

Caso CPA No. 2013-15

**EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO ENTRE EL
GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE Y EL
GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA SOBRE EL FOMENTO Y LA
PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CAPITAL, DE FECHA 24 DE MAYO DE 1988**

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)

- entre -

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)

(la “Demandante”)

- y -

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

ORDEN PROCESAL NO. 10

Tribunal

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

11 de enero de 2016

I. Antecedentes Procesales

1. El 8 de octubre de 2015, el Estado Plurinacional de Bolivia (la “**Demandada**” o “**Bolivia**”) presentó al Tribunal su Solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* y Comunicación de Información (la “**Solicitud**”).
2. Mediante carta del 9 de octubre de 2015, el Tribunal invitó a South American Silver Limited (la “**Demandante**” o “**SAS**”) a presentar sus comentarios a la Solicitud, a más tardar el 16 de octubre de 2015.
3. Mediante carta de la misma fecha, la Demandante, haciendo referencia a que su escrito de Réplica debía presentarse el 30 de noviembre de 2015, solicitó una extensión, hasta el 14 de diciembre de 2015, para presentar sus comentarios a la Solicitud.
4. Mediante carta del 12 de octubre de 2015, el Tribunal otorgó la extensión solicitada por la Demandante.
5. En vista de la extensión otorgada, mediante carta de la misma fecha, Bolivia, entre otros, solicitó que se suspendiese el calendario procesal para la presentación de su Dúplica mientras el Tribunal decide sobre la Solicitud y SAS constituye la garantía solicitada.
6. Mediante carta del 13 de octubre de 2015, SAS se opuso a la solicitud de Bolivia de prorrogar la fecha de presentación de su Dúplica.
7. Mediante carta del 15 de octubre de 2015, el Tribunal, entre otros, invitó a Bolivia a presentar sus comentarios a la carta de SAS del 13 de octubre de 2015.
8. Mediante carta del 20 de octubre de 2015, Bolivia insistió en la suspensión del plazo para presentar su Dúplica.
9. Mediante carta del 12 de noviembre de 2015, el Tribunal decidió mantener la fecha de 29 de febrero de 2016 para la presentación de la Dúplica de Bolivia.
10. Conforme al plazo otorgado por el Tribunal, el 14 de diciembre de 2015, SAS respondió a la Solicitud oponiéndose a la misma (la “**Oposición a la Solicitud**”).

II. Posiciones de las Partes

11. El Tribunal resume a continuación los argumentos y posiciones de las Partes relacionadas con la Solicitud. El Tribunal ha tenido en cuenta todos los argumentos y pruebas aportados por las Partes. El hecho de que no se cite en el resumen un argumento particular o una prueba específica no significa que el Tribunal no lo haya tenido en cuenta.
 - A. *Resumen de la Solicitud de Bolivia y la respuesta de SAS*
 - a. Solicitud de Bolivia
12. Bolivia solicita que el Tribunal ordene a la Demandante “constituir una *cautio judicatum solvi* por un valor de, al menos, US\$ 2.5 millones para garantizar el pago íntegro de un laudo

condenando a la Demandante a las costas del arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 42(1) del Reglamento de Arbitraje [CNUDMI 2010]”¹. Bolivia solicita que la *cautio judicatum solvi* se constituya mediante garantía bancaria a primer requerimiento o mediante depósito bancario².

13. Bolivia solicita, además, que el Tribunal ordene a la Demandante “revelar la identidad del financista de este arbitraje, así como los términos del acuerdo de financiamiento suscrito con aquél”³.

b. Respuesta de SAS

14. La Demandante se opone a la Solicitud en cuanto “[u]na orden de constituir una *cautio judicatum solvi* en este procedimiento no es necesaria y sería extremadamente desproporcionada. Impondría una carga financiera importante en la persecución de una demanda fundada y frustraría el acceso a la justicia”⁴.
15. SAS solicita que el Tribunal rechace tanto la solicitud de una *cautio judicatum solvi* como todas las solicitudes de información relativas a la contratación por parte de SAS de un tercero financista, excepto por una orden limitada a requerir a SAS que revele el nombre de su tercero financista⁵.

B. *Posición de la Demandada*

16. Bolivia afirma que el Tribunal tiene poder suficiente para ordenar la *cautio judicatum solvi* a la luz del Art. 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 (el “**Reglamento CNUDMI**”) y la Orden Procesal No. 7⁶.
17. Según Bolivia, el elemento fundamental para otorgar la *cautio judicatum solvi* consiste en la existencia de un riesgo probado de que “*Claimant would not reimburse Respondent for its incurred costs, be it due to Claimant’s unwillingness or its inability to comply with its payment obligations*”⁷.
18. Bolivia invoca tres circunstancias que, en su entender, corresponden a situaciones para las cuales se concibió la *cautio judicatum solvi*, y que han sido aceptadas por los tribunales en arbitrajes de inversión: (i) la Demandante es una *shell company* de Bermudas sin actividad económica ni activos y que solo es utilizada por el verdadero inversionista (South American Silver Corporation o SASC) para intentar, indebidamente, obtener protección bajo el Tratado; (ii) SASC ha anunciado públicamente que prevé quedarse sin fondos a fines del año 2015; y

¹ Solicitud, ¶ 42 (a).

² Solicitud, ¶ 42 (a) (i) y (ii).

³ Solicitud, ¶ 42 (b).

⁴ Oposición a la Solicitud, ¶ 41.

⁵ Oposición a la Solicitud, ¶ 42.

