

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a  
Inversiones**

**Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún**  
DEMANDANTES

**c.**  
**Estado Plurinacional de Bolivia**  
DEMANDADA

**Caso CIADI No. ARB/06/2**

---

**DECISIÓN SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES**

---

Dictada por el Tribunal Arbitral compuesto por:  
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente  
Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C., Árbitro  
Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal  
Natalí Sequeira

Fecha: 26 de febrero de 2010

## ÍNDICE

<b>I. OBJETO DE LA PRESENTE DECISIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>II. ANTECEDENTES DE HECHO Y PROCESALES .....</b>	<b>4</b>
A. ORIGEN DE LA CONTROVERSI Y ANTECEDENTES PROCESALES .....	4
B. HECHOS QUE DIERON LUGAR A LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES .....	8
1. <i>Inspección de la sociedad NMM</i> .....	9
2. <i>El proceso penal</i> .....	10
<b>III. POSICIONES DE LAS PARTES.....</b>	<b>18</b>
A. POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES.....	18
1. <i>Derechos que requieren preservación</i> .....	19
a. Derecho a la preservación del status quo y a evitar la agravación de la controversia .....	20
b. Derecho a la integridad procesal del procedimiento arbitral.....	21
c. El derecho a la exclusividad del proceso CIADI en virtud del Artículo 26 del Convenio del CIADI .....	22
2. <i>Requisitos de las medidas provisionales</i> .....	23
a. Urgencia .....	24
b. Necesidad.....	25
B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA .....	25
1. <i>Derechos cuya protección se solicita</i> .....	26
a. En relación con el derecho a la preservación del status quo y a evitar el agravamiento de la controversia ...	27
b. En relación con el derecho a la integridad del arbitraje.....	28
c. En relación con la exclusividad de los procesos ante el CIADI.....	30
2. <i>Requisitos para el otorgamiento de medidas provisionales</i> .....	31
a. Urgencia .....	31
b. Necesidad.....	32
<b>IV. ANÁLISIS.....</b>	<b>33</b>
A. ESTÁNDARES APLICABLES.....	33
1. <i>Marco legal</i> .....	33
2. <i>Jurisdicción prima facie</i> .....	34
3. <i>Requisitos de las medidas provisionales</i> .....	35
B. EXISTENCIA DE DERECHOS QUE REQUIEREN PRESERVACIÓN.....	35
1. <i>Derechos que se pueden salvaguardar a través de medidas provisionales</i> .....	35
2. <i>Derecho a exclusividad del arbitraje ante el CIADI conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI</i> ...	38
3. <i>Derechos a que se mantenga el status quo y a que no se agrave la controversia</i> .....	40
4. <i>Derecho a la integridad procesal del proceso arbitral</i> .....	42
C. URGENCIA .....	45
D. NECESIDAD.....	46
<b>V. DECISIÓN .....</b>	<b>50</b>

## I. OBJETO DE LA PRESENTE DECISIÓN

1. La presente decisión se refiere a la Solicitud de Medidas Provisionales (“SMP de los Demandantes”) presentada por Quiborax S.A. (“Quiborax”), Allan Fosk y Non Metallic Minerals S.A. (“NMM”) el 14 de septiembre de 2009, en virtud de la cual los Demandantes solicitaron al Tribunal Arbitral lo siguiente:
  - (1) que se ordene a Bolivia y/o a las agencias o entidades bolivianas a abstenerse de realizar cualquier acto que agrave la controversia entre las partes y/o altere el *status quo*, lo que incluye cualquier conducta, resolución o decisión relacionada con procesos penales instituidos en Bolivia contra personas directa o indirectamente involucradas en el presente arbitraje;
  - (2) que se ordene a Bolivia y/o a las agencias o entidades bolivianas a suspender de inmediato y/o hacer que se suspendan todos los procedimientos iniciados en Bolivia, incluyendo procesos penales y cualquier curso de acción relacionado de alguna manera con este arbitraje y que ponga en peligro la integridad procesal de este arbitraje;
  - (3) que se ordene a Bolivia y/o a las agencias o entidades bolivianas a suspender de inmediato y/o hacer que se suspendan todos los procedimientos iniciados en Bolivia, incluyendo procesos penales y cualquier curso de acción que se relacione de alguna manera con este arbitraje y que amenace la exclusividad del arbitraje ante el CIADI<sup>1</sup>.
2. En la Réplica sobre Medidas Provisionales (“Réplica de los Demandantes”), éstos agregaron a dicha solicitud un cuarto punto en el petitorio:
  - (4) que se ordene a Bolivia y/o a las agencias o entidades bolivianas a devolver a los Demandantes la administración societaria de NMM que les fuera retenida durante el curso del proceso penal<sup>2</sup>.
3. El Estado Plurinacional de Bolivia (“Bolivia” o la “Demandada”) se opuso a la Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes y ha solicitado al Tribunal lo siguiente:
  - (1) que se deniegue la solicitud de medidas provisionales de los Demandantes;
  - (2) que se abstenga de adoptar las medidas que han sido solicitadas; y
  - (3) que condene a los Demandantes a cubrir los costos en que Bolivia ha debido incurrir en ocasión de su infundada y temeraria solicitud<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SMP de los Demandantes, pág. 22.

