).

sometidos al Tribunal Arbitral y por lo tanto violando la exclusividad del procedimiento CIADI.<sup>31</sup>

35. En cuanto al *status quo*, las Demandantes sostienen - utilizando como fundamento extensa jurisprudencia de tribunales arbitrales CIADI - que tienen el derecho a que se mantenga el mismo y a que no se agrave la disputa entre las Partes.<sup>32</sup> Según las Demandantes, el proceso penal tiene por efecto añadir nuevos elementos constitutivos de violaciones del Tratado, que deberán luego ser sometidas al Tribunal Arbitral.<sup>33</sup> Adicionalmente, las Demandantes sostienen que el objetivo perseguido por el Perú con las acciones penales es la pre-constitución de pruebas que establezcan la supuesta ilegalidad de la inversión, lo cual constituye una agravación de la disputa.<sup>34</sup> Las Demandantes alegan igualmente, que las medidas tomadas por los órganos judiciales peruanos ya han afectado el *status quo* y que existe el riesgo serio y real de que éste se vea afectado aún más si nuevas medidas son adoptadas. En consecuencia, sostienen que le corresponde a este Tribunal restablecer el *status quo* que existía antes de la iniciación del proceso penal, lo cual puede ser logrado a través de la suspensión del mismo.<sup>35</sup>
36. Por otro lado, las Demandantes sostienen que la potestad del Tribunal para proteger la integridad del procedimiento mediante la emisión de medidas cautelares no es discutible y que la utilización del proceso penal para crear pruebas de la supuesta ilegalidad de la inversión pone en peligro la integridad del procedimiento arbitral, además de ejercer una presión indebida sobre sus testigos. Así, para las Demandantes, es claro que en este caso la integridad del procedimiento ya ha sido afectada por las acciones del Perú, y que los testimonios de los señores Lowry y Guasco se verán severamente limitados o impedidos si nuevas acciones son tomadas.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 92-93.

<sup>32</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 102-104.

<sup>33</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 106-107.

<sup>34</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 108-109.

<sup>35</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 110-114.

<sup>36</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 119-122.

b) La urgencia de proteger los derechos de las Demandantes

37. Las Demandantes aceptan que una medida provisional sólo debe ser otorgada en casos de urgencia. Urgencia existiría, según las Demandantes, en caso de que pueda haber lugar a una acción perjudicial para una de las partes antes de la emisión del laudo final.<sup>37</sup> En casos que traten sobre la protección de derechos procesales como el presente, donde se busca proteger la integridad del procedimiento arbitral e impedir la agravación de la disputa, las medidas serían, *por definición*, urgentes.

c) La necesidad de proteger los derechos de las Demandantes

38. Según las Demandantes, las medidas provisionales son necesarias para evitar un daño sustancial e irreparable, además de que la Demandada no sufriría ningún perjuicio en caso de que las medidas fueran dictadas por el Tribunal.

39. Las Demandantes sostienen que el criterio de “necesidad” es hoy en día más amplio que en el pasado, y así, basta con demostrar la necesidad de evitar un daño “sustancial.” Citando el caso de *Sergei Paushok c. Mongolia*,<sup>38</sup> las Demandantes sustentan que en efecto el criterio de daño “irreparable” ha sido reemplazado por el de daño “sustancial.”<sup>39</sup> En todo caso, las Demandantes alegan que incluso si el Tribunal adoptara el criterio más estricto de daño “irreparable”, es decir aquel “*que no es resarcible mediante una indemnización,*”<sup>40</sup> las medidas provisionales igualmente deberían ser decretadas, pues los perjuicios resultantes de la violación a la exclusividad del CIADI, de la alteración del *status quo* y de la falta de protección bajo el Tratado no son reparables.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 123-124.

<sup>38</sup> *Sergei Paushok c. Mongolia*, Caso CNUDMI, Orden sobre medidas provisionales del 2 de septiembre de 2008 (en adelante “*Paushok*”), **CL-31**.

<sup>39</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 128-129.

<sup>40</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 130, citando *Quiborax*.

<sup>41</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 130-132.

40. En la misma línea, las Demandantes sostienen que en la jurisprudencia reciente puede apreciarse cómo los tribunales arbitrales, al momento de decidir sobre la necesidad de decretar medidas provisionales, han tendido a utilizar un cálculo comparativo de los respectivos intereses de las partes. En apoyo de su afirmación, invocan el caso *City Oriente II*,<sup>42</sup> en el cual el tribunal ponderó los intereses de las partes que se encontraban en juego.<sup>43</sup> Según las Demandantes, si el Tribunal acogiese favorablemente la Solicitud, como en el caso *City Oriente II*, el Perú no sufriría ningún perjuicio irreparable. Finalmente, las Demandantes consideran que la emisión de una medida provisional no interferiría con la soberanía peruana, ya que, como ha sido señalado por otros tribunales, el Perú aceptó que tribunales CIADI emitieran medidas provisionales, así éstas pudieran llegar a interferir con potestades soberanas y con su obligación de hacer cumplir las normas.<sup>44</sup>
41. En el párrafo 141 de su Escrito de Solicitud, las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene al Perú:

*“Abstenerse de iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial o administrativa, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a Conviaf y/o CCI y/o sus directivos o empleados (presentes y pasados), y/o que tenga su origen o guarde relación con la celebración, ejecución o supuesta ilegalidad del Contrato de Concesión y/o sus adendas.”*

42. Por último, cabe señalar que durante la Audiencia del 21 de diciembre de 2010, las Demandantes, invocando el artículo 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y jurisprudencia como *Pey Casado*,<sup>45</sup> manifestaron que dependiendo del tipo de derecho que el Tribunal desee preservar, éste podría adaptar la Solicitud y ordenar una suspensión total o parcial de la acción penal; suspensión total, en caso de que el Tribunal

---

<sup>42</sup> *City Oriente Limited c. República del Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/21, Decisión sobre revocación de las medidas provisionales del 13 de mayo de 2008 (en adelante “*City Oriente II*”), **CL-26**.

<sup>43</sup> Escrito de Solicitud, ¶¶ 133-134.

<sup>44</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 137.

<sup>45</sup> *Victor Pey Casado y President Allende Foundation c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre medidas provisionales del 25 de septiembre de 2001 (en adelante “*Pey Casado*”), ¶¶ 14-16.

decidiera proteger el derecho a la exclusividad del arbitraje CIADI, y suspensión parcial si por el contrario el Tribunal decidiera proteger la integridad del procedimiento arbitral decretando la suspensión de la acción penal frente a los señores Lowry y Guasco únicamente. Los abogados de las partes Demandantes manifestaron:

*“En especial hay dos [derechos cuya protección se solicita al Tribunal]. Uno, es el de la exclusividad del arbitraje del CIADI. Si este Tribunal llega a la conclusión de que quiere preservar ese derecho procesal tiene que suspender el proceso penal en su totalidad puesto que allí se van a tratar temas que, según nuestra opinión, tendrían relación con el contrato y sus adendas - licitación, negociación, contratos y adendas. Es decir, son temas que [el Tribunal deberí[a] resolver y que el juez penal, según [los argumentos de las Demandantes], estaría resolviendo en su lugar.*

*Ahora bien, (...) [las Demandantes están pidiendo] que protejan también el derecho procesal a la integridad del procedimiento arbitral, y ese derecho a la integridad del procedimiento arbitral incluye el derecho a acceder a las pruebas y a preservar las pruebas. Es en ese sentido [que el Tribunal] podría limitar [la] solicitud y decidir que la instrucción penal en el Perú se suspenda en contra de los señores Lowry y Guasco para que ellos tengan total libertad de circulación, y de otras, para ser testigos en el presente arbitraje.”<sup>46</sup>*

43. Por último, las Demandantes solicitan que el Tribunal condene a la Demandada al pago de todas las costas incurridas por éstas, relacionadas con la Solicitud.