⁶ Solicitud, ¶¶ 9-11.

⁷ Solicitud, ¶ 12, citando *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Santa Lucía del 13 de agosto de 2014, ¶ 81, RLA-177.

- (iii) los costos de la Demandante en este arbitraje están siendo financiados por un tercero, lo que reafirma la incapacidad de SAS de hacer frente a los costos de este arbitraje⁸.
19. Bolivia señala que la Demandante es una “*shell company*” que no tiene actividad económica ni activos y únicamente existe con fines de “*treaty shopping*” y ahorro tributario⁹.
20. Bolivia afirma que SAS se ha negado a revelar cualquier información relativa a sus actividades, activos y finanzas, y no ha podido presentar ningún estado financiero propio, sino únicamente los estados financieros consolidados de SASC, los cuales no permiten distinguir los activos de la Demandante o las inversiones en el Proyecto. Los únicos documentos corporativos en el expediente sobre SAS son un certificado de incorporación y un poder otorgado por SAS a sus abogados, en el que aparece una dirección que, como es usual en las *shell companies*, pertenece a una firma de abogados¹⁰.
21. Según Bolivia, fue SASC quien estuvo involucrada en el Proyecto y realizó las pocas inversiones de prospección. Además, la Demandante no corre con ninguno de los gastos del presente arbitraje; los costos son asumidos por SASC y, en su gran mayoría, por un financista oculto, y las garantías a favor del financista fueron también otorgadas por SASC¹¹.
22. En relación con los fondos de SASC, Bolivia señala que SASC ha reconocido que se quedará sin fondos a finales de 2015 y que su mala situación económica confirma el alto riesgo de que SAS no pueda hacer frente a una eventual condena en costas¹². Según Bolivia, existe abundante evidencia de que la situación patrimonial de SASC es precaria y vaticina una inexorable situación de insolvencia¹³.
23. Bolivia analiza los documentos financieros de SASC de los últimos años y alega que ellos demuestran una reducción notable en el efectivo disponible de SASC, reducción que debe analizarse en conjunto con el promedio de gastos trimestrales de la citada compañía. De este análisis, Bolivia concluye que SASC se quedará sin efectivo a fines de 2015¹⁴.
24. La Demandada agrega que SASC tiene deudas contraídas para los próximos cinco (5) años, que corresponden a casi el doble de su efectivo disponible¹⁵. Según Bolivia, SASC reconoce que ninguno de sus proyectos genera ingresos y que no existe ninguna certeza de que, en un futuro cercano, generen ingresos¹⁶ y que, como lo ha reconocido SASC, tampoco existe certeza de que pueda obtener financiación¹⁷. Por lo tanto, afirma que al final del año 2015, SASC se habrá quedado sin recursos para hacer frente a sus obligaciones y que el Tribunal no puede esperar a que llegue ese momento para intervenir y obligar a SAS a garantizar el reembolso de los costos y gastos de Bolivia¹⁸.

⁸ Solicitud, ¶ 13

⁹ Solicitud, ¶ 14.

¹⁰ Solicitud, ¶ 15.

¹¹ Solicitud, ¶¶ 16-17.

¹² Solicitud, ¶¶ 19-20.

¹³ Solicitud, ¶ 20.

¹⁴ Solicitud, ¶¶ 21-22.

¹⁵ Solicitud, ¶ 23.

¹⁶ Solicitud, ¶ 24.

¹⁷ Solicitud, ¶ 25.

¹⁸ Solicitud, ¶ 26.

25. En relación con la financiación de terceros, Bolivia alega que la insuficiencia patrimonial de la Demandante es tal que SASC misma ha publicado que este arbitraje está siendo financiado por un tercero¹⁹. Esto confirma, según Bolivia, que ni la Demandante ni SASC cuentan con medios económicos suficientes para asumir los costos y gastos de este arbitraje y, en consecuencia, no podrán reembolsar los del Estado. La existencia del tercero financista, aunada a las dificultades económicas de la Demandante y su matriz, genera, afirma Bolivia, un caso *prima facie* para el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*²⁰.
26. Según Bolivia, no existe prueba alguna de que el tercero financista haya asumido la obligación de reembolsar los costos y gastos de Bolivia en este arbitraje y, por ello, es necesario obtener información respecto de la financiación de este arbitraje²¹. En todo caso, la jurisprudencia y doctrina internacionales coinciden en que la sola incertidumbre en cuanto a la existencia de dicha obligación de reembolso constituye “*compelling grounds for security for costs*”²².
27. Citando la opinión de Gavan Griffith QC en el caso *RSM c. Santa Lucía*, Bolivia sostiene que algunos árbitros han considerado que en presencia de un financista, existe una presunción a favor de ordenar una *cautio judicatum solvi*. Ello significa que la carga de la prueba se traslada a la parte financiada, quien debe probar por qué no debería ordenarse la *cautio judicatum solvi*²³.
28. Finalmente, para sustentar su solicitud de que se revele el nombre del tercero que financia el arbitraje y los términos de la financiación, Bolivia señala que el Tribunal debe velar por la integridad del arbitraje y tratar con igualdad a las Partes, y que los miembros del Tribunal deben ser independientes e imparciales y tienen la obligación de revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia²⁴.
29. Bolivia señala que las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, en su versión del 2014, reconocen que los terceros financistas deben equipararse con la parte financiada para comprobar la existencia de un conflicto de interés y obligan a la parte financiada a revelar cualquier relación que exista entre ella (que incluye a los terceros financistas) y los árbitros²⁵. En aplicación de dichas Directrices, algunos tribunales han ordenado a la parte financiada a revelar la identidad de su financista y los términos del acuerdo²⁶.
30. La revelación de los términos del acuerdo de financiamiento permitirá, según Bolivia, determinar si se han cedido al financista las pretensiones de la Demandante en este arbitraje y si el financista ha asumido alguna obligación de hacer frente a una eventual condena a la Demandante por los costos y gastos en que Bolivia ha incurrido y seguirá incurriendo en este arbitraje²⁷.