<sup>2</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 126.

<sup>3</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 81.

## **II. ANTECEDENTES DE HECHO Y PROCESALES**

### **A. Origen de la controversia y antecedentes procesales**

4. La controversia entre las Partes surge a raíz de la revocación mediante Decreto Supremo Presidencial 27.589 del 23 de junio de 2004 (“D.S. 27.589”) de once concesiones mineras en Bolivia (las “Concesiones Bolivianas”) de las que supuestamente serían titulares los Demandantes. NMM, vehículo de la inversión y co-Demandante en este caso, era la titular de las concesiones. Los co-Demandantes Quiborax y Allan Fosk, ambos de nacionalidad chilena, afirman ser titulares de una participación mayoritaria del 51% en NMM y de una participación del 100% en las Concesiones Bolivianas.
5. Los Demandantes sostienen que la revocación de las Concesiones Bolivianas constituyó una medida confiscatoria. Los Demandantes afirman que el D.S. 27.589 revocó las Concesiones Bolivianas en razón de supuestas violaciones a la legislación boliviana, sobre la base de la Ley 2.564 del 9 de diciembre de 2003 (la “Ley 2.564”), la cual, según los Demandantes, fue redactada precisamente para autorizar al Poder Ejecutivo a anular dichas concesiones en forma retroactiva. Los Demandantes también sostienen que el D.S. 27.589 aplicó la Ley 2.564 en forma incorrecta, puesto que la facultad de anulación del Poder Ejecutivo había expirado el 9 de febrero de 2004 y, en consecuencia, el D.S. 27.589 es ilegal conforme a la legislación boliviana.
6. Los Demandantes alegan que el D.S. 27.589 viola sus derechos como inversionistas extranjeros en Bolivia conforme al Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “TBI”). El 22 de julio de 2004, los Demandantes solicitaron la realización de consultas amistosas de conformidad con el Artículo X del TBI. Dicha solicitud no condujo a la resolución de la controversia y, el 4 de octubre de 2005, los Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI, la cual fue registrada el 6 de febrero de 2006.
7. En su Solicitud de Arbitraje, los Demandantes pidieron al Tribunal que declare que Bolivia ha violado: (i) Art. VI del TBI, al privarlos de las inversiones que han realizado en Bolivia; (ii) Art. IV del TBI, al no otorgarles un tratamiento justo y equitativo; y (iii) Art. III del TBI, al no proteger sus inversiones en Bolivia, sometiéndolos a medidas injustificadas y discriminatorias. Los Demandantes solicitaron compensación por todos los daños sufridos como consecuencia de dichas violaciones, más los intereses y

costas del arbitraje, así como de todo otro gasto en que se hubiera incurrido en razón de los actos supuestamente ilegítimos de Bolivia.

8. La controversia continuó intensificándose luego de la solicitud de consultas amistosas de los Demandantes. Bolivia creó una comisión interministerial para evaluar los méritos de la pretensión de los Demandantes. En un memorando interno del 8 de diciembre de 2004 (el "Memo de 2004"), la comisión arribó a la conclusión de que el D.S. 27.589 tenía serios defectos legales y que el caso se convertiría en un problema internacional para Bolivia<sup>4</sup>. La comisión ideó diversos escenarios para ayudar a la estrategia de defensa de Bolivia, recomendando como la "mejor alternativa" tratar de demostrar la existencia de vicios en la tramitación de las concesiones<sup>5</sup>.
9. El 28 de octubre de 2004, la Superintendencia de Minas de Bolivia anuló las concesiones que ya habían sido revocadas<sup>6</sup>. Los Demandantes alegan que en forma contemporánea Bolivia sometió a NMM a diversas investigaciones tributarias. Los Demandantes afirmaron que a noviembre de 2007, se había condenado a NMM al pago de aproximadamente USD 1.200.000 por concepto de supuestos impuestos y multas.
10. Durante este período, las Partes llevaron a cabo extensas negociaciones. Tras la conformación del Tribunal el 19 de diciembre de 2007, durante la primera Sesión Procesal del 20 de marzo de 2008, las Partes comunicaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo oral de conciliación. A solicitud de las Partes, el procedimiento quedó suspendido.
11. Nueve meses más tarde, Bolivia inició acciones penales contra varias personas relacionadas directa o indirectamente con el presente proceso arbitral, incluyendo contra el co-Demandante Allan Fosk. Alegando que Bolivia se había retractado del acuerdo oral, el 14 de enero de 2009 los Demandantes solicitaron al Tribunal la reanudación del arbitraje.
12. Mediante Resolución Procesal No. 1 del 5 de marzo de 2009, el Tribunal fijó el cronograma para las presentaciones que debían efectuar las Partes. Después de ciertos cambios solicitados y acordados por las Partes, mediante carta fechada el 17

---

<sup>4</sup> Ver Memo de 2004 (Anexo CPM-5), pág. 11.

