

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

Finley Resources, Inc., MWS Management, Inc., y Prize Permanent Holdings, LLC

c.

Estados Unidos Mexicanos

(Caso CIADI No. ARB/21/25)

**DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE LAS
DEMANDANTES**

Miembros del Tribunal

Sr. Manuel Conthe Gutiérrez, Presidente del Tribunal

Dr. Franz X. Stirnimann Fuentes, Árbitro

Prof. Alain Pellet, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anneliese Fleckenstein

26 de enero de 2022

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de diciembre de 2021, las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales de protección (la “Solicitud de Medidas Provisionales”). El petitorio principal de las Demandantes fue que el Tribunal ordene *“que México cese cualquier acción que pueda privar al Tribunal de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las Demandantes, incluida cualquier acción relacionada con la celebración del Contrato 821 o la ejecución de la garantía de cumplimiento de \$41 millones de dólares estadounidenses, hasta que concluya este arbitraje”*¹.
2. El 18 de diciembre de 2021, las Demandantes presentaron un suplemento a su solicitud inicial (“Suplemento a la Solicitud de Medidas Provisionales”). Las Demandantes reiteraron nuevamente su solicitud de que *“México cese cualquier otra acción que pueda privar al Tribunal de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las Demandantes, a saber, cualquier acción relacionada con el “finiquito” del Contrato 821 o presentar una reclamación contra la garantía de cumplimiento de \$41,8 millones de dólares estadounidenses”*².
3. El 3 de enero de 2022, la Demandada presentó su respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, en la que se opuso a la solicitud de medidas provisionales de las Demandantes (la “Respuesta a la Solicitud”).
4. El 18 de enero de 2022, el Tribunal llevó a cabo una videoconferencia con las Partes, durante la cual estas últimas hicieron presentaciones en las que sintetizaron sus opiniones y respondieron a las preguntas formuladas por el Tribunal.
5. Luego de haber considerado las presentaciones escritas y los alegatos orales de las Partes, el Tribunal procede a emitir la presente decisión sobre la solicitud de medidas provisionales en la forma de una resolución procesal (firmada por el Presidente del Tribunal).

II. ANÁLISIS

A. Introducción

6. Tal como se ha indicado, el petitorio principal de las Demandantes es que el Tribunal ordene *“que México cese cualquier acción que pueda privar al Tribunal de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las Demandantes, incluida cualquier acción relacionada con la celebración del Contrato 821 o la ejecución de la garantía de cumplimiento de \$41 millones*

¹ Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 5, 39.

² Suplemento a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 14.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

de dólares estadounidenses, hasta que concluya este arbitraje”.

7. Independientemente de la mención general a “*cualquier acción que pueda privar al Tribunal de jurisdicción*”, el contexto de la reparación solicitada por las Demandantes y la información proporcionada por las Partes deja en claro que el quid del objetivo de las Demandantes es que se impida la ejecución de la garantía por parte de la subsidiaria de Pemex, “Pemex Exploración y Producción” (PEP), el beneficiario de la garantía de cumplimiento de USD 41,8 millones³ emitida por la compañía aseguradora Dorama (la “Fianza Dorama”) como garantía de cumplimiento de las obligaciones de las Demandantes en virtud del Contrato No. 421004821 (el “Contrato 821”)⁴.
8. Esta garantía se encuentra regulada por la cláusula 10 del Contrato 821. Su valor se determinó en un 10% del monto máximo del Contrato. En la cláusula, la Contratista manifestó expresamente su consentimiento de modo que:
 - “la fianza se pague independientemente de que se interponga cualquier tipo de recurso ante instancias del orden administrativo o no judicial” (Cláusula 10.1, A).
 - “la reclamación que se presente ante la afianzadora por incumplimiento de contrato, quedará debidamente integrada con la siguiente documentación:
 1. Reclamación por escrito a la institución de fianzas.
 2. Copia de la póliza de fianza y, en su caso, sus documentos modificatorios.
 3. Copia del Contrato garantizado incluyendo sus anexos y, en su caso, sus Convenios Modificatorios y/o Memorandos de Entendimiento.
 4. Copia del documento de notificación al fiador de su incumplimiento.
 5. La rescisión del Contrato y su notificación.
 6. Copia del finiquito.
 7. Cuantificación del importe reclamado”. (Cláusula 10.1, G)
9. La fianza Dorama de cumplimiento general de obligaciones se materializó en la póliza emitida por Dorama⁵. La Cláusula 19 K de las condiciones generales de la póliza de fianza exige que PEP proporcione a Dorama “una descripción del incumplimiento de la obligación garantizada que motiva la presentación de la reclamación, acompañando la documentación

³ Véase la garantía en R-0005.