C. Posición de la Demandante

31. SAS considera que la Solicitud de Bolivia debe rechazarse por cuatro razones: (i) SAS no cuenta con un historial de no pago de costos en laudos que le hayan sido adversos; (ii) la condición

¹⁹ Solicitud, ¶ 27.

²⁰ Solicitud, ¶¶ 27-28.

²¹ Solicitud, ¶ 29.

²² Solicitud, ¶ 30.

²³ Solicitud, ¶ 31.

²⁴ Solicitud, ¶ 33.

²⁵ Solicitud, ¶¶ 34-35.

²⁶ Solicitud, ¶ 36.

²⁷ Solicitud, ¶ 40.

financiera actual de SAS es el resultado de las medidas que se discuten en este arbitraje; (iii) la existencia de un tercero financista no amerita la *cautio judicatum solvi*; y (iv) Bolivia no ha logrado demostrar que el riesgo especulativo de falta de pago de una condena en costos se sobreponga al daño inminente que se causaría a SAS con dicha medida²⁸.

32. Según la Demandante, “[l]os tribunales de inversión han sostenido uniformemente que las órdenes de *cautio judicatum solvi* sólo deben ser dictadas en circunstancias extremas y excepcionales” y “han sostenido que el riesgo de un laudo adverso no pagado debido a la pobre situación financiera del demandante o la existencia de financiamiento de un tercero no justifica la dictación de una orden de *cautio judicatum solvi*”²⁹. La Demandante nota que “el único tribunal de inversión que ha otorgado alguna vez una *cautio judicatum solvi* lo hizo principalmente por el notorio historial de incumplimiento del demandante de pagar previas condenas en costas”³⁰.
33. La Demandante considera que la disposición realmente aplicable a la Solicitud es el artículo 26 del Reglamento CNUDMI y no el 17(1) invocado por Bolivia. SAS sostiene que dicho artículo 26 resulta aplicable cuando existe una situación en la que una de las partes ha malgastado o está por malgastar los activos que podrían necesitarse para cubrir los costos que se fijen con la decisión final. Según SAS, esta no es la situación que se presenta en este caso, pues Bolivia se limita a hacer una serie de afirmaciones especulativas sobre la imposibilidad financiera de SAS para cubrir los costos de este arbitraje, lo cual no es suficiente para que el Tribunal pueda ordenar la *cautio judicatum solvi*³¹.
34. SAS señala que de acuerdo con el referido artículo 26, la parte que solicite alguna medida cautelar prevista en los apartados a) a c) de su párrafo 2 deberá convencer al tribunal arbitral de que, por una parte, si no se otorga la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y, por la otra, que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, obviamente sin que haya prejuzgamiento por parte del tribunal³².
35. Como la segunda oración del artículo 26(3)(b) dispone que un tribunal arbitral no deberá prejuzgar el fondo de las reclamaciones al conocer de una solicitud de medidas cautelares, SAS señala que “ya que el Demandante considera que no existe posibilidad razonable de que Bolivia obtenga una decisión favorable respecto a sus defensas jurisdiccionales y de fondo, el Demandante enfoca esta presentación en el primer elemento del estándar para las medidas cautelares de acuerdo al Artículo 26(3)(a)”³³. SAS luego señala que Bolivia no ha mostrado que el riesgo de un laudo condenatorio en costas impago sea ‘notablemente más grave’ que el daño que una *cautio judicatum solvi* causaría a SAS, afirmando a su vez lo contrario³⁴. SAS concluye entonces que la solicitud de Bolivia de una *cautio judicatum solvi* está lejos de cumplir con el estándar establecido en el artículo 26 del Reglamento CNUDMI, e impondría a SAS un daño

²⁸ Oposición a la Solicitud, ¶ 3.

²⁹ Oposición a la Solicitud, ¶ 2.

³⁰ Oposición a la Solicitud, ¶ 2.

³¹ Oposición a la Solicitud, ¶ 5.

³² Oposición a la Solicitud, ¶ 5.

³³ Oposición a la Solicitud, ¶ 6.

³⁴ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 33-35.