<sup>5</sup> *Ídem*, págs. 10-11.

<sup>6</sup> Ver Cédulas de Anulación (Anexo CPM-6).

de septiembre de 2009 el Tribunal modificó el calendario procesal de la siguiente manera:

1. Los Demandantes deberán presentar su Memorial a más tardar el **14 de septiembre de 2009**.
2. La Demandada deberá presentar, a su elección, sea:
  - 2.1 Objeciones a la jurisdicción del Tribunal a más tardar el **15 de enero de 2010**; o
  - 2.2 El Memorial de Contestación sobre el fondo a más tardar el **15 de enero de 2010**.

**Procedimientos en relación con el párrafo 2.1 anterior:**

3. A más tardar el **16 de abril de 2010**, los Demandantes deberán presentar su Memorial de Contestación sobre jurisdicción.
4. A más tardar el **18 de junio de 2010**, la Demandada deberá presentar su Réplica sobre jurisdicción.
5. A más tardar el **20 de agosto de 2010**, los Demandantes presentarán su Dúplica sobre jurisdicción.
6. El **23 de septiembre de 2010**, el Tribunal llevará a cabo una audiencia sobre jurisdicción en París, en el lugar que se determine con posterioridad. En una fecha que se establecerá posteriormente, pero al menos dos semanas antes de la audiencia sobre jurisdicción, el Tribunal realizará una conferencia telefónica preliminar con el fin de discutir cualquier asunto pendiente en relación con la audiencia.
7. Posteriormente, el Tribunal emitirá una decisión o laudo sobre jurisdicción y, si correspondiera, una resolución procesal respecto a la continuación del procedimiento sobre el fondo, especificándose en este último caso, que la Demandada deberá presentar su Memorial de Contestación sobre el fondo a más tardar cuatro meses a partir de la fecha de dicha resolución procesal.

**Procedimientos en relación con el párrafo 2.2 anterior:**

8. A más tardar el **15 de marzo de 2010**, los Demandantes deberán presentar su Réplica sobre el fondo.
  9. A más tardar el **17 de mayo de 2010**, la Demandada deberá presentar su Dúplica sobre el fondo.
  10. Del **22 al 26 de junio de 2010** (el número exacto de días se fijará durante la conferencia telefónica previa a la audiencia), el Tribunal llevará a cabo en París una audiencia sobre el fondo y, si fuera aplicable, sobre jurisdicción, en el lugar que se determine con posterioridad. En una fecha que se establecerá con posterioridad, pero al menos dos semanas antes de dicha audiencia, el Tribunal celebrará una conferencia telefónica previa a la audiencia con el fin de tratar los asuntos pendientes en relación con la audiencia.
13. El 14 de septiembre de 2009, los Demandantes presentaron su Memorial conjuntamente con la Solicitud de Medidas Provisionales.
  14. Mediante carta del 22 de septiembre de 2009, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar sus observaciones respecto de la Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes, otorgándole plazo hasta el 13 de octubre de 2009. El 23 de septiembre

de 2009, la Demandada solicitó prórroga para presentar dichas observaciones. El Tribunal invitó a los Demandantes a efectuar sus comentarios sobre dicha solicitud, dándoles plazo hasta el 5 de octubre de 2009.

15. El 2 de octubre de 2009, los Demandantes presentaron una petición solicitando una “orden de restricción temporal”. En la misma fecha, el Tribunal invitó a la Demandada a plantear sus observaciones, otorgándole plazo hasta el 5 de octubre de 2009.
16. El 5 de octubre de 2009, después de recibir las observaciones de la Demandada, el Tribunal rechazó la petición de “orden de restricción temporal” planteada por los Demandantes y, basándose en las circunstancias existentes en torno a la última petición de éstos, negó a la Demandada la prórroga para presentar sus observaciones respecto de la Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes. El Tribunal invitó a las Partes a presentar sus escritos de refutación el 21 de octubre de 2009 y el 29 de octubre de 2009, respectivamente.
17. El 14 de octubre de 2009, la Demandada presentó su Oposición a la Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes (“Oposición de la Demandada”). El 21 de octubre de 2009 los Demandantes presentaron su Réplica, y el 29 de octubre de 2009 la Demandada entregó su Dúplica.
18. El 24 de noviembre de 2009, el Tribunal y las Partes participaron en una conferencia telefónica en la cual las Partes ampliaron los escritos presentados. Las siguientes personas participaron de dicha conferencia telefónica:

*Miembros del Tribunal*

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente del Tribunal

Profesora Brigitte Stern, Árbitro

Hon. Marc Lalonde, Árbitro

*Secretaría del CIADI*

Sra. Natalí Sequeira, Secretaria del Tribunal

*En representación de los Demandantes*

Sr. Allan Fosk, Demandante

Sr. Andrés Jana, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

Sr. Jorge Bofill, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

Sra. Johanna Klein Kranenberg, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

Sra. Dyalá Jiménez F., Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

Sr. Sebastián Yanine, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

*En representación de la Demandada*

Sra. María Cecilia Rocabado Tubert, Ministra de Defensa Legal del Estado

Sr. Javier Antonio Viscarra, Viceministro de Defensa Legal del Estado

Sr. Alfredo Mamani, Director de Defensa Jurisdiccional y Arbitral

Sr. Paul Reichler, Foley Hoag LLP

Sr. Ronald E. M. Goodman, Foley Hoag LLP

Sr. Alberto Wray, Foley Hoag LLP

Sr. Diego Cadena, Foley Hoag LLP

19. Durante la conferencia telefónica, el Tribunal escuchó los alegatos orales de las Partes. Se elaboró una transcripción y se entregó copia a las Partes.
20. Mediante carta del 5 de enero de 2010, Foley Hoag LLP informó al Tribunal que ya no representaba a la Demandada.
21. El 15 de enero de 2010 la Demandada solicitó una prórroga de 30 días para presentar sus Objeciones sobre jurisdicción o su Memorial de Contestación sobre el fondo, prórroga que el Tribunal concedió. La Demandada solicitó una nueva prórroga para presentar estos escritos el 12 de febrero de 2010. Esta vez el Tribunal concedió sólo una prórroga hasta el 24 de marzo de 2010. A la fecha de emisión de esta Decisión, el calendario procesal descrito en el párrafo 12 ha sido prorrogado en aproximadamente 2 meses.

**B. Hechos que Dieron Lugar a la Solicitud de Medidas Provisionales**

22. Los hechos que se describen a continuación se basan en las presentaciones efectuadas por las Partes, pero reflejan la revisión del expediente efectuada por el Tribunal. En consecuencia, los mismos se presentan de la manera que el Tribunal ha estimado más clara. Las determinaciones en cuanto a los hechos se efectúan en función del expediente en su estado actual; nada de lo que aquí se señala impedirá posteriores determinaciones sobre los hechos o conclusiones de derecho.



## 1. Inspección de la sociedad NMM

23. El 18 de enero de 2005, seis meses después de la solicitud de consultas amistosas planteada por los Demandantes y un mes después de la emisión del Memo de 2004, la Superintendencia de Empresas ordenó la realización de una inspección societaria de NMM, la cual quedó a cargo de los empleados de la Superintendencia, Sra. Lorena Fernández y Sr. Yury Espinoza. Conforme a la declaración de Lorena Fernández, la inspección tenía por objeto determinar si los accionistas de NMM eran chilenos<sup>7</sup>. La inspección parece haber sido ordenada a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>8</sup>.
24. Durante la inspección, la Sra. Fernández y el Sr. Espinoza analizaron las copias del registro de accionistas y demás documentos societarios, incluyendo copias de las actas de las reuniones de directorio y juntas de accionistas. La sociedad había indicado que los documentos societarios originales no estaban disponibles puesto que se encontraban en Chile, y la Superintendencia permitió que la sociedad suministrara copias. El informe que se elaboró después de la inspección (“Informe 001/2005” del 11 de febrero de 2005) resaltó que, según el registro de NMM, los accionistas eran Quiborax, con 13.636 acciones, David Moscoso, con 13.103 acciones, y Allan Fosk, con una acción<sup>9</sup>. En relación con la inversión de ciudadanos chilenos, el informe concluyó que la sociedad chilena Quiborax había adquirido 26.680 acciones en NMM mediante compra a Compañía Minera Río Grande Sur S.A. (“RIGSSA”) el 17 de agosto de 2001 (parte de las cuales se transfirieron más tarde a David Moscoso) y que, de esta manera, la inversión quedaba al amparo del TBI<sup>10</sup>. El informe también determinó que la documentación societaria mostraba signos de manejo y cuidado inadecuados<sup>11</sup>. Por último, el informe incluyó ciertas recomendaciones con respecto a la estrategia de defensa de Bolivia en el procedimiento arbitral ante el CIADI iniciado a raíz de la revocación de las concesiones mineras de NMM (es decir, el presente arbitraje). Estas recomendaciones incluían: (i) analizar la posible inconstitucionalidad de la Ley 1854, la que tendría como consecuencia la nulidad del otorgamiento de las

---

<sup>7</sup> Ver Acta de Declaración Informativa ante Fiscal como Medio de Defensa de la Sra. María Mónica Lorena Fernández Salinas, Caso No. 9394/08, 14 de enero de 2009 (“Declaración de Lorena Fernández”, Anexo CPM-37).