## **B. Posición de la Demandada**

44. El Tribunal primero resume la posición de la Demandada en cuanto a los hechos relacionados con la Solicitud (1), para después presentar su posición sobre los fundamentos jurídicos de la misma (2).

<sup>46</sup>

Transcripción de la Audiencia del 21 de diciembre de 2010, págs. 166 – 167.



### *1. Los Hechos según la Demandada*

45. La Demandada alega que la Solicitud presentada es exorbitante e inconsistente con el régimen legal que pactó con las Demandantes, ya que éstas buscan impedir que el Estado peruano ejerza funciones que no están especificadas en su petitorio.<sup>47</sup>
46. El Perú sostiene que es un país en donde rige el estado de derecho y en donde las empresas pueden realizar negocios con facilidad. Señala también que las normas bajo las cuales se llevan actualmente las investigaciones penales están en vigor hace muchos años y que el poder judicial tiene la potestad de ejecutar dichas leyes.<sup>48</sup>
47. La Demandada manifiesta que el Contrato de Concesión fue terminado de conformidad con el derecho peruano, luego de que se celebraran varias reuniones entre los funcionarios de la Municipalidad y Conviaal sin que se lograra encontrar alternativas para continuar el proyecto.<sup>49</sup> Esto llevó a la Municipalidad del Callao a declarar la caducidad de la Concesión, que según la Demandada, fue aceptada por Conviaal en ese entonces.
48. Asimismo, la Demandada señala que el proceso penal iniciado por la Contraloría General de la República, órgano independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, es conforme a las leyes peruanas y además, que las recomendaciones hechas por la Comisión del Congreso no fueron implementadas por la Municipalidad del Callao.<sup>50</sup>
49. En cuanto a las actuaciones del Congreso peruano, el Perú alega que Conviaal no ha demostrado cómo congresistas aislados pudieron manipular y controlar a la Contraloría, al Ministerio Público y a los jueces peruanos para crear una supuesta persecución política del Sr. Kouri. Señala también que las supuestas estrategias detalladas en el Informe Final para dar fin a la Concesión, que las Demandantes intentan utilizar como prueba del supuesto complot de las autoridades, no fueron seguidas por la Municipalidad, probando la inexistencia de un lazo causal entre estos hechos.

---

<sup>47</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 5.

<sup>48</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 7-10.

<sup>49</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 12.

<sup>50</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 14.

50. En cuanto a las investigaciones de la Contraloría General, el Perú indica que se trata de un órgano independiente encargado de investigar los órganos públicos y los contratos públicos a través de acciones de control.<sup>51</sup> Señala también que la investigación llevada a cabo en relación con la Concesión es una entre cientos, que no tuvo un trato diferencial o político, y que fue emprendida legítimamente como consecuencia de los retrasos en la finalización del proyecto. La Demandada resalta que una vez concluyeron las investigaciones, la Contraloría General emitió dos informes, el del 11 de octubre de 2007 y el del 4 de diciembre de 2007, y que fueron éstos la base para la denuncia ante los tribunales peruanos y no una supuesta intervención del Congreso peruano.<sup>52</sup> Según alega el Perú, esto explica el hecho de que la denuncia del Ministerio Público del 5 de agosto de 2008 se refiere repetidamente a los informes de la Contraloría General, sin contener una sola referencia a la investigación del Congreso.<sup>53</sup> La Demandada agrega que el proceso penal iniciado por la denuncia del Ministerio Público estuvo dirigido contra más de 20 personas aparte de los señores Lowry y Guasco. Así, Perú considera que los argumentos de Conviaf, con los que ataca las bases del Auto de Apertura dictado por el Segundo Juzgado Especial Penal, no son más que desacuerdos en cuanto al peso de la prueba que las autoridades peruanas consideraron relevantes, y que lo que Conviaf pretende es que el Tribunal haga un análisis de las bases de estas acciones penales a fin de determinar si están justificadas *prima facie*.<sup>54</sup> Por último, la Demandada señala que existen dos etapas en un proceso penal - una fase de instrucción para reunir pruebas y una fase de juicio oral para determinar la responsabilidad de los acusados - y que en el caso de los señores Lowry y Guasco aún se está en la primera etapa.<sup>55</sup>
51. En cuanto a la alegación de las Demandantes de que el Perú está utilizando el proceso penal para obtener una ventaja en este arbitraje, éste último señala que el arbitraje

---

<sup>51</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 16.

<sup>52</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 19.

<sup>53</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 23.

<sup>54</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 24.

<sup>55</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 25.

CIADI es posterior al proceso penal. En este sentido, el Perú alega que las Demandantes no han demostrado que los tribunales o las instituciones peruanas estén tratando de fabricar pruebas. Señala también que la Solicitud está basada en acciones hipotéticas que “eventualmente” “podrían ser invocadas” por un tribunal peruano.<sup>56</sup>

## 2. *El Estándar para Decretar Medidas Provisionales*

52. Según la Demandada, la Solicitud no demuestra que se estén violando derechos sustantivos o procesales, que haya urgencia o necesidad, que exista un perjuicio irreparable ni que existan circunstancias extraordinarias.<sup>57</sup>

53. La Demandada concuerda con Convia! en que el otorgamiento de medidas provisionales se encuentra regido por el artículo 47 de la Convención de Washington y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Sin embargo, la Demandada sostiene que el otorgamiento de éstas medidas está sujeto a las siguientes condiciones, detalladas abajo: las medidas deben ser necesarias para proteger un derecho relacionado con el arbitraje (a); deben ser necesarias y urgentes (b); deben ser necesarias para evitar un daño irreparable (c); y deben otorgarse sólo en circunstancias excepcionales (d).

a) Las medidas deben ser necesarias para proteger un derecho

54. La Demandada afirma, basándose en *Plama c. Bulgaria*,<sup>58</sup> que el otorgamiento de una medida provisional debe estar destinado a proteger un derecho definido, relacionado con el arbitraje.<sup>59</sup> Alega que la parte que solicita las medidas debe demostrar *prima facie* que goza de los derechos que busca proteger, es decir, que éstos existen al momento de la solicitud y que su solicitud mantendrá el *status quo*.

---

<sup>56</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 31-32.

<sup>57</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 5.

<sup>58</sup> *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6 de septiembre de 2005 (en adelante “*Plama*”), **PL-16**.

<sup>59</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 36.