- superior al que podría surgir del riesgo especulativo de no pagar una eventual condena en costos³⁵.
36. SAS resalta que el estándar de las Reglas del CIADI para este tipo de medidas cautelares es menos exigente que el requerido por el Reglamento CNUDMI y aun así, todos los tribunales de inversión que han considerado una solicitud de *cautio judicatum solvi* han sostenido que la misma solamente puede otorgarse en circunstancias excepcionales³⁶.
37. Citando múltiples decisiones de tribunales CIADI y CNUDMI, SAS reitera que el estándar es alto, que requiere de la existencia de circunstancias realmente excepcionales, y que la mera existencia de dificultades financieras y el riesgo de impago no justifican una medida de esta naturaleza³⁷. La Demandante se refiere a varias decisiones de tribunales arbitrales bajo el Reglamento CNUDMI para establecer que la mera existencia de una situación económica inestable o la presencia de un tercero que financia el arbitraje no son razones *per se* para decretar una *cautio judicatum solvi*³⁸.
38. Con respecto al análisis que hace Bolivia de la decisión del tribunal en el caso *RSM c. Santa Lucía*, SAS considera que ese tribunal no aplicó un estándar más laxo sino que la parte relevante en este caso se encontraba en una situación donde se probó la existencia de circunstancias excepcionales por las siguientes razones: (i) existía un historial de incumplimiento; (ii) la parte admitió su incapacidad financiera para pagar los costos del arbitraje; y (iii) admitió, pero no reveló, la existencia de un tercero financiador³⁹. Inclusive, el Prof. Gavan Griffith admitió que la *cautio judicatum solvi* no debía otorgarse cuando la razón de las dificultades financieras del demandante eran las medidas que alegaba como violatorias del tratado de inversión⁴⁰.
39. SAS concluye que la mayoría de los tribunales de inversión y la doctrina han asegurado que para conceder una *cautio judicatum solvi*, es necesario que existan circunstancias excepcionales, situación que a pesar de haber sido alegada en varios casos solo se probó en el caso *RSM c. Santa Lucía*. Por las razones expuestas anteriormente, SAS considera que Bolivia no tiene fundamento para solicitar la *cautio judicatum solvi* ni el Tribunal para otorgársela⁴¹.
40. La Demandante señala, además, que su situación financiera, alegada por Bolivia, es consecuencia de las decisiones que tomó Bolivia y que generaron este arbitraje. La expropiación ilegal que realizó Bolivia afecta seriamente la situación financiera de SAS. Otorgar la medida que Bolivia solicita sería dejarla beneficiarse de su propia conducta no apropiada. SAS argumenta que varios tribunales de inversiones han sostenido que las sociedades con objeto especial son comunes en los arbitrajes de inversión y que, además, otorgar la *cautio judicatum solvi* es improcedente cuando se alega que la situación financiera de la demandante es el resultado de las medidas del Estado que se discuten en el arbitraje⁴².

³⁵ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 33-36.

³⁶ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 7-8.

³⁷ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 7-9.

³⁸ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 8-16.

³⁹ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 10-13.

⁴⁰ Oposición a la Solicitud, ¶ 12.

⁴¹ Oposición a la Solicitud, ¶ 22.

⁴² Oposición a la Solicitud, ¶ 24.

41. SASC es una compañía solvente con activos en otras partes del mundo. La lectura de los estados financieros de SASC que hace Bolivia está fuera de contexto y además no tiene en cuenta la solidez financiera de SASC, ni otras fuentes de ingreso derivadas de proyectos en otros países⁴³.
42. La Demandante considera, además, que la mera existencia de un tercero que financie el arbitraje no es razón suficiente para que se emita una *cautio judicatum solvi*⁴⁴. En opinión de SAS, las tres únicas fuentes citadas por Bolivia como soporte a su afirmación de que la doctrina y la jurisprudencia internacionales concuerdan en que la mera incertidumbre con respecto a la existencia de un tercero financiador de la obligación de pagar constituye ‘*compelling grounds for security for costs*’ corresponden a una posición minoritaria. La mayoría de los tribunales internacionales han dicho lo contrario en decisiones recientes, y por el contrario, la existencia de un financista indica que la reclamación es plausible en el fondo⁴⁵. SAS se refiere a numerosas fuentes para sostener que otorgar una *cautio judicatum solvi* solo es posible en circunstancias excepcionales, que no se encuentran probadas en este caso⁴⁶.
43. SAS reitera que el único tribunal de inversión que ha decretado una *cautio judicatum solvi* fue el tribunal de *RSM c. Santa Lucía*, y lo hizo fundamentalmente porque había un record claro de incumplimiento del demandante en pagar costos previos decretados en arbitrajes. La Demandante afirma que no tiene ningún antecedente que pruebe que ha incumplido con el pago de sus obligaciones. SAS ha cumplido con el pago de los costos que hasta ahora han surgido de este proceso de arbitraje y nunca ha actuado de manera que pueda inferirse que va a incumplir con sus obligaciones⁴⁷.
44. Con respecto a la solicitud de Bolivia de que se ordene a SAS divulgar la identidad de su tercero financista y a revelar los términos de su acuerdo de financiamiento, SAS, “[e]n pos de la transparencia y para abordar la preocupación de Bolivia respecto a conflictos de interés, SAS se propone revelar el nombre de su tercero financista”⁴⁸. No obstante, SAS se opone a revelar información adicional señalando que “los términos del acuerdo de financiamiento de SAS no son relevantes a las materias en discusión en este arbitraje y que los términos de ese acuerdo son confidenciales, comercialmente sensibles y que SAS y el financista sufrirían perjuicios si el Tribunal ordena a SAS revelar los términos de su acuerdo de financiamiento”⁴⁹.

III. Consideraciones del Tribunal

45. La *cautio judicatum solvi* (*security for costs*) es una figura propia del derecho inglés que ha sido vista con algunas reservas en el arbitraje en jurisdicciones que tienen tradiciones jurídicas diferentes. En materia de arbitraje de inversión, solamente en un caso (*RSM c. Santa Lucía*), el Tribunal (con dos fuertes opiniones, en aclaración y disidencia) otorgó la *cautio judicatum solvi* porque encontró circunstancias que así lo ameritaban.
46. Las dudas que han expresado los tribunales en esta materia tienen que ver con: (1) las facultades de un tribunal arbitral para expedir medidas que no están expresamente previstas en el

⁴³ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 25-31.