⁴ El Contrato 821 (R-003 y R-003-ENG, su traducción en idioma inglés), de “Trabajos Integrales de Perforación y Terminación de Pozos Terrestres en las Regiones Norte y Sur de Pemex Exploración y Producción” fue celebrado por una parte por PEP, y por la otra, Finley Resources Inc/Drake-Mesa, S. de R.L. de C.V. a través de la sociedad con fines específicos Drake-Finley, S. de R.L. de C.V. (la Contratista).

⁵ Véase R-0005, que contiene la póliza actualizada el 26 de enero de 2016.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

que acredite lo declarado y el importe de lo reclamado”⁶.

B. Las posiciones de las Partes

La posición de las Demandantes

10. Según las Demandantes, desde el comienzo de este arbitraje México ha atacado dos de las inversiones de las Demandantes: (i) el Contrato 821, y (ii) la garantía de cumplimiento de USD 41,8 millones que aseguraba el cumplimiento de dicho contrato. Las Demandantes arguyen que poco tiempo después de que se constituyera el Tribunal, Pemex (la empresa petrolera estatal de México) emitió un “*finiquito* unilateral y procedió a ejecutar la garantía de cumplimiento. La negativa de Pemex a solicitar obras bajo el Contrato 821, alegando que su presupuesto era insuficiente, finalmente dio lugar a este arbitraje. Ahora, México está tratando de reclamar la garantía de \$41,8 millones de dólares estadounidenses que las Demandantes otorgaron para garantizar la ejecución de un trabajo que Pemex nunca solicitó”⁷.
11. Las Demandantes aducen que las acciones de México son indebidas y “*un intento manifiesto de respaldar su argumento de que el Tribunal carece de jurisdicción*”⁸. En efecto, según las Demandantes, desde el registro del presente arbitraje, la posición de la Demandada ha sido que el Tribunal no goza de jurisdicción debido a que las Demandantes no tienen una inversión existente. Según las Demandantes, las acciones de Pemex pretenden eliminar esas inversiones⁹.
12. La posición de las Demandantes es que los siguientes hechos no están en disputa: mediante un proceso de licitación internacional, se adjudicó a las Demandantes el Contrato 821 que requería que estas proporcionaran equipo, bienes y materiales para perforar pozos de petróleo y gas para Pemex y por el cual Pemex acordó solicitar un monto mínimo de obra valorado en USD 169 millones y un monto máximo de obra valorado en USD 818,3 millones. Además, Pemex solicitaría dichos trabajos a través de órdenes de trabajo y las Demandantes otorgaron una garantía de aproximadamente USD 41,8 millones para garantizar el cumplimiento de esas órdenes de trabajo. Por último, con arreglo al Contrato 821 Pemex puede iniciar un proceso administrativo para rescindir el Contrato 821 en el supuesto de que haya 15 órdenes de trabajo incumplidas¹⁰.
13. Según las Demandantes, después de otorgar esta garantía e invertir montos significativos en la compra, importación y mantenimiento de equipos y bienes especializados, Pemex no cumplió con el monto mínimo de órdenes de trabajo y, alegando limitaciones

⁶ R-0005-SPA.

⁷ Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 3, 14.

⁸ *Id.*, ¶ 4.

⁹ *Id.*, ¶ 4.

¹⁰ *Id.*, ¶ 6.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

presupuestarias, dejó de emitirlas después de solicitar y pagar a las Demandantes solo aproximadamente USD 48 millones en obras¹¹. Las Demandantes arguyen que a la luz de estas acciones, solicitaron reparación judicial, lo que hizo que Pemex tomara represalias alegando que había emitido, en debida forma, una nueva orden de trabajo. que las Demandantes aducen que nunca fue recibida ni discutida con ellas.