*i. Derechos Sustantivos*

55. En cuanto a los derechos sustantivos (la plena protección de la inversión), el Perú sostiene que en la medida en que las Demandantes solicitan la protección de un derecho de fondo bajo el Tratado (Artículos 2(2) y 4(1) del Tratado), esto debe ser analizado en el laudo final y no mediante una decisión preliminar sobre medidas provisionales.<sup>60</sup> La Demandada resalta que las Demandantes sólo están reclamando daños monetarios en cuanto a sus reclamos de fondo, y por tanto, que cualquier supuesto perjuicio bajo el Tratado podría ser remediado en el laudo final. Según la Demandada, otorgar una medida provisional bajo el mismo criterio que el reclamo de fondo, requeriría que el Tribunal prejuzgue que tiene jurisdicción y que el Perú ha violado sus obligaciones internacionales por llevar a cabo el proceso penal. La Demandada sostiene que estas decisiones serían prematuras e innecesarias.<sup>61</sup> Siguiendo el mismo razonamiento, la Demandada también afirma que los tres casos en los que se basan las Demandantes para sostener su posición, esto es, *Siemens*, *Sempra* y *Azurix*,<sup>62</sup> no son aplicables, pues ninguno de los tres se refiere a medidas provisionales. En cuanto a la supuesta presión psicológica ejercida sobre los señores Lowry y Guasco, el Perú alega que cualquier consideración al respecto compete exclusivamente al Juzgado Penal y no al Tribunal.<sup>63</sup>

*ii. Derechos Procesales*

56. El Perú rechaza la alegación de las Demandantes de que sus derechos procesales están siendo vulnerados por el proceso penal.
57. En cuanto a la exclusividad del arbitraje CIADI, el Perú sostiene que contrario a lo alegado por Convial, el proceso penal no abarca cuestiones relativas al objeto del

---

<sup>60</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 51.

<sup>61</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 51.

<sup>62</sup> *Siemens A.G. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 6 de febrero de 2007 **CL-8**; *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007 **CL-11** y *Azurix Corp c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, **CL-9**.

<sup>63</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 54.

presente arbitraje. En este sentido, señala que un juez penal sólo puede determinar la culpabilidad o inocencia de personas físicas y no cuestiones civiles.<sup>64</sup>

58. En cuanto al mantenimiento del *status quo*, la Demandada alega que más que preservarlo, la medida provisional tendría como resultado la modificación del mismo, pues la investigación penal existía incluso antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje. La Demandada considera además que no es claro cuál es el *status quo* que supuestamente se vería afectado o la agravación que podría ocurrir, toda vez que el proceso penal no dificulta la resolución del Caso CIADI. Al referirse a los casos *City Oriente c. Ecuador*<sup>65</sup> y *Burlington*, nota además que a diferencia de lo que ocurría en esos casos, en el presente arbitraje la Concesión ya está terminada, las Demandantes ya no participan en el Proyecto de la Vía Expresa y sus ejecutivos están fuera del Perú, en otras palabras, no hay inversión vigente que proteger.<sup>66</sup>
59. En relación con la integridad del proceso, la República del Perú alega que las Demandantes no explican de qué manera se ven afectados sus derechos a acceder a pruebas relevantes. Para la Demandada, argumentos tales como la posibilidad de que el Juzgado Penal peruano dicte medidas extraterritoriales contra los señores Lowry y Guasco, la presión psicológica ejercida sobre los mismos y el posible “*efecto silenciador*” sobre éstos, son argumentos meramente especulativos y son completamente diferentes a los hechos que llevaron al tribunal a decretar la suspensión del procedimiento penal en el caso *Quiborax*, en el cual existía una patente obstaculización del derecho de los demandantes de presentar su caso.
60. Frente a la pretendida pre-constitución de pruebas sobre la legalidad de la inversión por parte del Perú, la Demandada pone de presente que todos los hechos que las Demandantes citan ocurrieron por lo menos dos años antes de que se presentara la

---

<sup>64</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 56.

<sup>65</sup> *City Oriente Limited c. República del Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/21, Decisión sobre medidas provisionales del 19 de noviembre de 2007, **PL-11**.

<sup>66</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 58-60.

Solicitud ante el CIADI, luego éstos no pudieron estar guiados por una supuesta estrategia de impugnar la legalidad en una demanda que aún no existía.

b) Las medidas deben ser urgentes

61. Basada en casos como *Phoenix Action*<sup>67</sup> y *Occidental c. Ecuador*,<sup>68</sup> la Demandada sostiene que las medidas provisionales no buscan prevenir una acción de la que no haya certeza que va a suceder, y así, que se entiende que una medida cautelar es urgente si existe un riesgo real de que se produzca un daño irreparable al derecho que se busca salvaguardar.<sup>69</sup>

62. Según la Demandada, las medidas provisionales solicitadas no son urgentes, pues dado que todas las medidas que podría tomar el Estado peruano son a la fecha inexistentes y de dudosa ocurrencia, todos los riesgos son meramente potenciales. Para la Demandada, la actitud de las Demandantes resulta contradictoria ya que invocan supuestos de hechos futuros, tales como una orden de captura internacional, para fundamentar la existencia actual de urgencia.<sup>70</sup>

c) Las medidas deben ser necesarias para evitar un daño irreparable

63. La Demandada rechaza que la jurisprudencia internacional haya abandonado el criterio de daño “absolutamente irreparable” para adoptar el criterio de daño “sustancial,” pues

---

<sup>67</sup> *Phoenix Action Ltd c. la República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Decisión sobre medidas provisionales del 6 de abril de 2007 (en adelante “*Phoenix Action*”), **PL-15**.

<sup>68</sup> *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador* Caso CIADI No. ARB/06/11, (en adelante “*Occidental*”) Decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, **PL-13**.

<sup>69</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 39-40.

<sup>70</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 67.

la única jurisprudencia que sostiene tal teoría es un caso aislado regido bajo las reglas de la CNUDMI, el caso *Paushok*.<sup>71</sup>

64. Por el contrario, alega el Perú, casos como *Phoenix Action* continúan considerando que la “irreparabilidad” del daño es un elemento esencial a fin de determinar si las medidas provisionales solicitadas son necesarias y que los daños resarcibles mediante indemnización no pueden ser considerados como irreparables.<sup>72</sup>
65. Adicionalmente, la Demandada alega que la necesidad de las medidas se justifica si se establece, como en el caso *City Oriente II*, que el daño evitado por el solicitante desborda ampliamente el daño causado al perjudicado, debiendo existir así una proporcionalidad entre el daño evitado y el perjuicio causado. Atendiendo al análisis de dicha proporcionalidad y basándose en el caso *SGS c. Pakistán*,<sup>73</sup> la Demandada estima que las medidas solicitadas por las Demandantes deben ser rechazadas por su amplitud, pues éstas son, como en el caso *SGS c. Pakistán*, excesivamente amplias.
66. Según la República del Perú, en el presente arbitraje el proceso penal no ha causado ningún daño, pues ninguno de los riesgos alegados por las Demandantes ha ocurrido hasta el momento. Además, de existir algún daño, éste podría ser reparable en el laudo final, pues lo único que las Demandantes están reclamando son perjuicios monetarios.

d) Las medidas deben otorgarse sólo en circunstancias excepcionales

67. La Demandada cita el caso *Quiborax*, para alegar que las medidas provisionales únicamente proceden en circunstancias extraordinarias, como ocurrió en ese caso, en el que existió una relación muy estrecha entre el proceso penal y el caso CIADI. En efecto, en *Quiborax* el tribunal constató una verdadera interferencia por la República de Bolivia

---

<sup>71</sup> *Sergei Paushok c. Mongolia*, Caso CNUDMI, Orden sobre medidas provisionales del 2 de septiembre de 2008 (en adelante “*Paushok*”), **CL-31**.