<sup>8</sup> Ver Declaración de Lorena Fernández (Anexo CPM-37) y correspondencia entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Superintendencia de Empresas sobre la inspección de NMM (Anexo CPM-48).

<sup>9</sup> Informe 001/2005 (Anexo CPM-14), pág. 3.

<sup>10</sup> *Ídem*, pág. 6.

<sup>11</sup> *Ídem*, pág. 6.

concesiones mineras; (ii) determinar si Quiborax había pagado por las acciones de NMM adquiridas a RIGSSA, y por tanto hecho una inversión efectiva en Bolivia; y (iii) tomar las medidas necesarias para declarar la nulidad de la escritura pública mediante la cual RIGSSA –titular original de las Concesiones Bolivianas– había aportado dichas Concesiones a NMM, tornando también de esa forma inválida la compra de Quiborax de las acciones en NMM adquiridas a RIGSSA<sup>12</sup>.

25. El Informe 001/2005 no parece haber sido cuestionado por la Superintendencia de Empresas al momento de su emisión. No obstante, el 10 de octubre de 2008, el Ministro de Defensa Legal del Estado solicitó al Superintendente que revisara una vez más el expediente de NMM y certificar si existían irregularidades que pudieran dar lugar a la anulación de los actos societarios de NMM o la nulidad de la constitución de la sociedad<sup>13</sup>.
26. El 17 de octubre de 2008, el Superintendente de Empresas confirmó las conclusiones del Informe 001/2005 y negó la existencia de irregularidades que pudieran conducir a la anulación de los actos de la sociedad, certificando, entre otras cosas, la estructura accionaria de NMM, compuesta por Quiborax, David Moscoso y Allan Fosk<sup>14</sup>.

## **2. El proceso penal**

27. A pesar de la certificación emitida por la Superintendencia de Empresas el 17 de octubre de 2008, las autoridades bolivianas continuaron analizando la documentación societaria de los Demandantes que constaba en el Registro de Comercio de Bolivia y notaron la presencia de ciertas irregularidades en los documentos de NMM<sup>15</sup>.
28. En particular, el gobierno boliviano detectó la existencia del acta de la junta de accionistas de NMM del 11 de septiembre de 2001<sup>16</sup>, la cual no se había suministrado durante la auditoría y que contenía una nómina de accionistas distinta a la incluida en el acta de una junta supuestamente celebrada dos días más tarde, el 13 de septiembre

---

<sup>12</sup> *Ídem*, págs. 6-7.

<sup>13</sup> Ver Carta de Héctor E. Arce, Ministro de Defensa Legal del Estado, a Rolando Morales, Superintendencia de Empresas, fechada el 10 de octubre de 2008 (Anexo CPM-49).

<sup>14</sup> Ver Carta de Rolando Morales, Superintendencia de Empresas, a Héctor E. Arce, Ministro de Defensa Legal del Estado, como también la certificación adjunta fechada el 17 de octubre de 2008 (Anexo CPM-49).

<sup>15</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 21-29.

<sup>16</sup> Acta de la Junta de Accionistas de NMM del 11 de septiembre de 2001 (Anexo 8 a la Oposición de la Demandada).

de 2001<sup>17</sup>. Ambas actas tenían casi idéntico contenido, pero mientras que el acta del 11 de septiembre de 2001 indicaba que los accionistas de NMM eran Fernando Rojas, Gilka Salas, Dolly Paredes y RIGSSA, el acta del 13 de septiembre de 2001 mencionaba como accionistas de NMM a Allan Fosk, Empresa Química Industrial del Bórax S.A. (actualmente Quiborax) y David Moscoso Ruiz.