14. Las Demandantes arguyen que, en contra de la cláusula sobre rescisión del Contrato 821, Pemex pretendió la terminación después del alegado incumplimiento de una sola orden de trabajo . Según las Demandantes, estas sometieron la controversia sobre rescisión a los tribunales locales, tal como lo exige el Contrato 821, pero el Tribunal Federal de Justicia Administrativa “*reescribió el Contrato 821. Determinó que bastaba una supuesta orden de trabajo incumplida*”¹². Las Demandantes afirman que dos semanas después de la constitución del Tribunal, Pemex procedió a iniciar el proceso de finiquito aunque no notificó adecuadamente a las Demandantes esta acción.
15. Las Demandantes basan su solicitud de medidas provisionales en el Artículo 1134 del TLCAN y en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Según las Demandantes, ni el TLCAN ni las Reglas de Arbitraje del CIADI especifican los criterios que el Tribunal deberá aplicar al momento de considerar dicha solicitud, pero otros tribunales de arbitraje han tenido en cuenta hasta seis factores: (i) jurisdicción *prima facie* para ordenar las medidas solicitadas; (ii) justificación *prima facie* sobre el fondo; (iii) riesgo de daño grave o irreparable; (iv) urgencia; (v) balance de las dificultades que pesan a favor de las medidas provisionales; y (vi) ausencia de prejuizamiento sobre el fondo¹³.
16. Las Demandantes sostienen que cada uno de estos factores se cumple en el presente caso:
 - 16.1. En primer lugar, el Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* ya que la diferencia satisface los requisitos jurisdiccionales del Convenio del CIADI y de los Artículos 1118 a 1121 del TLCAN. En particular, (a) Finley y Prize son sociedades estadounidenses constituidas en el Estado de Texas y Prize es titular de Drake-Mesa, que es una sociedad mexicana; (b) Finley y Prize efectuaron inversiones en México, las cuales incluyen el Contrato 821 y la garantía de cumplimiento de USD 41,8 millones; y (c) Finley y Prize han satisfecho los requisitos procesales de los Artículos 1118 a 1121 del TLCAN.
 - 16.2. En segundo lugar, en lo que se refiere a la justificación *prima facie*, las Demandantes alegan violaciones de tres disposiciones del TLCAN: (i) México violó el Artículo 1102 del TLCAN debido a que optó por tratar a las sociedades nacionales de manera más favorable que a Finley y Prize; (ii) México violó el Artículo 1105(1) del TLCAN al “*repudiar injustificadamente el Contrato 821,*

¹¹ *Id.*, ¶ 8.

¹² *Id.*, ¶ 12.

¹³ *Id.*, ¶¶ 18 y 19.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

*adoptar una conducta arbitraria, discriminar a las Demandantes y negarles justicia a través de la conducta del sistema judicial de México*¹⁴; y (iii) *“México incumplió su obligación de respetar sus obligaciones contractuales bajo el Contrato 821 con Finley, Prize y Drake-Mesa, una obligación según el tratado bilateral de inversión México-Dinamarca que México incorporó en aplicación del Artículo 1103 del TLCAN”*¹⁵.

- 16.3. En tercer lugar, las Demandantes aducen que enfrentan un daño irreparable. Según las Demandantes, ellas adujeron previamente que sus inversiones incluyen el Contrato 821 y la garantía de cumplimiento de USD 41,8 millones. En el supuesto de que México tenga éxito en su proceso de finiquito, eliminará estas inversiones y privará al Tribunal de su jurisdicción de manera que las Demandantes no podrán obtener compensación en virtud del TLCAN.
- 16.4. En cuarto lugar, las Demandantes alegan que la solicitud es urgente ya que de acuerdo con la demanda que hizo Pemex contra la garantía de cumplimiento, Pemex ya finalizó el proceso de finiquito y se están perjudicando sus derechos.
- 16.5. En quinto lugar, si el Tribunal no otorga las medidas provisionales, las *“Demandantes podrían perder la capacidad de hacer valer sus reclamos y obtener reparación. Esto es claramente un daño significativo”*¹⁶.
- 16.6. En sexto lugar, las Demandantes sostienen que una decisión sobre esta solicitud no tendrá efecto vinculante alguno para cuestiones futuras relativas a la jurisdicción o al fondo, pues las Demandantes solo solicitan al Tribunal que le prohíba a México que adopte acciones adicionales que podrían privar al Tribunal de jurisdicción. Además, durante la videoconferencia celebrada el 18 de enero de 2022, las Demandantes dejaron en claro que el único (o sin duda, el principal) motivo de su solicitud era la preservación de la jurisdicción del Tribunal¹⁷.