<sup>72</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 42-43.

<sup>73</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Orden Procesal No. 2 del 16 de octubre de 2002 (en adelante “*SGS c. Pakistán*”), **PL-20**.

en el procedimiento CIADI. La Demandada estima que estas circunstancias no se encuentran presentes en el caso que hoy ocupa la atención del Tribunal.<sup>74</sup>

68. Según la Demandada, Convial no presenta prueba alguna que demuestre la existencia de circunstancias excepcionales o que la República del Perú esté utilizando, como en el caso *Quiborax*, el proceso penal como parte de su defensa en el arbitraje CIADI. Por el contrario, la Demandada alega que el proceso que se adelanta ante la jurisdicción penal peruana es un proceso legítimo llevado conforme a reglas transparentes y conocidas, preexistentes al Contrato.<sup>75</sup>
69. Por todo lo anterior, la Demandada solicita al Tribunal: “*que se niegue la Solicitud de Medidas Provisionales en su totalidad, y que se ordene a las Demandantes al pago de todas las costas incurridas por la Demandada.*”<sup>76</sup>

### **III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

#### **A. Marco Legal**

70. Las normas relevantes se encuentran en el artículo 47 de la Convención de Washington y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las que generalmente se entiende que otorgan amplia discreción al Tribunal para decretar medidas provisionales.

71. El artículo 47 de la Convención establece:

*“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.”*

72. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece en sus partes pertinentes lo siguiente:

---

<sup>74</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶¶ 45-47.

<sup>75</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 72.

<sup>76</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 76.



*“(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.”*

## **B. Jurisdicción *prima facie***

73. En este caso no ha habido discusión sobre la facultad que tiene el Tribunal para decretar medidas provisionales antes de tomar una decisión respecto de su jurisdicción. Sin embargo, el Tribunal se abstendría de hacerlo si, *prima facie*, se llegare a establecer que no tiene competencia para decidir la presente controversia. Este no es el caso que nos ocupa.
74. El Tribunal considera que, *prima facie*, tiene competencia sobre la presente disputa. Cuatro razones sustentan la afirmación anterior.

75. En primer lugar, el Tribunal considera que, *prima facie*, tiene jurisdicción *ratione materiae* ya que como bien lo afirmaron las Demandantes en su Solicitud de Arbitraje y Medidas Provisionales, las controversias sometidas al presente Tribunal surgen del alegado incumplimiento de la Demandada de sus obligaciones bajo el Convenio entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Lima el 10 de noviembre de 1994 y actualmente en vigor. El Tribunal toma nota de que a la fecha la Demandada no ha presentado objeciones sobre este punto.
76. En segundo lugar, el Tribunal considera que, *prima facie*, tiene jurisdicción *ratione personae* debido a que la Solicitud fue presentada por las Demandantes, quienes invocan su calidad de nacionales de la República Argentina, país signatario del Convenio del CIADI, y para la fecha en que se presentó la Solicitud de Arbitraje, así como la fecha en que la Solicitud de Arbitraje fue registrada por la Secretaría del CIADI, Argentina y Perú eran signatarios del Convenio.
77. En tercer lugar, el Tribunal considera que, *prima facie*, tiene jurisdicción *ratione temporis* puesto que los hechos que dieron lugar a la presunta vulneración de los derechos de las Demandantes se originaron después de la entrada en vigencia del Tratado. En efecto, incluso si el Tribunal toma como fecha relevante para determinar el inicio del proceso penal las investigaciones efectuadas por la Contraloría en el 2006, este hecho es posterior a la entrada en vigor del Tratado en octubre de 1996. Si se parte de la fecha del Auto de Apertura (como en efecto sostiene el Tribunal que se debe hacer), esto es, el 30 de diciembre de 2009, aún con mayor razón se puede establecer *prima facie* la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal.
78. En cuarto y último lugar, cabe señalar brevemente que el Tribunal considera que, *prima facie*, tiene jurisdicción *ratione voluntatis* puesto que al ratificar el Tratado, Perú prestó su consentimiento por escrito a la jurisdicción del CIADI, y las Demandantes, por su lado, prestaron su consentimiento por escrito a la jurisdicción del CIADI al presentar su Solicitud de Arbitraje.

### C. Referencia a Precedentes

79. Al formular sus alegatos, las Partes han presentado numerosos laudos y decisiones que tratan sobre temas relevantes para esta decisión. De esta forma, el Tribunal considera pertinente señalar que le corresponde definir la procedencia de las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes mediante un análisis autónomo del Tratado, del Convenio, de las Reglas de Arbitraje y de los hechos particulares del presente caso. Ahora bien, esto no obsta para que el Tribunal, en línea con lo dispuesto en el caso *City Oriente*, estime conveniente comparar sus conclusiones con las alcanzadas por otros tribunales CIADI. El Tribunal, sin embargo, deja constancia de que - si bien reconoce la importancia de buscar certidumbre y seguridad en la aplicación del Derecho - dicha comparación debe obedecer a un análisis juicioso y detallado de los hechos propios de cada caso en particular. Sólo así se puede determinar qué casos prestan una real utilidad a efectos de guiar al Tribunal en su decisión.

### D. Requisitos de las Medidas Provisionales

80. Los criterios aplicados para determinar si una medida provisional debe ser declarada ya han sido expuestos de manera detallada por otros tribunales, como por ejemplo en el caso *Occidental*:

*“59. 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. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia es firme: una medida provisional es necesaria cuando los actos de una parte “pueden causar o amenazan causar un perjuicio irreparable a los derechos que se invocan”, y es urgente cuando “es probable que se realicen actos perjudiciales para los derechos de cualquiera de las dos partes antes de que se adopte esa decisión definitiva”. (Traducción del Tribunal [Occidental])*

(...)

*61. En otros términos, para que un tribunal internacional pueda conceder medidas provisionales debe existir un derecho que haya de preservarse y circunstancias de necesidad y urgencia que hagan necesario evitar daños irreparables.*” (Énfasis en el original)

81. No existe desacuerdo entre las Partes, y corresponde que así sea, en que sólo pueden otorgarse medidas provisionales en el marco de las normas y estándares pertinentes, si efectivamente existen derechos que proteger y si las medidas son urgentes y necesarias. En lo que las Partes difieren es en cuanto a la naturaleza del daño que se debe pretender evitar al dictar una medida cautelar; dicho daño debe ser sustancial según las Demandantes, e irreparable según la Demandada. Asimismo, las Partes disputan si las condiciones fácticas del caso cumplen con los criterios mencionados *supra* (necesidad, urgencia y riesgo de daño), y por tanto, si las medidas provisionales solicitadas deben proceder. El Perú también presenta el requisito de circunstancias excepcionales como una condición adicional que interviene sólo cuando las otras condiciones están cumplidas.