⁴⁴ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 31-32.

⁴⁵ Oposición a la Solicitud, ¶ 20.

⁴⁶ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 17-19.

⁴⁷ Oposición a la Solicitud, ¶ 23.

⁴⁸ Oposición a la Solicitud, ¶¶ 37-38.

⁴⁹ Oposición a la Solicitud, ¶ 40.

reglamento correspondiente (en cuanto ni el Reglamento CNUDMI ni el Reglamento CIADI prevén expresamente la *cautio judicatum solvi*); (2) el hecho de que las medidas cautelares se emiten para proteger derechos que se encuentren en peligro, y (a) puede ser discutible si obtener el reembolso de los costos por parte de quien resulta vencedor en un arbitraje es un derecho o una mera eventualidad, dada la incertidumbre del resultado y la discrecionalidad de los tribunales en la adjudicación de costos, y (b) si es un derecho, no es claro si se trata de un derecho sustantivo o procesal; (3) si una *cautio judicatum solvi* realmente cumple con los requisitos de necesidad y urgencia de la medida, que son propios de una medida cautelar; y (4) la dificultad de decretar una garantía de pago de costos cuando no hay certeza sobre el resultado del arbitraje y, en consecuencia, puede darse un prejuzgamiento.

47. El Tribunal considera, a la luz de las alegaciones de las Partes y con fundamento en el Reglamento CNUDMI, que es necesario analizar cuatro aspectos básicos para determinar si este Tribunal puede, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, dictar una medida como la que solicita Bolivia: (i) los poderes del Tribunal para decretar la *cautio judicatum solvi*; (ii) el Tribunal, al decidir la solicitud de *cautio judicatum solvi*, no puede prejuzgar los asuntos que le han sido sometidos a decisión; (iii) el estándar para otorgar una *cautio judicatum solvi*; y (iv) si la mera existencia de un tercero financiador es suficiente para otorgar la *cautio judicatum solvi*.

a. Poderes del Tribunal para otorgar la *cautio judicatum solvi*

48. En primer lugar, el Tribunal debe examinar si tiene poder para decretar la medida solicitada.
49. Las Partes parecen estar de acuerdo en que el Tribunal cuenta con la facultad de otorgar una *cautio judicatum solvi*, pero discrepan en cuanto a las normas aplicables y los estándares que debe tener en cuenta el Tribunal para dictar la medida.
50. Bolivia invoca el Art. 17(1) del Reglamento CNUDMI al solicitar la *cautio judicatum solvi*. El Tribunal considera que una solicitud de *cautio judicatum solvi* se tendría que enmarcar en la categoría de medidas provisionales o cautelares, contenidas en el Art. 26 del Reglamento CNUDMI, por lo que, ésta sería la disposición relevante al analizar la solicitud de Bolivia.
51. El poder de un tribunal para ordenar una *cautio judicatum solvi* puede derivarse del reglamento de arbitraje aplicable o de la *lex arbitri*. El Reglamento CNUDMI no prevé expresamente el poder del Tribunal de ordenar una *cautio judicatum solvi*, fuera del poder para ordenar medidas cautelares previsto en el Art. 26 citado arriba o de su poder general para dirigir el arbitraje conforme al Art. 17(1) también citado arriba. Tampoco se prevé expresamente el poder del Tribunal de ordenar una *cautio judicatum solvi* en la ley de arbitraje de la sede⁵⁰.
52. Sin embargo, varias decisiones de tribunales arbitrales en materia de arbitraje de inversión, tanto en arbitrajes bajo las Reglas CIADI como en arbitrajes bajo el Reglamento CNUDMI, confirman que los tribunales arbitrales tienen facultad para ordenar una *cautio judicatum solvi*⁵¹.

⁵⁰ Código Procesal Civil de los Países Bajos (*Dutch Code of Civil Procedure*), Libro Cuarto: Arbitraje, traducción al inglés disponible en la página web del Instituto Neerlandés de Arbitraje: <http://www.nai-nl.org/downloads/Text%20Dutch%20Code%20Civil%20Procedure.pdf>.

⁵¹ Ver, por ejemplo, *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, *Decision on Preliminary Issues*, 23 de junio de 2008, ¶ 57; *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Orden Procesal No. 2 de 28 de octubre de 1999; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Decisión sobre Solicitud de Seguridad para Costos de 20 de septiembre de 2012, ¶ 45; *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2,

Las Partes citan esas decisiones y parecen estar de acuerdo en que este Tribunal tiene la facultad para decretar la medida.

b. El Tribunal, al revisar la solicitud de *cautio judicatum solvi*, no puede prejuzgar los asuntos que le han sido sometidos a decisión

53. Bolivia señala que “[l]a Demandante es una *shell company* de Bermudas sin actividad económica ni activos y que sólo es utilizada por el verdadero inversionista (SASC) para intentar, indebidamente, obtener protección bajo el Tratado”⁵².
54. El Art. 26(3)(b) del Reglamento CNUDMI, en materia de medidas cautelares, dispone que para decretar la medida, es necesario determinar que “[e]xiste una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”.
55. El Tribunal considera que no puede tomar la medida solicitada por Bolivia sobre la base de la alegación de que SAS es una *shell company* de Bermudas, sin actividad económica ni activos, que sólo es utilizada por el verdadero inversionista (SASC) para intentar, indebidamente, obtener protección bajo el Tratado, porque ello implicaría prejuzgar en relación con las objeciones de Bolivia sobre jurisdicción. Es precisamente ese punto (si SAS es o no el verdadero inversionista), una de las materias centrales del debate sobre jurisdicción, sobre la cual aún faltan escritos de las Partes, incluida la Dúplica de Bolivia, que serán los que permitan al Tribunal analizar las posibilidades de éxito de esta defensa.
56. Al respecto, el Tribunal comparte lo señalado en el caso *Rurelec c. Bolivia*, en el cual se indicó que “resulta también imprudente arriesgar incluso el menor prejuzgamiento sobre el caso [...] es mejor evitar ese tipo de decisiones salvo que sea absolutamente necesario para tomar una decisión sobre una solicitud en relación con una medida cautelar, situación que en este caso no se produce”⁵³.