La posición de la Demandada

17. Para la Demandada, la práctica en el arbitraje de inversión exige que *“se deben cumplir cinco “estándares” previo a que un tribunal recomiende medidas provisionales: i) demostrar prima facie la jurisdicción del Tribunal; ii) identificar un derecho susceptible de ser afectado y demostrar prima facie una reclamación, iii) comprobar que las medidas provisionales son necesarias, iv) urgentes, y v) proporcionales. El análisis de estos estándares o requisitos de ninguna forma implicar que el Tribunal deba prejuzgar aspectos*

¹⁴ *Id.*, ¶ 29.

¹⁵ *Id.*, ¶ 30.

¹⁶ *Id.*, ¶ 35.

¹⁷ *Id.*, ¶¶ 1, 5 y 39; Audiencia sobre Medidas Provisionales de 18 de enero de 2022, minuto 8:56, minuto 21:51, minuto 58:02 y a 1 hora 23 minutos.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

legales, e.g., *la jurisdicción del propio tribunal*”¹⁸.

18. Además, según la Demandada, “*las medidas provisionales en arbitraje de inversión son una medida extraordinaria y su solicitud, análisis y determinación no deben tomarse a la ligera*”¹⁹. Para la Demandada, “*la parte solicitante de la medida provisional cuenta con la carga de la prueba de demostrar la urgencia y necesidad de la medida requerida*”²⁰.
19. En lo que se refiere a la jurisdicción, la Demandada afirma que el Tribunal carece de competencia para otorgar las medidas provisionales requeridas por las Demandantes, un concepto que, para la Demandada, no debería confundirse con la jurisdicción del Tribunal para resolver la controversia planteada por las Demandantes en el Caso CIADI No. ARB/21/25, respecto del cual la Demandada aún no ha interpuesto objeciones jurisdiccionales²¹.
20. Para la Demandada, la Fianza Dorama no es una inversión a efectos del TLCAN, sino que se trata de un contrato mercantil y “*resulta inapropiado e improcedente que las Demandantes realicen estas alegaciones o caractericen a la fianza como una inversión mediante una Solicitud de Medidas Provisionales*”²². Según la Demandada, conforme al sistema jurídico mexicano, una fianza es un contrato mercantil regulado por leyes específicas mercantiles y supletoriamente por el Código de Comercio²³.
21. La Demandada afirma que desde el 15 de junio de 2018, PEP ha tratado de ejecutar la Fianza Dorama, “*debido a incumplimientos contractuales incurridos por las Contratistas*”²⁴. La Demandada afirma asimismo que “[e]l hecho de que PEP se abstenga de ejercer sus derechos contractuales implicaría la caducidad de la reclamación de la Fianza Dorama”²⁵. No obstante, “*las Contratistas han eludido cualquier intento de PEP para celebrar el finiquito del Contrato 821*”²⁶, el cual, en virtud del párrafo B.6 de la cláusula 10 de la Fianza Dorama, PEP debe presentar a Dorama como parte de la documentación para ejecutar la fianza.
22. La Demandada arguye que Pemex y las Demandantes -al actuar en calidad de Contratista-acordaron en la cláusula 47 del Contrato 821 “*que el derecho aplicable al Contrato 821 sería el mexicano y cualquier controversia relacionada con la interpretación o ejecución del Contrato 821 sería resuelto mediante arbitraje comercial conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), salvo aquellos procedimientos*

¹⁸ *Id.*, ¶44.