#### **E. Existencia de Derechos de las Demandantes que requieran protección**

82. En primer lugar, el Tribunal estima conveniente precisar que los derechos a ser preservados mediante medidas provisionales pueden ser de índole sustantivo como procesal. Así, el Tribunal acoge un criterio similar a aquel adoptado por los tribunales en *Quiborax, Burlington y Biwater Gauff c. Tanzania*,<sup>77</sup> entre otros.
83. En segundo lugar, el Tribunal señala que las Demandantes alegan que los siguientes cuatro derechos deben ser protegidos: un derecho sustantivo, consistente en el derecho a la plena protección de sus inversiones en el Perú (i); y tres derechos procesales, a saber: el derecho a la exclusividad del proceso arbitral ante el CIADI de acuerdo con el artículo 26 del Convenio del CIADI (ii); el derecho a la preservación del *status quo* y a que no se agrave la controversia (iii) y el derecho a la integridad procesal del arbitraje (iv). Estos son examinados a continuación.

---

<sup>77</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden de procedimiento No. 1 del 31 de marzo de 2006 (en adelante “*Biwater*”), **CL-28**.

*1. Derecho a la plena protección de la inversión*

84. La Demandantes alegan que de conformidad con los artículos 2(2) y 4(1) del Tratado, tienen derecho a la protección física y jurídica de sus inversiones en el Perú. Por su lado, la Demandada no niega que el Tratado provea una protección (física y/o jurídica) a las inversiones de las Demandantes, aunque cuestiona que el derecho sustantivo en el que se basan las Demandantes pueda justificar el otorgamiento de medidas provisionales. En particular, el Perú alega que las Demandantes invocan un derecho de fondo bajo el Tratado, lo cual debe ser objeto de análisis en el laudo final.
85. No se discute que las Demandantes efectivamente tienen derecho a la protección jurídica y física de su inversión. Lo que debe plantearse el Tribunal es si en el presente caso cabe proteger el derecho a la plena protección invocado por las Demandantes por medio de las medidas provisionales solicitadas por las mismas. El Tribunal estima que no procede tal protección.
86. El Tribunal considera que si las acciones de un Estado receptor llegan a constituir una vulneración a la protección jurídica y física de una inversión, éste tendría la potestad de otorgar medidas provisionales para impedir esas acciones o, si ya han sido tomadas, para hacer cesar sus efectos. Lo previo, claro está, siempre que se cumplan dos presupuestos fundamentales: (i) que las condiciones requeridas para el otorgamiento de medidas provisionales se encuentren reunidas (necesidad, urgencia y riesgo de daño irreparable, o sustancial según las Demandantes, como consecuencia de la posible vulneración del derecho); y (ii) que la inversión que presuntamente requiere de protección se encuentre aún vigente, esto es, que esté en curso en el Estado receptor. En efecto, únicamente cabe analizar el derecho a la plena protección en un trámite de medidas cautelares si la inversión bajo análisis no ha sido extinguida. De lo contrario, se estaría analizando un derecho relativo al fondo de la controversia, esto es, si el Estado receptor incumplió su obligación de garantizar plena protección a la inversión.
87. En vista de que en el presente caso las Partes concuerdan en que el Perú declaró la caducidad de la Concesión en noviembre de 2007 y que al vencerse el preaviso contractual de 6 meses establecido en la Cláusula 15.4 del Contrato, en mayo de 2008

Convial revirtió la Concesión a la Municipalidad del Callao (reservando sus derechos), el Tribunal Arbitral estima que no cabe siquiera entrar a determinar si se cumplen las condiciones requeridas para el otorgamiento de una medida provisional destinada a proteger el derecho de las Demandantes a la plena protección de su inversión.

88. De esta forma, el Tribunal estima que le asiste razón a la Demandada toda vez que las Demandantes están invocando un derecho de fondo bajo el Tratado. Le compete a este Tribunal decidir si las decisiones tomadas por el Perú vulneraron o no el derecho a la protección jurídica y física de las Demandantes en un laudo de fondo, y así determinar en esa instancia las consecuencias que correspondan. En esta línea, el Tribunal señala que si las Demandantes tienen razón, su derecho a la protección jurídica y física ya ha sido vulnerado y los únicos derechos que el proceso penal podría transgredir son derechos procesales para conseguir la reparación que sostienen merecer. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que las Demandantes no tienen un derecho sustantivo a la protección jurídica y física que mereciera *a priori* el amparo de medidas provisionales.

## 2. *Derecho a la exclusividad del arbitraje CIADI*

89. Las Demandantes sostienen que en virtud del artículo 26 del Convenio, las medidas provisionales son necesarias para preservar la exclusividad del arbitraje CIADI y que toda cuestión o recurso que tenga relación con dicho arbitraje se encuentra excluido de la jurisdicción de los tribunales peruanos. En este sentido, proponen una interpretación extensiva del artículo 26 del Convenio, alegando que “*la exclusividad de la competencia del Tribunal Arbitral se extiende a todas las cuestiones derivadas de o relacionadas con el Contrato de Concesión, su firma y ejecución (incluidas las adendas).*”<sup>78</sup> Las Demandantes invocan casos como *CSOB* y *Tokios Tokelés* para apoyar su posición de que la jurisprudencia arbitral internacional ha interpretado el artículo 26 del Convenio de forma extensiva. La República del Perú no cuestiona el derecho a la exclusividad del arbitraje CIADI, aunque sí cuestiona los argumentos presentados por Convial para

---

<sup>78</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 88.

fundamentar su posición, señalando que un proceso penal no puede poner en peligro la exclusividad del arbitraje ante el CIADI.

90. El Tribunal no tiene duda alguna de que el derecho a la exclusividad de los procesos ante el CIADI es susceptible de protección a través de medidas provisionales, y así, la pregunta que surge es si la continuación del proceso penal instaurado por el Juzgado Penal Especial en contra de los señores Lowry y Guasco constituye un recurso en términos del artículo 26 de la Convención, esto es, si pone en peligro la exclusividad del arbitraje ante el CIADI. El Tribunal estima que no.
91. Aunque las Demandantes hayan sostenido que los hechos alegados en el proceso penal se asemejan más a aquellos de un proceso civil o administrativo, no han logrado establecer que así sea. En el Perú, como en la mayoría de los sistemas de derecho, el juez penal no tiene potestad para decidir sobre controversias de carácter civil o administrativo, aunque pueda tomar en consideración aspectos civiles o administrativos para su decisión. Menos aún tiene el juez penal potestad para decidir si el Estado ha respetado o no sus obligaciones internacionales. Así pues, la existencia del proceso penal, inclusive si éste se encuentra relacionado con la Concesión, no puede vulnerar el derecho a la exclusividad de este arbitraje CIADI. Este Tribunal ha sido constituido para determinar si el Perú ha violado sus obligaciones internacionales respecto a las inversiones de las Demandantes, cuestión que en ningún momento es o será objeto de investigación por parte del juez penal peruano. En consecuencia, no puede afirmarse que exista concurrencia entre la competencia de este Tribunal y la de los tribunales penales peruanos. Esta solución ya ha sido adoptada por otros tribunales, como en el caso *Barmek c. Azerbaijan*,<sup>79</sup> y también *Quiborax* en el cual se sostuvo que:

*“128. La pregunta que surge es determinar si la continuación del proceso penal mencionado en esta decisión pone en peligro la exclusividad del arbitraje ante el CIADI. El Tribunal considera que no. A pesar de que el Tribunal ha determinado que el proceso penal está relacionado con el arbitraje ante el CIADI, eso no implica per se que la exclusividad del proceso arbitral conforme el Artículo 26 del Convenio*

---

<sup>79</sup> *Barmek Holdings AS c. República of Azerbaijan*, Caso CIADI No. ARB/06/16, Decisión sobre medidas provisionales del 9 de septiembre de 2007.

del CIADI esté en peligro (...) Por lo tanto, la exclusividad del arbitraje ante el CIADI se aplica a controversias en materia de inversiones, es decir, en este caso a la determinación de si la Demandada ha incumplido sus obligaciones internacionales conforme el TBI y si los Demandantes tienen derecho a obtener la reparación que solicitan.