c. El estándar para otorgar una *cautio judicatum solvi*: necesidad y urgencia de la medida

57. De acuerdo con el artículo 26 del Reglamento CNUDMI, un tribunal arbitral podrá decretar una medida cautelar de las previstas en los apartados a) a c) de su párrafo 2 si el tribunal está convencido de que, por una parte, si no se otorga la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y, por la otra, que existe una posibilidad razonable de que la pretensión sobre el fondo del litigio de quien solicita la medida prospere, sin que haya prejuzgamiento por parte del tribunal.
58. Ya señaló el Tribunal que no puede, con los elementos de juicio de que dispone, pronunciarse sobre la objeción jurisdiccional de Bolivia, objeción que es también el sustento de la solicitud de *cautio judicatum solvi*.

Decisión sobre Medidas Provisionales de 2 de septiembre de 2001, ¶ 88; *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg y RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Decisión sobre la Solicitud de Seguridad de Costos de la Demandada de 14 de octubre de 2010, ¶ 5.16.

⁵² Solicitud, ¶ 14.

⁵³ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec c. Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Orden de Procedimiento No. 14 de 11 de marzo de 2013, ¶ 8.

59. En relación con la necesidad y urgencia de la medida, los tribunales en arbitrajes de inversión, al considerar las solicitudes de *cautio judicatum solvi*, han hecho énfasis en que sólo pueden ejercer esta potestad cuando existan circunstancias extremas y excepcionales⁵⁴, que demuestren un alto riesgo económico real para el demandado y/o que haya mala fe de la parte a quien se pide otorgar la *cautio judicatum solvi*. Con excepción del caso de *RSM c. Santa Lucía*, los tribunales arbitrales en casos de inversión se han negado a otorgarlas.
60. En el caso de *RSM c. Santa Lucía*, invocado por Bolivia, el tribunal arbitral señaló que un gran número de tribunales CIADI han aceptado que un tribunal arbitral puede decretar una *cautio judicatum solvi* “siempre que existan circunstancias excepcionales”⁵⁵. Las circunstancias extraordinarias o excepcionales que encontró el citado tribunal y que consideró que demostraban la necesidad y urgencia de la medida fueron las siguientes: en dos casos CIADI que involucraban al mismo inversionista (*RSM c. Granada*, Casos CIADI Nos. ARB/05/14 y ARB/10/6), éste incumplió sus obligaciones de pago en cuanto (a) en el primer caso, no pagó los avances solicitados por el CIADI y el arbitraje fue suspendido y finalmente terminado por falta de pago, y donde Granada terminó pagando al CIADI⁵⁶, y (b) en el segundo caso, no cumplió ni con el laudo ni con la orden de pagar los costos del arbitraje a Granada⁵⁷. Con base en esos dos casos y en el precedente de comportamiento de RSM, el tribunal concluyó que había un riesgo material de que RSM no quisiera o no pudiera pagar los costos si Santa Lucía prevalecía en el arbitraje.
61. En cuanto a la situación económica de la parte de la que se solicita constituya una *cautio judicatum solvi*, el umbral señalado por los tribunales arbitrales tanto en casos CIADI como en casos CNUDMI, a la hora de considerar la falta de recursos, varía, pero es bastante alto. Así, por ejemplo, en el caso *EuroGas c. Eslovaquia* (en decisión posterior a la decisión del caso *RSM c. Santa Lucía*), el tribunal rechazó la solicitud de *cautio judicatum solvi* reafirmando lo señalado por otros tribunales (incluso el de *RSM c. Santa Lucía*) en cuanto a que era necesario probar circunstancias excepcionales, y no se había probado que el demandante hubiera incumplido con los pagos en el arbitraje o en otros arbitrajes, y señalando, además, que ni las

⁵⁴ RLA-177, *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Santa Lucía del 13 de agosto de 2014, ¶ 75 (citando a *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, *Decision on Provisional Measures*, 6 de abril de 2007, ¶ 32); CLA-168, *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, *Order of the Tribunal on the Claimant's Request for Urgent Provisional Measures*, 6 de septiembre de 2005, ¶ 38; RLA-57, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, *Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures*, 21 de marzo de 2007, ¶ 175; RLA-132, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, *Decision on Provisional Measures*, 17 de agosto de 2007, ¶ 59; CLA-169, *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg y RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Decisión sobre la Solicitud de Seguridad de Costos de la Demandada de 14 de octubre de 2010, ¶ 5.17; CLA-170, *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Decisión sobre Solicitud de Seguridad para Costos de 20 de septiembre de 2012, ¶ 44; CLA-171, *Burimi S.R.L. y Eagle Games SH. A. c. Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, *Procedural Order No. 2*, 3 de mayo de 2012, ¶ 34.

⁵⁵ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Santa Lucía del 13 de agosto de 2014, ¶ 52.