¹⁹ *Id.*, ¶45.

²⁰ *Id.*, ¶46.

²¹ Respuesta a la Solicitud, ¶¶ 49-50.

²² *Id.*, ¶ 24.

²³ *Id.*, ¶25.

²⁴ Respuesta a la Solicitud, ¶26.

²⁵ *Id.*, ¶29.

²⁶ *Id.*, ¶32.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

*de rescisión administrativa y de terminación anticipada. Esto significa que la rescisión administrativa del Contrato 821 debía ser resuelta mediante un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (“TFJA”)*²⁷. Por ende, “*el Tribunal simplemente está frente a una petición de las Demandantes para que actúe en calidad de una corte mexicana y recomiende la suspensión del finiquito del Contrato 821 y la ejecución de la Fianza Dorama. El Tribunal no es competente para recomendar una medida provisional de esta naturaleza*”²⁸.

23. La Demandada solicita al Tribunal tener en cuenta que “*desde el primer arbitraje de inversión enfrentado por México conforme al TLCAN, así como en los arbitrajes de inversión que han enfrentado Canadá o Estados Unidos al amparo del TLCAN, se ha concluido sistemáticamente que este mecanismo de solución de controversias no fue creado para resolver diferencias contractuales, mucho menos tiene por objeto resolver “decepciones contractuales” de inversionistas extranjeros, ni puede servir como un mecanismo sustitutivo de los procesos judiciales existentes conforme al sistema jurídico mexicano para resolver controversias entre particulares*”²⁹. Más concretamente, para la Demandada, “*las disputas contractuales con empresas públicas u entidades paraestatales no son materia del arbitraje de inversión que prevé el Capítulo XI del TLCAN*”³⁰.
24. En cuanto a la existencia de un derecho susceptible de ser afectado, la Demandada rechaza todo “*vínculo causal entre a) la formalización del finiquito del Contrato 821 y la reclamación de la Fianza Dorama con b) la supuesta afectación a la jurisdicción del Tribunal*”³¹. Para la Demandada, “*el finiquito del Contrato 821, la ejecución de la Fianza Dorama y cualquier procedimiento judicial que pudiera surgir de ellas son situaciones contractuales, y las Demandantes no han sido capaces de explicar y demostrar que son relevantes para la jurisdicción del Tribunal y la posibilidad de que éste emita un laudo. Se debe recordar que el Contrato 821 fue rescindido en agosto de 2017 y desde julio de 2018 PEP ha intentado reclamar la Fianza Dorama, todo ello mucho tiempo antes del inicio del Arbitraje TLCAN*”³². La Demandada señala, asimismo, que “*los Contratos 803 y 804 fueron terminados y finiquitados,*”³³ y sus finiquitos formalizados el 10 de febrero y el 10 de abril de 2015, respectivamente.
25. A mayor abundamiento, según la Demandada, las medidas provisionales solicitadas no son necesarias para evitar un daño irreparable, ya que “*[l]as Contratistas tienen a su disposición mecanismos de defensa conforme al sistema jurídico mexicano para impugnar las notificaciones de PEP (incidentes de nulidad de notificaciones) y oponerse a la*

²⁷ *Id.*, ¶22.

²⁸ *Id.*, ¶43.

²⁹ *Id.*, ¶53.

³⁰ *Id.*, ¶54.

³¹ *Id.*, ¶59.

³² *Id.*, ¶61.

³³ *Id.*, ¶¶39-41.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

*ejecución de la Fianza Dorama*³⁴.