29. Según Bolivia, la existencia de estos dos documentos contradictorios, analizados conjuntamente con otros documentos societarios de NMM, sugiere que el acta del 13 de septiembre de 2001 podría haber sido falsificada<sup>18</sup>. En función de esta sospecha, el 8 de diciembre de 2008, el Superintendente de Empresas interpuso una querrela criminal contra las siguientes personas<sup>19</sup>:

- (i) Allan Fosk, co-Demandante;
- (ii) David Moscoso, socio comercial boliviano de los Demandantes;
- (iii) Fernando Rojas y María del Carmen Ballivián, ex asesores jurídicos de los Demandantes;
- (iv) Daniel Gottschalk, abogado del estudio Guevara & Gutiérrez, actual asesor jurídico de los Demandantes;
- (v) Dolly Teresa Paredes de Linares y Gilka Salas Orozco, empleados del Estudio Rojas;
- (vi) María Mónica Lorena Fernández Salinas y Yury Alegorio Espinoza Zalles, ambos (hoy ex) empleados de la Superintendencia de Empresas que elaboraron el Informe 001/2005; y
- (vii) Tatiana Giovanna Terán de Velasco y Ernesto Ossio Aramayo, dos Notarios de Fe Pública que habían suministrado servicios a NMM.

30. La imputación que informa el proceso penal (que se identificó como Caso No. 9394/08) es que algunas de las personas mencionadas falsificaron el acta del 13 de septiembre de 2001 (reemplazando el acta que Bolivia considera verdadera, es decir, la del 11 de septiembre de 2001), mientras que otras utilizaron el documento falsificado en forma

---

<sup>17</sup> Acta de la junta de accionistas de NMM del 13 de septiembre de 2001 (Anexo 7 a la Oposición de la Demandada).

<sup>18</sup> Oposición de la Demandada, párr. 29.

<sup>19</sup> Ver todas las acusaciones de la Querrela Criminal del 8 de diciembre de 2008, Caso No. 9394/08 ("Querrela Criminal", Anexo CPM-09). María del Carmen Ballivián fue agregada a la lista de personas investigadas el 14 de abril de 2009. Ver Subsana Ampliación de Querrela, 14 de abril 2009 ("Modificación de Querrela", Anexo CPM-10).

ilegítima. Específicamente, Bolivia acusa a las personas antes mencionadas de los siguientes delitos<sup>20</sup>:

- (i) Allan Fosk, David Moscoso, Fernando Rojas y Dolly Paredes fueron acusados de cuatro delitos distintos: (i) falsedad ideológica, conforme al Art. 199 del Código Penal de Bolivia (“CPB”); (ii) uso de instrumento falsificado, Art. 203 CPB; (iii) estafa, Art. 335 CPB; y (iv) destrucción de cosas propias para defraudar, Art. 339 CPB;
- (ii) María del Carmen Ballivián fue acusada de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado;
- (iii) Daniel Gottschalk fue acusado solamente de uso de instrumento falsificado;
- (iv) Isaac Frenkel fue acusado de destrucción de cosas propias para defraudar;
- (v) Lorena Fernández, Yury Espinoza, Ernesto Ossio y Tatiana Terán fueron acusados de incumplimiento de deberes, Art. 154 CPB;
- (vi) Gilka Salas se encuentra mencionada entre las personas acusadas, pero aún no se le ha imputado ningún delito en particular.

31. Entre algunas de las razones que tiene Bolivia para sospechar que se ha cometido una falsificación, se pueden mencionar las siguientes<sup>21</sup>:

- (i) El acta del 11 de septiembre de 2001 se insertó en una escritura pública y se utilizó varias veces en los años posteriores a fin de otorgar poderes de la sociedad, lo que sugiere que el acta del 11 de septiembre de 2001 es la verdadera, mientras que la del 13 de septiembre de 2001 fue elaborada *ex post facto*<sup>22</sup>.
- (ii) El acta del 11 de septiembre de 2001 indica que uno de los accionistas era RIGSSA, sociedad que, conforme al Registro de Accionistas había transferido sus acciones a Quiborax el 17 de agosto de 2001. Bolivia también sostiene que esta transferencia violó los estatutos de NMM, los que establecían un derecho preferente a favor de los restantes accionistas; derecho que, según afirma Bolivia, no fue respetado<sup>23</sup>.
- (iii) Según Bolivia, la firma de Dolly Paredes que consta en el acta del 13 de septiembre de 2001 no concuerda con la que figura en otros documentos<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Ver Querrela Criminal (Anexo CPM-9) y Modificación de Querrela (Anexo CPM-10).

<sup>21</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 22-29. Ver Instrumento Público No. 523/2001, 20 de septiembre de 2001 (Anexo 9 de la Oposición de la Demandada); Instrumento Público 291/2002, 1 de julio de 2002 (Anexo 10 de la Oposición de la Demandada); Registro de Accionistas de NMM fechado 27 de enero de 2009 (Anexo 11 de la Oposición de la Demandada); Estatutos de NMM (Anexo 12 de la Oposición de la Demandada).

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, Anexos 9 y 10 de la Oposición de la Demandada.