⁵⁶ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Santa Lucía del 13 de agosto de 2014, ¶ 78.

⁵⁷ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la solicitud de *Cautio Judicatum Solvi* de Santa Lucía del 13 de agosto de 2014, ¶¶ 79-80.

dificultades financieras ni el hecho de tener financiación de terceros constituyen *per se* circunstancias excepcionales que ameriten una *cautio judicatum solvi*⁵⁸.

62. En el mismo sentido se pronunció el tribunal de *RSM c. Granada*, señalando que la sola ausencia de activos o la existencia de una sociedad vehículo para la inversión no son suficientes para decretar una *cautio judicatum solvi*⁵⁹.
63. En síntesis, la posición general de los tribunales de inversión en los casos en que se ha decidido este tema de la *cautio judicatum solvi* es que la carencia de activos, la imposibilidad de mostrar cuáles son los recursos económicos disponibles, o la existencia de un riesgo o de dificultades económicas que afecten las finanzas de una empresa no son *per se* razones o causales suficientes para otorgar una *cautio judicatum solvi*.
64. En el presente caso, Bolivia sostiene que debe otorgarse la *cautio judicatum solvi* ante la alegada falta de recursos de SAS, que Bolivia fundamenta en que: (1) SAS no ha revelado información relativa a sus actividades, activos y finanzas; (2) SAS no ha presentado ningún estado financiero propio, sino únicamente los estados financieros consolidados de SASC, los cuales no permiten distinguir sus propios activos; (3) la Demandante no corre con ninguno de los gastos del presente arbitraje porque, según informaciones publicadas por SASC, los costos son asumidos por SASC y por el financiador; (4) fue SASC quien estuvo involucrada en el Proyecto y realizó las pocas inversiones de prospección, todo lo cual permite concluir que SAS es una *shell company* sin recursos ni activos; y (5) los documentos financieros de SAS/SASC permitirían concluir que la empresa se va a quedar sin fondos para finales del 2015.
65. Contrario a lo que alega Bolivia, ninguna de estas circunstancias ha sido considerada, por los tribunales de inversión, por sí sola o conjuntamente, como prueba de la existencia de un riesgo de que la parte contraria (en este caso SAS) no quiere o no puede pagar. Por el contrario, este tipo de argumento ha sido rechazado por los tribunales que se han pronunciado sobre la materia, quienes, como se señaló anteriormente, han fijado, de manera sistemática, un estándar alto para otorgar este tipo de medida.
66. En este caso, no hay prueba del incumplimiento de obligaciones por parte de SAS frente a terceros, ni de incumplimiento de obligaciones en este arbitraje o en otros arbitrajes, ni prueba clara de que SAS no quiera o no pueda pagar. Aún si se aceptara la interpretación de Bolivia sobre los estados financieros de la Demandante y se concluyera que SAS/SASC terminaría con un problema de recursos para el 2015, ello implicaría, en el peor de los casos, una dificultad de caja, pero no demostraría una ausencia total de fondos o de activos para pagar y, mucho menos, una situación de incumplimiento.
67. En síntesis, el solo análisis de Bolivia respecto de los balances de SAS/SASC y otros documentos contables relacionados no cumple con el umbral alto que han señalado los tribunales de inversión (incluso el de *RSM c. Santa Lucía* citado por Bolivia) en cuanto no demuestra que SAS no quiera pagar o que haya incumplido obligaciones, o que ha ejecutado

⁵⁸ *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Orden Procesal No. 3 – Decisión sobre Solicitud de Medidas Provisionales (*Decision on Requests for Provisional Measures*), 23 de junio de 2015, ¶¶ 122-123.

⁵⁹ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg y RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Decisión sobre la Solicitud de Seguridad de Costos de la Demandada de 14 de octubre de 2010, ¶ 5.19.

actos de los cuales pueda concluir el Tribunal, en forma clara y suficiente, que SAS no tenga los medios para hacer frente al pago de una eventual condena en costas.

68. Existe consenso en que el estándar para otorgar la solicitud de la medida es bastante estricto, ya que sólo se debe conceder cuando se presentan circunstancias extremas y excepcionales, por ejemplo, cuando se prueba la existencia de un abuso o un incumplimiento constantes que podrían causar un daño irreparable si no se otorga la medida. Este elemento no está probado en este caso por parte de Bolivia. No hay ninguna actuación de SAS en este arbitraje, ni se ha probado actuación en otros arbitrajes, que cumplan con este estándar.