26. Además, la Demandada asevera que las Demandantes no han logrado demostrar que el finiquito del Contrato 821 es una situación que requiere la aplicación de una medida urgente, sobre todo porque *“las reclamaciones de PEP encaminadas a ejecutar la Fianza Dorama se encuentran en una fase prematura, la afianzadora no ha decidido si las reclamaciones de PEP son procedentes, y posiblemente será necesario que PEP inicie juicios mercantiles en contra de Dorama. Esto deja en evidencia que existe un alto grado de especulación en las alegaciones de las Demandantes”*³⁵.
27. Con respecto a la proporcionalidad, la Demandada alega que *“[e]l único objetivo de las medidas provisionales propuestas por las Demandantes es brindarle una ventaja a las Contratistas frente a los derechos contractuales de PEP. Las Contratistas, PEP y Dorama no son parte del Arbitraje TLCAN o del Caso CIADI ARB/21/25 y no existiría un genuino balance entre los supuestos derechos que las Demandantes pretenden que sean preservados y los derechos contractuales de PEP”*³⁶.
28. Por último, en lo referente al prejuzgamiento de cuestiones, la Demandada concluye que *“[a]l buscar prohibir que PEP ejerza los derechos obtenidos mediante la Fianza Dorama, la solicitud de las Demandantes orilla al Tribunal a prejuzgar si tiene jurisdicción y si la rescisión del Contrato 821 fue inválida, lo cual está prohibido en virtud del Artículo 1134 del TLCAN”*³⁷.
29. En sustento de la existencia de dicha prohibición conforme al Artículo 1134 del TLCAN, la Demandada cita³⁸ la decisión del tribunal en la Resolución Procesal No. 2 en el caso *Marvin Feldman c. México*, ARB (AF)/99/1 –analizado por G. Kaufmann-Kohler en su capítulo *“Interim Relief in Investment Treaty Arbitration”* (2018)–, en la cual el tribunal recordó que el Artículo 1134 del TLCAN modula la facultad de un tribunal de decretar medidas provisionales y establece que *“[u]n tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 o 1117”*.

C. El Análisis del Tribunal

30. En opinión del Tribunal, no hay diferencias fundamentales entre las Demandantes³⁹ y la Demandada⁴⁰ respecto de las condiciones que debe cumplir una solicitud de medidas

³⁴ *Id.*, ¶65.

³⁵ *Id.*, ¶71.

³⁶ *Id.*, ¶76.

³⁷ *Id.*, ¶78.

³⁸ *Id.*, nota al pie 81, ¶78.

³⁹ Véase Solicitud de Medidas Provisionales de Protección, ¶ 19.

⁴⁰ Véase Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes, ¶ 44.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

provisionales para ser otorgada. Salvo la intensidad de los umbrales aplicables a los distintos criterios, la principal discrepancia entre las Partes gira en torno a si estas condiciones se cumplieron en el presente caso.

31. El Tribunal comparte el amplio acuerdo que las Partes han dejado patente sobre las condiciones necesarias para el otorgamiento de una solicitud de medidas provisionales. No obstante, lo más importante, según el Tribunal, es que estas condiciones deben considerarse “conjuntivas”, es decir, se deben cumplir todas para que se otorgue la solicitud; a la inversa, basta que con que no se cumpla una de las condiciones fundamentales para que no prospere la solicitud de medidas cautelares.
32. Por lo tanto, el Tribunal no necesita analizar y conciliar todas las discrepancias entre las Partes sobre si se han cumplido las diversas condiciones teóricas mencionadas *supra*, sino que procederá a centrarse en una de las condiciones fundamentales que, en su opinión, la solicitud de medidas provisionales de las Demandantes no cumplió *prima facie*: el supuesto riesgo de daño irreparable que, según la solicitud de las Demandantes, consistiría en el riesgo de pérdida de jurisdicción del Tribunal si no se conceden las medidas.

i. Riesgo de pérdida de jurisdicción/riesgo de daño irreparable

33. Tal como se comentara, las Demandantes fundaron su solicitud de medidas provisionales únicamente en la proposición de que busca proteger la “*jurisdicción del Tribunal*” y que México está tratando de eliminar ambas inversiones de las Demandantes (el Contrato 821 y la Fianza Dorama) en un intento de privar al Tribunal de su jurisdicción⁴¹. *Prima facie*, el Tribunal no comparte la suposición de las Demandantes.
34. A juicio del Tribunal, su propia jurisdicción no puede verse afectada por hechos posteriores a la fecha de la solicitud de las Demandantes. De hecho, es totalmente indiscutible, como cuestión de derecho internacional, que los actos posteriores a la fecha de inicio del arbitraje son irrelevantes a los efectos de analizar la jurisdicción del tribunal. En efecto, el Convenio del CIADI reconoce explícitamente esta postura y existe autorizada jurisprudencia que la ratifica. Por lo tanto, si existía jurisdicción a la fecha de inicio del arbitraje, seguirá existiendo. Ninguna medida adoptada por las Partes con posterioridad a la solicitud de arbitraje puede afectar la existencia, *vel non*, de la jurisdicción del Tribunal.
35. En opinión del Tribunal, el momento apropiado para determinar si el Tribunal tiene jurisdicción para conocer de este arbitraje es cuando las Demandantes, al presentar su