<sup>23</sup> Respecto de este punto hay pruebas contradictorias. Los Demandantes adjuntan el acta de la junta de accionistas celebrada el 17 de agosto de 2001, en la cual se autoriza la transferencia en presencia de todos los accionistas. Ver Acta de la junta de accionistas de NMM del 17 de agosto de 2001 (Anexo CPM-40).

<sup>24</sup> Ver Querrela Criminal (Anexo CPM-9), pág. 6.

- (iv) Bolivia también afirma que el co-Demandante Allan Fosk no se encontraba en Bolivia el 13 de septiembre de 2001<sup>25</sup>.
32. Bolivia fundamenta esta alegación de falsificación en otras incoherencias encontradas en la documentación societaria de NMM que arrojan dudas sobre la validez de la adquisición de acciones que efectuara Quiborax, a saber:
- (i) Quiborax supuestamente adquirió sus acciones de RIGSSA el 17 de agosto de 2001<sup>26</sup>. Esta adquisición se registró en el acta de la junta de accionistas de NMM celebrada el 17 de agosto de 2001<sup>27</sup>. No obstante, el acta de dicha junta fue protocolizada recién el 26 de noviembre de 2004, más de tres años después de que se celebrara la supuesta junta<sup>28</sup>.
- (ii) Además, RIGSSA había adquirido en forma reciente las acciones que supuestamente transfirió, y Bolivia afirma que dicha adquisición no se había perfeccionado legalmente cuando RIGSSA transfirió tales acciones a Quiborax. El argumento de Bolivia puede resumirse de la siguiente manera, aunque debe notarse que la relación de los hechos hecha por Bolivia contiene ciertos errores, en particular en lo que respecta a las fechas:
- (a) Los accionistas de NMM aprobaron el ingreso de RIGSSA como nuevo accionista y el aumento de capital de NMM mediante el aporte en especie que efectuó RIGSSA el 3 de agosto de 2001 de siete concesiones mineras<sup>29</sup>. Dicho aumento de capital se formalizó mediante escritura pública del 10 de agosto de 2001<sup>30</sup>. Bolivia sostiene que NMM solicitó al Registro de Comercio que inscribiera dicho aumento de capital el 21 de agosto de 2001, cuando supuestamente RIGSSA ya no era accionista de NMM<sup>31</sup>.
- (b) Bolivia también afirma que, conforme a la legislación de dicho país, el aumento de capital de NMM debía ser autorizado por el Registro de Comercio. Dicha autorización, que según Bolivia era requisito previo para la emisión de acciones de NMM, fue otorgada recién el 28 de agosto de 2001<sup>32</sup>. En otras palabras, la supuesta transferencia de acciones de RIGSSA a Quiborax efectuada el 17 de agosto de 2001 no podría haber tenido lugar, puesto que las acciones no pudieron haberse emitido antes del 28 de agosto de 2001.

---

<sup>25</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 5.

<sup>26</sup> Ver Registro de Accionistas de NMM (Anexo 11 de la Oposición de la Demandada).

<sup>27</sup> Ver Acta de la Junta de Accionistas de NMM de 17 de agosto de 2001 (Anexo CPM-40).

<sup>28</sup> Ver Anexo 14 de la Oposición de la Demandada y Anexo 2 de la Dúplica de la Demandada.

<sup>29</sup> Bolivia afirma que RIGSSA aportó sus concesiones mineras el 17 de agosto de 2001 (Oposición de la Demandada, párr. 25), pero en el expediente consta que dicho aporte fue aprobado el 3 de agosto de 2001 (ver Acta de Junta de Accionistas de NMM de 3 de agosto de 2001, Anexo CPM-40).

<sup>30</sup> Bolivia sostiene que la escritura pública tiene fecha 16 de agosto de 2001 y que, de esa forma, se emitió un solo día antes de la transferencia de RIGSSA a Quiborax (Ver Oposición de la Demandada, párr. 25). Sin embargo, la escritura que se adjuntó como Anexo 16 de la Oposición de la Demandada tiene fecha 10 de agosto de 2001.

<sup>31</sup> Ver Oposición de la Demandada, párr. 25. La Demandada cita el Anexo 16 de su Oposición, pero este documento no sustenta la alegación.

<sup>32</sup> Ver Anexo 18 de la Oposición de la Demandada.