129. En consecuencia, la exclusividad del arbitraje ante el CIADI no se extiende a procesos penales” (énfasis añadido).

92. Por otro lado, las Demandantes alegan, con razón, que la exclusividad del arbitraje CIADI no puede depender de la calificación civil o penal que reciban los procesos en curso bajo el derecho peruano, ya que esto dejaría al arbitrio de cada Estado la extensión de la exclusividad. Sin embargo, el proceso que fue iniciado contra los señores Lowry y Guasco claramente es de carácter penal y esta calificación no es arbitraria. El riesgo de apremio y encarcelación al cual se refieren las Demandantes para justificar su Solicitud de Medidas Provisionales lo confirma.
93. En caso de que se demostrara que el Estado efectivamente está utilizando la calificación de sus procesos según su derecho interno de manera arbitraria, el inversionista sí tendría mecanismos de protección a su disposición, como sucedió en el mencionado caso *Quiborax*. La cuestión de determinar si el Perú está haciendo lo mismo hoy es examinada más abajo al discutir el derecho a la integridad del procedimiento arbitral.
94. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal decide que la exclusividad del presente arbitraje no puede ser vulnerada por el proceso penal actualmente en curso contra los señores Lowry y Guasco.

### 3. *Derecho a que se mantenga el status quo y a que no se agrave la controversia*

95. La existencia del derecho a que se mantenga el *status quo* y a que no se agrave la controversia quedó firmemente establecido desde 1939 con el caso *Electricity Company of Sofia y Bulgaria*.<sup>80</sup> Asimismo, los trabajos preparatorios del Convenio CIADI y la abundante jurisprudencia de los tribunales CIADI confirman la existencia de estos

---

<sup>80</sup> *Electricity Company of Sofia y Bulgaria*. Sentencia del 5 de diciembre de 1939, serie AB. No. 79 *PCIJ Reports*, p. 00139.



derechos. Al respecto es ilustrativo citar los casos *Holiday Inns c. Marruecos*,<sup>81</sup> *Amco c. Indonesia*,<sup>82</sup> *Plama y City Oriente*, entre otros.

96. Siendo clara la existencia de estos derechos, el Tribunal entra a definir si el proceso penal que se encuentra en curso en el Perú agrava la controversia, modificando el *status quo*.
97. Las Demandantes alegan que de no detenerse las actuales acciones penales que se están adelantando en el Perú, la disputa entre las Partes se agravaría, dado que las medidas que se lleguen a adoptar en el transcurso del proceso penal tendrían que sumarse a la discusión sobre las violaciones del Tratado que se le imputan hoy a la Demandada. Para la parte Demandada, esta solicitud de las Demandantes no apunta a una preservación del *status quo*, sino a su modificación.
98. El Tribunal toma nota de que nuevamente la Demandada no cuestiona la aplicación de la regla según la cual una parte debe abstenerse de agravar la disputa, sino más bien si los hechos corresponden a una violación de la misma. Las fechas de las acciones a las cuales se refieren las Demandantes son anteriores a su Solicitud de Arbitraje del 19 de enero de 2010, a saber: el Informe Preliminar (20 de julio de 2007),<sup>83</sup> la declaración de caducidad del Contrato de Concesión (21 de noviembre de 2007),<sup>84</sup> el Informe Final (11 de marzo de 2008),<sup>85</sup> la Denuncia de la Fiscalía (5 de agosto de 2008)<sup>86</sup> y el Auto de Apertura de Instrucción (30 de diciembre de 2009).<sup>87</sup> Así, las Demandantes solicitan al

---

<sup>81</sup> *Holiday Inn S.A. y otros c. Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/72/1, Decisión del 2 de julio de 1972.

<sup>82</sup> *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre las medidas provisionales del 9 de diciembre de 1983, *ICSID Reports*, Vol. 1 (1993).

<sup>83</sup> Anexo C-35.

<sup>84</sup> Anexo C-15.

<sup>85</sup> Anexo C-36.

<sup>86</sup> Anexo C-23.

<sup>87</sup> Anexo C-24.

Tribunal que restablezca el *status quo* que existía “en la fecha inmediatamente anterior al inicio del Proceso Penal y, por ello, que se suspenda dicho proceso.”<sup>88</sup>

99. La Demandada alega que con su Solicitud, Convial no pretende que se mantenga el *status quo* sino que el mismo sea modificado. En este sentido, la Demandada resalta que “la investigación penal llevaba dos años cuando Convial presentó su Solicitud.”<sup>89</sup>
100. El Tribunal toma nota de la alegación de la Demandada; no obstante, considera que la fecha relevante para determinar el inicio del proceso penal respecto de los señores Lowry y Guasco es la fecha del Auto por medio del cual se produce la Apertura de la Instrucción, es decir, el 30 de diciembre de 2009. Las Demandantes presentaron su Solicitud el 19 de enero de 2010, esto es, semanas después de dictado dicho Auto.
101. Sin embargo, se trate de dos años o de algunas semanas, es un hecho que el inicio del proceso penal es anterior a la presentación de la Solicitud y, por tanto, que el *status quo* que el Tribunal tiene que tomar en consideración es precisamente éste, el existente al momento de la presentación de la Solicitud.
102. Las Demandantes citan el caso *City Oriente II* para alegar que el *status quo* debe ser entendido de manera amplia.<sup>90</sup> No obstante, el Tribunal nota de que lo que en el caso *City Oriente II* se consideró como una noción amplia fue toda una situación fáctica que debía mantenerse (continuar con la ejecución del contrato en los términos que las partes habían pactado). La situación en este caso es distinta, pues lo que las Demandantes pretenden abarcar dentro del concepto de “noción amplia” es, más que la protección de una situación legal y fáctica, la determinación temporal de lo que debe comprender el *status quo*, excluyendo el desarrollo de un proceso penal existente cuando presentaron su Solicitud de Arbitraje.
103. De todos modos, el Tribunal estima que no se ha modificado el *status quo* de la controversia por el simple hecho de que se ha dado impulso al proceso penal. Además,

---

<sup>88</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 113.

<sup>89</sup> Escrito de Contestación a la Solicitud, ¶ 58.

<sup>90</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 113.

la República del Perú tiene la facultad soberana de iniciar acciones penales por conductas delictivas cometidas en su territorio - mientras existan argumentos legítimos para hacerlo - cuando lo estime conveniente.