⁴¹ Véase, por ejemplo, Solicitud de Medidas Provisionales de Protección, ¶¶ 1, 4, 25, 32 y 39(1); Audiencia sobre Medidas Provisionales, 18 de enero de 2022, acta 8:56, acta 21:51, acta 58:02, y en 1 hora y 23 minutos.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

solicitud de arbitraje, aceptaron la oferta de México de someter esta diferencia a arbitraje.

36. Esto es así porque, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. (Énfasis agregado).

37. Esta disposición debe interpretarse a la luz de la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI, que reza:

“‘Fecha del otorgamiento del consentimiento’ significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”.

38. La expresión más clara de esta postura legal se encuentra en el caso *Vivendi c. Argentina*, en el cual el tribunal del CIADI resolvió: (énfasis agregado)

“[E]s bien sabido que la legitimación procesal de una parte en un foro judicial internacional, a los fines de la jurisdicción para iniciar una acción, se determina teniendo en cuenta la fecha en la cual se considera que se inició dicha acción. Los Tribunales del CIADI han aplicado esta Regla de manera uniforme. Más concretamente, en un arbitraje CIADI, la fecha crítica a los fines de determinar la nacionalidad del inversor extranjero con arreglo al Artículo 25(2) del Convenio del CIADI es la fecha del consentimiento, es decir, por lo general, la fecha en que se inició el arbitraje de una diferencia en virtud de un TBI.

Este no es exclusivamente un principio de los procedimientos del CIADI, sino un principio aceptado en la resolución internacional de disputas de que la jurisdicción se determina a la luz de la situación existente a la fecha de iniciación del procedimiento. Los hechos anteriores a esa fecha pueden afectar la jurisdicción; los hechos posteriores no. La CIJ sentó jurisprudencia contundente en tal sentido en el caso *Lockerbie*. Allí, en una excepción preliminar, Libia se basó en el Convenio de Montreal para establecer la jurisdicción de la Corte. Los Estados Unidos y el Reino Unido argumentaron que las Resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas después del inicio del procedimiento privaban a la Corte de jurisdicción. La Corte rechazó categóricamente los argumentos de los Estados Unidos y del Reino Unido, y decidió que:

‘La Corte no puede respaldar este tipo de argumento. Las Resoluciones del Consejo de Seguridad 748 (1992) y 883 (1993) se

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

adoptaron, de hecho, con posterioridad a la presentación de la Solicitud el 3 de marzo de 1992. De conformidad con su jurisprudencia consolidada, si la Corte tenía jurisdicción en esa fecha, sigue teniéndola. La posterior aprobación de las Resoluciones mencionadas no pueden afectar su jurisdicción una vez establecida’.

La Corte confirmó esta regla en el caso relativo al *Mandamiento de Detención*, en el cual señaló:

‘La Corte recuerda que, conforme a su jurisprudencia consolidada, su jurisdicción debe determinarse al momento en que se inició el procedimiento. Por ende, si la Corte tiene jurisdicción en la fecha en la cual se le remite el caso, sigue teniéndola sin perjuicio del acaecimiento de hechos posteriores. Tales hechos podrían llevar a la conclusión de que una solicitud ha devenido abstracta y la decisión de no pronunciarse sobre el fondo, pero no pueden privar a la Corte de jurisdicción...’