d. Financiamiento de terceros

69. Para Bolivia, la existencia de un tercero que financia el arbitraje es indicio de que ni la Demandante ni SASC cuentan con medios económicos suficientes para asumir los costos y gastos de este arbitraje⁶⁰ y no existe prueba alguna de que el tercero financista haya asumido la obligación de reembolsar los costos y gastos de Bolivia en este arbitraje⁶¹. Bolivia señala que cuando consta la presencia de un financista, algunos árbitros consideran que existe una presunción a favor de que se ordene una *cautio judicatum solvi*⁶².
70. Además, Bolivia considera que se debe revelar la identidad del financiador para preservar la integridad del arbitraje en cuanto pueden existir conflictos de interés entre el financiador y los árbitros.
71. En cuanto al primer punto, el Tribunal debe establecer si la sola presencia de un tercero que financia el arbitraje es un factor determinante para decidir sobre si conceder o no la solicitud de la *cautio judicatum solvi*.
72. Ni el Reglamento CNUDMI ni la *lex arbitri* dan una respuesta a este punto.
73. Como una primera aproximación, las decisiones de los tribunales de inversión que han condenado a la parte demandante en costas han afirmado que la existencia de un tercero que financia a la actora no es por sí solo un factor que se deba tener en cuenta en la determinación de las costas⁶³. El Tribunal comparte esa aproximación y estima que no sería consistente con la misma el considerar la sola existencia de un tercero financiador como factor exclusivo para determinar las costas en una fase anterior del procedimiento, es decir, en la evaluación de una solicitud de *cautio judicatum solvi*.
74. Es cierto, como lo afirma Bolivia, que uno de los árbitros en *RSM c. Santa Lucía* sugirió que la sola presencia de un financiador debería entenderse como una situación en la que hay la requerida circunstancia excepcional y le corresponde a la otra parte demostrar lo contrario, es decir, demostrar que no hay una causa excepcional. Sin embargo, la posición mayoritaria en ese caso fue la contraria. Adicionalmente, en la decisión de *EuroGas c. Eslovaquia*, citada por Bolivia, y que es posterior a *RSM c. Santa Lucía*, el tribunal señaló que la sola existencia de un

⁶⁰ Solicitud, ¶28.

⁶¹ Solicitud, ¶29.

⁶² Solicitud, ¶31.

⁶³ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, Casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo del 3 de marzo de 2010, ¶ 691; *RSM Production Corp. c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/05/14, Procedimiento de Anulación, Orden del Comité Descontinuando el Procedimiento y Decisión sobre Costas (*Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs*), 28 de abril de 2011, pp. 18–19, ¶ 68.

tercero que financia el arbitraje no es una causal excepcional que justifique otorgar una *cautio judicatum solvi*⁶⁴.

75. El Tribunal considera que si bien la existencia de un tercero financiador puede ser un elemento a tener en cuenta al decidir sobre una medida como la que solicita Bolivia, ese elemento, por sí solo, no puede llevar a la adopción de la medida.
76. En efecto, la presencia del tercero financiador por sí sola no demuestra imposibilidad de pago o insolvencia. Es posible obtener la financiación por otras razones. El solo hecho de tener financiación no significa riesgo de no pago.
77. Si la sola presencia de estos terceros, sin considerar otros factores, se convierte en determinante para otorgar o denegar una solicitud de *cautio judicatum solvi*, las demandadas podrían solicitar y obtener *cautio judicatum solvi* de forma sistemática, aumentando el riesgo de obstaculizar reclamaciones que pueden ser legítimas⁶⁵.
78. En síntesis, la existencia de un financiador es un elemento que se puede tener en cuenta, pero los tribunales han sido claros en que la sola presencia del financiador no es suficiente para que se otorgue la *cautio judicatum solvi*.
79. En cuanto al segundo aspecto, la revelación del nombre del financiador, el Tribunal considera que en aras de la transparencia, y dada la posición de las Partes, debe aceptar la solicitud de Bolivia de revelar el nombre del financiador SAS.
80. Finalmente, en relación con la revelación de los términos del acuerdo de financiación celebrado con el tercero financiador, el Tribunal negará la solicitud de Bolivia en tal sentido.
81. En primer lugar, porque, por las razones expresadas anteriormente, no están demostradas las circunstancias excepcionales que se requieren para decretar la *cautio judicatum solvi* y la sola presencia del financiador no es suficiente para decretarla. Por lo tanto, no resulta relevante para estas circunstancias particulares determinar si el tercero financiador asumirá o no una eventual condena en costas favorable a Bolivia.
82. En segundo lugar, porque no se han demostrado circunstancias adicionales que, en opinión del Tribunal, ameriten modificar las decisiones ya tomadas en materia de entrega de documentos durante la etapa procesal prevista para ello.

B. Conclusión

83. El Tribunal no puede, en esta instancia del proceso, pronunciarse sobre la objeción jurisdiccional planteada por Bolivia. El solo análisis de Bolivia respecto de los balances de SAS o SASC y otros documentos contables relacionados, o la sola presencia de un tercero financiador, no cumple con el umbral alto que han señalado los tribunales de inversión en cuanto no demuestra que SAS esté en condiciones de no querer pagar, que haya incumplido obligaciones, o que haya ejecutado actos de los cuales pueda concluir el Tribunal en forma clara

⁶⁴ *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Orden Procesal No. 3 – Decisión sobre Solicitud de Medidas Provisionales (*Decision on Requests for Provisional Measures*), 23 de junio de 2015, ¶ 123.

⁶⁵ *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co. K.G. c. Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010, ¶ 15.

y suficiente que SAS no tiene los medios para hacer frente al pago de una eventual condena en costas.

84. En la opinión del Tribunal, hay fundamento para ordenar la revelación del nombre del tercero financiador pero no para ordenar la producción del contrato celebrado con el tercero financiador.

IV. Decisiones del Tribunal

85. Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal, en forma unánime, decide:

- a. NEGAR la solicitud de *cautio judicatum solvi* presentada por Bolivia.
- b. ORDENAR a la Demandante informar al Tribunal, a más tardar el **día 19 de enero de 2016**, el o los nombre(s) del tercero o terceros que hayan otorgado financiación a la Demandante en este arbitraje.
- c. NEGAR la solicitud de Bolivia de que se aporte al expediente el acuerdo de financiación entre la Demandante y el tercero financiador.

Sede del Arbitraje: La Haya, Países Bajos



Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo
(Árbitro Presidente)

En nombre y representación del Tribunal