104. Así, el Tribunal asume una posición similar a la del caso *Quiborax*, en el que se determinó que:

*“138. (...) En forma similar, el Tribunal no puede coincidir con el argumento de los Demandantes de que el proceso penal ha modificado el status quo de la controversia porque los ha convertido en demandados en Bolivia. Si existen argumentos legítimos para fundamentar el proceso penal, los Demandantes deben sufrir las consecuencias de su conducta en Bolivia”* (énfasis añadido)

105. Como bien se señaló *supra*, las Demandantes también sostienen que las medidas que se lleguen a adoptar en el transcurso del proceso penal tendrán que ser sumadas a la discusión sobre las violaciones del Tratado que se le imputan hoy a la Demandada, agravando así la disputa. Al respecto, el Tribunal señala que, el propósito de una medida provisional es el de prevenir un hecho inminente que agrava la disputa y modifica el *status quo*. El Tribunal no tiene hoy la certidumbre de que dichas acciones futuras vayan realmente a suceder: el proceso penal estaba en su fase de instrucción cuando empezó el arbitraje y continúa en esta fase. Y en todo caso, aún si el Juzgado Penal dicta medidas adicionales, no hay certidumbre de que éstas tengan el efecto de agravar el litigio o alterar el *status quo*, en especial si se tiene en cuenta que la inversión de las Demandantes no está actualmente activa y que sus actividades en el Perú han sido discontinuadas.

106. El Tribunal decide que, en consecuencia, el proceso penal no modifica el *status quo* entre las Partes ni agrava la disputa.

#### *4. Derecho a la integridad procesal del arbitraje CIADI*

107. Tampoco hay discusión entre las Partes respecto de la existencia del derecho a la integridad del arbitraje, sino sobre los hechos que constituirían una supuesta vulneración de dicho derecho. Así las cosas, el Tribunal Arbitral entra a analizar si el proceso penal

iniciado en la República del Perú pone en peligro la integridad del arbitraje al “*ejercer una presión indebida sobre posibles testigos de las Demandantes y tender a la fabricación de pruebas sobre una supuesta ilegalidad de la inversión.*”<sup>91</sup>

108. Las Demandantes sostienen que el proceso penal ha afectado la integridad del arbitraje pues se están fabricando pruebas sobre la legalidad de la inversión. El Tribunal estima que esta posición no es de recibo ya que, como bien señaló anteriormente, las esferas de acción de un juez penal y un tribunal CIADI no son las mismas. Si bien es cierto que en el proceso penal se pueden entrar a debatir cuestiones relacionadas a las sometidas en el arbitraje, e incluso que el juez penal podría considerar cuestiones civiles o administrativas en su análisis del caso, las Demandantes no han probado que efectivamente se estén fabricando pruebas de forma tal que sea necesario decretar una medida provisional a fin de proteger la integridad del arbitraje. En efecto, las Demandantes se limitan a señalar que el proceso penal iniciado en la República del Perú pone en peligro la integridad del arbitraje “*al tender a la fabricación de pruebas.*”<sup>92</sup> En todo caso, recoger pruebas dentro de un proceso penal - que no vulnera la exclusividad del arbitraje CIADI - no constituye, *per se*, una vulneración del derecho a la integridad procesal del arbitraje.

109. Las Demandantes también sostienen que el proceso penal ejerce una presión psicológica grave sobre los señores Lowry y Guasco. Eso es posible. Sin embargo, teniendo en cuenta que los mismos no viven en Perú, esta supuesta presión se aliviana. Además, éstos aún no han sido imputados formalmente, y a la fecha no se tiene certeza de que los señores Lowry y Guasco vayan a ser efectivamente imputados, ya que el proceso penal todavía se encuentra en la fase de instrucción. Estos criterios fueron aplicados de igual manera por el tribunal *Quiborax*.<sup>93</sup> Además, como lo señalan las propias Demandantes,<sup>94</sup> el proceso penal no está dirigido exclusivamente a los señores Lowry y

---

<sup>91</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 115.

<sup>92</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 115.

<sup>93</sup> *Quiborax*, ¶ 138.

<sup>94</sup> Escrito de Solicitud, ¶ 12: “*La acusación contra Kouri es una maniobra política de la que Lowry y Guasco son víctimas colaterales.*”

Guasco (que por lo demás no son personalmente demandantes en este procedimiento, sino ex funcionarios de una de las Demandantes). Por lo tanto, no se puede afirmar que el proceso penal esté encaminado a ejercer una presión psicológica grave sobre los señores Lowry y Guasco ni que pone en peligro su salud, de forma tal que se vea afectada la integridad del proceso arbitral.

110. Por último, las Demandantes alegan que las acciones ejercidas por los órganos peruanos son susceptibles de producir un efecto negativo en la colaboración de los señores Lowry y Guasco en el presente arbitraje. Para sustentar esta afirmación, las Demandantes citan al tribunal del caso *Quiborax*, en el que se tuvieron similares inquietudes. Como lo indicó el tribunal en ese caso:

*“146. Aún si no existiese presión ilegítima sobre posibles testigos, la naturaleza misma de este proceso penal va a reducir su disposición a cooperar con el proceso ante el CIADI.”*

111. La Demandada alega que no se ha probado que el proceso penal tenga incidencia sobre la posible colaboración de los señores Lowry y Guasco en el arbitraje, y que contrariamente a lo que sucede en este caso, el tribunal en el caso *Quiborax* declaró la existencia de tales inquietudes en vista del uso indebido que Bolivia le había dado al proceso penal instaurado en contra de las demandantes.
112. No obstante lo anterior, y a pesar de que no se han presentado pruebas de que las acciones del Perú estén entorpeciendo la colaboración de los señores Lowry y Guasco en este arbitraje, para este Tribunal no es difícil imaginar el temor que una persona puede llegar a sentir al tener que declarar en contra de un Estado que está adelantando un proceso penal en su contra y que podría tomar medidas que afecten su libertad de circulación. Así, el Tribunal estima que a fin de que el derecho a la integridad del procedimiento arbitral no se vea vulnerado, las Demandantes deben poder contar con la colaboración libre y espontánea de los testigos que posiblemente quieran presentar en el futuro. Esto es especialmente importante dado que los señores Lowry y Guasco ostentaron el cargo de Gerente General de Conviaal durante la ejecución del Contrato de Concesión. Esto se aplica en el presente caso aun cuando hoy no se sabe cuáles serán los resultados de las acciones de los tribunales peruanos.

113. El Tribunal considera que es importante aclarar que la posible vulneración del derecho a la integridad del procedimiento arbitral no está relacionada con la legitimación del proceso penal. El Tribunal reitera que el Perú tiene el derecho soberano de emprender procesos penales por supuestas infracciones ocurridas en su territorio. En efecto, la continuación del proceso penal - que si bien se relaciona con el presente arbitraje fue instaurado en contra de más de 20 personas, donde únicamente dos son ex funcionarios de una de las Demandantes - no implica *per se* una vulneración de la integridad del arbitraje CIADI.
114. No obstante lo anterior, el Tribunal concluye que frente a los señores Lowry y Guasco, el proceso penal en curso sí puede llegar a vulnerar la integridad del presente arbitraje. Así, cualquier medida provisional que se dicte al respecto debe estar circunscrita a los mismos.

#### **F. Urgencia y Necesidad**

115. En vista de las conclusiones expresadas anteriormente en esta Decisión, sólo es relevante entrar a analizar si es urgente y necesario decretar una medida provisional tendiente a proteger la integridad del proceso arbitral.
116. Las Partes no parecen diferir en cuanto al marco legal aplicable a los criterios de urgencia y necesidad. Citando los casos *Passage through the Great Belt*<sup>95</sup> y *Biwater*, las Demandantes sostienen que hay urgencia cuando una cuestión no puede esperar a la emisión del laudo final. La Demandada cita el caso *Phoenix Action* para presentar el mismo criterio.
117. En el caso en cuestión, no hay duda de que la falta de colaboración de los señores Lowry y Guasco tendría un efecto perjudicial para las Demandantes, y que éste tendría lugar antes de la emisión del laudo sobre el fondo.