La consecuencia de esta regla es que, una vez establecida, la jurisdicción no puede frustrarse. Simplemente, no se ve afectada por hechos posteriores. Los hechos que ocurren luego de la iniciación del procedimiento (salvo, en un caso como este, una Decisión de un Comité ad hoc de anular la decisión jurisdiccional previa) no pueden cancelar la jurisdicción del Tribunal respecto de la diferencia⁴². (Énfasis agregado).
[Traducción del Tribunal]

39. Cabe señalar que la autoridad legal en *Vivendi c. Argentina* dista mucho de ser una decisión aislada, varios tribunales del CIADI han ratificado esta postura⁴³.
40. En línea con lo establecido en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI y la jurisprudencia consolidada citada *supra*, el Tribunal no considera convincente *prima facie* el argumento de las Demandantes de que, si se

⁴² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina (I)*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 61-63.

⁴³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012, ¶¶ 255-256; *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, ¶ 197; *Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/1, Laudo, 26 de septiembre de 2013, ¶ 155; *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC y David Fischer c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2016, ¶ 108; *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República Italiana*, Caso CIADI No. ARB/15/50, Decisión sobre Solicitud de Terminación y Excepción Intra-UE, 7 de mayo de 2019, ¶ 202.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

hubiera llevado a cabo el finiquito del Contrato 821 y si PEP hubiera reclamado la Fianza Dorama, se habría visto afectada la jurisdicción del Tribunal.

41. En consecuencia, el Tribunal no ve de qué manera, suponiendo que tuviera jurisdicción para entender del caso a la “fecha del consentimiento” (es decir, el 25 de marzo de 2021), luego podría perderla como resultado de las acciones de PEP. Más concretamente, si el Tribunal considerase durante el arbitraje que, tal como alegan las Demandantes, la Fianza Dorama fue una inversión protegida por el TLCAN, el hecho de que PEP, en algún momento, tuviera éxito hipotéticamente en sus intentos de reclamar la garantía no alteraría, en opinión del Tribunal, su jurisdicción.
42. Por último, el Tribunal ha analizado la jurisprudencia citada por las Demandantes durante la conferencia celebrada el 18 de enero de 2022, en la que basa su inquietud de que la jurisdicción del Tribunal pudiera ser impugnada (exitosamente) por la Demandada sobre la base de una excepción de falta de continuidad en la titularidad/inversión, tal como se debatiera en los casos *National Grid c. República Argentina*; *EnCana Corp. c. La República del Ecuador* (Caso LCIA No. UN3431); y *Mondev c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)99/22)⁴⁴. El Tribunal ha concluido que esta jurisprudencia concuerda con la citada por el Tribunal *supra* y respalda el razonamiento del Tribunal de que los hechos que determinen la existencia o titularidad de la inversión (como el potencial finiquito del Contrato 821 o la ejecución de la Fianza Dorama por parte de PEP) que puedan ocurrir después de la fecha de inicio del arbitraje no pueden alterar la jurisdicción del Tribunal.
43. En consecuencia, el Tribunal no está convencido de que el otorgamiento de las medidas solicitadas sea necesario para evitar el daño grave o irreparable para las Demandantes por lo que respecta a la pérdida de jurisdicción del Tribunal. Por ende, el Tribunal no puede otorgar las medidas solicitadas por las Demandantes. No obstante, el Tribunal subraya que la decisión emitida en el presente procedimiento se basa en una evaluación *prima facie* y de ningún modo prejuzga la cuestión de la jurisdicción del Tribunal u otras relativas al fondo del caso. No afecta el derecho de las Demandantes y de la Demandada a presentar argumentos respecto de tales cuestiones en etapas futuras de este caso.

III. RESOLUCIÓN

En vista de lo que antecede, el Tribunal por medio de la presente resuelve:

1. No otorgar ninguna de las medidas provisionales solicitadas por las Demandantes en su Solicitud de Medidas Provisionales de 14 de diciembre de 2021, complementada por su Suplemento a la Solicitud de Medidas Provisionales de 18 de diciembre de 2021.

⁴⁴ Véase pág. 8 de la presentación de PowerPoint de las Demandantes, 18 de enero de 2022.

Decisión sobre las Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes

2. Reservar para el Laudo la decisión sobre la distribución de costas resultantes de este procedimiento sobre medidas provisionales.

[Firmado]

Sr. Manuel Conthe Gutiérrez
Presidente del Tribunal
Fecha: 26 de enero de 2022