---

<sup>95</sup> *Passage through the Great Belt*, Orden sobre medidas provisionales del 29 de julio de 1991, *I.C.J. Reports*, 1991, **CL-30**.

118. En cuanto a la necesidad, las Demandantes sostienen que la medida provisional debe evitar un daño sustancial, citando *Paushok*, o en todo caso irreparable, citando *Quiborax*. La Demandada cuestiona el uso del criterio “sustancial” del tribunal *Paushok*, alegando que de manera uniforme y consistente, el criterio utilizado ha sido el de prevenir un daño “irreparable.” Para sustentar su posición, cita los casos *Phoenix Action*, *Tokios Tokelés*, *Occidental* y *Quiborax*.
119. En el presente arbitraje, sin embargo, no hay lugar para que el Tribunal se ocupe de un tal debate. La vulneración del derecho a la integridad del procedimiento, debido a la intimidación de los posibles testigos de Conviaf para colaborar en este arbitraje, es un daño tanto sustancial como irreparable (siendo el estándar de daño irreparable más alto que el estándar de daño sustancial). Además, una compensación monetaria no podría resarcir el impacto que esto tendría. Así, el Tribunal concluye que la medida no es sólo urgente sino que también es necesaria.
120. Ambas Partes sostienen que el Tribunal igualmente debe considerar la proporcionalidad de las medidas provisionales solicitadas. Este Tribunal ha ponderado seriamente los posibles perjuicios que sufriría el Perú en caso de decretar la medida provisional, pues esta es una tarea que no se debe tomar a la ligera. Así, el Tribunal considera que la protección a la integridad del proceso a la que tienen derecho las Demandantes respecto de los señores Lowry y Guasco sobrepasa el posible perjuicio de la Demandada. En efecto, el Perú puede seguir el proceso penal y al mismo tiempo abstenerse de tomar medidas que puedan entorpecer la colaboración de los señores Lowry y Guasco en el procedimiento arbitral. La situación inversa no tiene el mismo resultado: si el Perú, dentro del proceso penal, toma decisiones que entorpezcan la colaboración de los señores Lowry y Guasco en el procedimiento arbitral, el derecho de las Demandantes a presentar su caso podría verse seriamente afectado.
121. La Demandada añade una última condición al decreto de medidas provisionales: que por tratarse de medidas extraordinarias, éstas sólo deben dictarse en circunstancias excepcionales. En términos generales, el Tribunal no comparte esta posición. Si bien es cierto que la suspensión de un proceso judicial lícito debe ser siempre la excepción y no la regla, el Tribunal no ve esto como un criterio adicional. Cuando se presenta una

situación en la cual un derecho que merece protección puede ser vulnerado de manera irreparable antes de que se emita el laudo final, y sólo una medida provisional urgente puede evitarlo, la medida es necesaria, sean o no excepcionales las circunstancias.

122. De todo lo anterior, el Tribunal concluye que las Demandantes tienen un derecho a la integridad del procedimiento que será vulnerado si sus ex funcionarios y posibles futuros testigos no pueden colaborar en el procedimiento arbitral. Además, este perjuicio no afectaría únicamente a las Demandantes, pues no se puede descartar la posibilidad de que en el futuro el Tribunal o la misma Demandada requieran la presencia de los señores Lowry y Guasco para testificar en una audiencia. Su colaboración y cooperación con este procedimiento es vital para todos los integrantes del procedimiento, tanto para el Tribunal como para las Partes.
123. Aunque las Demandantes solicitaron que todo proceso relacionado con la Concesión sea suspendido, las mismas aceptaron durante la Audiencia que la Solicitud podía ser moderada por el Tribunal con base en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje y la jurisprudencia *Pey Casado*.<sup>96</sup> Efectivamente, la Regla 39(3) de las Reglas de Arbitraje permite al Tribunal imponer de oficio medidas distintas a las identificadas en la petición. En vista de que lo que se busca proteger es la integridad del procedimiento arbitral, las medidas provisionales decretadas a continuación están limitadas únicamente a los señores Lowry y Guasco.
124. Es importante aclarar que el Tribunal no considera que la sola existencia del proceso penal respecto de los señores Lowry y Guasco, incluso si éstos fuesen formalmente imputados (lo que no es el caso a la fecha), tiene como consecuencia impedir su colaboración y cooperación en el procedimiento arbitral. Por una parte, los señores Lowry y Guasco no viven en el Perú, y por otra, son hombres de negocios que saben que sus actividades empresariales pueden conllevar una responsabilidad jurídica, inclusive penal. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una restricción a su libertad de circulación. Así, la única medida provisional que otorgará el Tribunal es la de ordenar al Perú de abstenerse y, si aplicable, suspender y discontinuar, con respecto a

---

<sup>96</sup> *Victor Pey Casado*, ¶¶ 14-16.



los señores Lowry y Guasco, cualquier acción que pueda restringir su libertad de circulación y su posibilidad de participar libremente en el presente arbitraje, hasta que se profiera el laudo final.

125. En línea con la posición sostenida por las Demandantes, el Tribunal estima pertinente recordar que en un plano internacional el Estado es responsable de todos los actos de sus órganos, independientemente de su naturaleza. Así, la orden dictada mediante la presente decisión debe ser acatada por la República del Perú y no basta con que la Comisión Especial - que por demás no es sujeto de derechos ni obligaciones en el ámbito internacional - dé trámite a la misma.
126. Cabe mencionar que la decisión del Tribunal de decretar una medida provisional respecto de los señores Lowry y Guasco, con el fin de salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral, no prejuzga de ninguna manera el fondo de la disputa.

#### **IV. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO**

127. Las Demandantes han solicitado que el Tribunal condene a la Demandada al pago de todas sus costas relacionadas con la Solicitud. La Demandada por su parte ha solicitado que el Tribunal condene a las Demandantes al pago de todas sus costas relacionadas con la Solicitud.
128. El Tribunal considera que no sería apropiado decidir sobre el pago de costas relacionadas con la Solicitud en este momento y reserva su decisión para el laudo final.

**V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL**

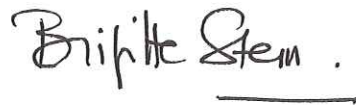
En consecuencia de lo anterior, el Tribunal de manera unánime decide:

- i) Rechazar la Solicitud de Medidas Provisionales tal y como fue presentada por las Demandantes;
- ii) Ordenar al Perú de abstenerse y, si aplicable, suspender y discontinuar, con respecto a los señores Lowry y Guasco, cualquier acción que pueda restringir su libertad de circulación durante el transcurso de este procedimiento arbitral y su posibilidad de participar libremente en el presente arbitraje, hasta que se profiera el laudo final;
- iii) Reservar su decisión sobre las costas relacionadas con la Solicitud para el laudo final.

Fecha: Febrero 22, 2011



Dr. Eduardo Zuleta  
Árbitro



Prof. Brigitte Stern  
Árbitro



Sr. Yves Derains  
Presidente