- (iii) Bolivia también sostiene que, conforme a la legislación boliviana, para que tenga validez la transferencia de concesiones mineras se debe inscribir en el Registro de Derechos Reales, requisito que, según Bolivia, no se cumplió.
  - (iv) Bolivia sostiene que los Estados Financieros de NMM presentados ante el Servicio de Impuestos Nacionales de Bolivia continuaron indicando que RIGSSA era accionista de NMM, con una participación del 99,75% en el capital accionario<sup>33</sup>. De igual manera, los Estados Financieros de RIGSSA al 30 de septiembre de 2003 reflejaban que su participación en NMM ascendía a Bs 2.793.000 al cierre de dicho ejercicio.<sup>34</sup>
33. Los Demandantes aseguran que lo que Bolivia señala como falsificación es meramente el resultado de un error administrativo. Los Demandantes afirman que el acta del 11 de septiembre de 2001 fue elaborada incorrectamente por uno de los abogados de NMM utilizando modelos antiguos que mencionaban a los accionistas anteriores y que, cuando se descubrió el error, se celebró otra junta el 13 de septiembre con los accionistas correctos. Los Demandantes también insisten en que el acta del 11 de septiembre de 2001 se utilizó por error para otorgar poderes de la sociedad<sup>35</sup>.
34. En este sentido, los Demandantes afirman que, en 2004, la abogada que tenían al momento de realizar la inversión, María del Carmen Ballivián del Estudio Rojas, les informó que había detectado un error en la emisión de los poderes después de revisar documentos de la administración societaria de NMM. Según la Sra. Ballivián, los poderes contenían el borrador de un acta de junta de accionistas de fecha 11 de septiembre de 2001, en lugar del acta definitiva del 13 de septiembre de 2001 que consta en el libro de actas de juntas de accionistas de la sociedad<sup>36</sup>.
35. Los Demandantes aseguran que, en función de dicha información, el 21 de enero de 2005 el Directorio de NMM reconoció el error y ratificó todos los actos celebrados en virtud de los poderes que mencionaban el borrador de acta del 11 de septiembre de

---

<sup>33</sup> Oposición de la Demandada, párr. 24. La Demandada no adjuntó los Estados Financieros de NMM ni tampoco indicó a qué fecha correspondían.

<sup>34</sup> Ver Anexo 15 de la Oposición de la Demandada. Bolivia indica erróneamente que la participación societaria era de Bs 2.770.000 (Oposición de la Demandada, párr. 24).

<sup>35</sup> Réplica de los Demandantes, párrs. 60-63.

<sup>36</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 61. Esta información está avalada por la declaración voluntaria de la Sra. Ballivián. Ver Acta de Declaración Informativa de la Sra. María del Carmen Ballivián Ascarrunz del 5 de febrero de 2009. (Anexo CPM-36).

2001, a fin de evitar cualquier impugnación de tales actos<sup>37</sup>. Ese mismo día, el Directorio revocó los poderes y otorgó poderes nuevos<sup>38</sup>.

36. En los meses posteriores al comienzo del proceso penal, Bolivia adoptó diversas medidas relacionadas con las investigaciones penales, incluyendo:
- (i) el secuestro de los registros societarios<sup>39</sup>; y
  - (ii) la interrogación de personas relacionadas con los negocios de los Demandantes y NMM, incluyendo a los asesores jurídicos previos y actuales de los Demandantes en Bolivia<sup>40</sup>.
37. El 16 de marzo de 2009, se imputó formalmente a David Moscoso, Fernando Rojas, Dolly Paredes, Lorena Fernández y Yury Espinoza<sup>41</sup>.
38. El proceso contra David Moscoso, socio comercial de los Demandantes, avanzó con rapidez. En una audiencia para abordar la adopción de medidas cautelares que se llevó a cabo el 4 de junio de 2009 ante la jueza Margot Pérez, se ordenó a Moscoso comparecer ante el tribunal en forma semanal, no dejar el país y presentar dos testigos como fiadores. La Superintendencia no estuvo satisfecha con esta decisión y apeló. A consecuencia de dicha apelación, se fijó una fianza de USD 300.000 para permitir que David Moscoso quedara en libertad, la cual debía depositarse dentro de un plazo de setenta y dos horas<sup>42</sup>.
39. El 7 de agosto de 2009, tras ser notificado que se le fijaría fianza, David Moscoso le escribió a Allan Fosk comunicándole que a partir del momento de la notificación tendría setenta y dos horas para depositar la fianza o se enfrentaría a la posibilidad de ir a prisión. El Sr. Moscoso le pidió a Allan Fosk el dinero para pagar la fianza en virtud de “los acuerdos de caballeros” a los que habría llegado con éste y el padre de Fosk, según los cuales éstos habrían aceptado cubrir todos los gastos relacionados con el arbitraje, anunciándole además que si no le enviaba el dinero, tendría que ver la

---

<sup>37</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 62. *Ver también* Acta de Sesión de Directorio de NMM del 21 de enero de 2005. (Anexo CPM-59).

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> *Ver* Acta de Secuestro, 29 de enero de 2009 (Anexo CPM-17).

<sup>40</sup> Jorge Luis Inchauste, actual asesor jurídico de los Demandantes en Bolivia, fue interrogado sobre los documentos relacionados con el arbitraje y su vínculo con los Demandantes (*Ver* Anexo CPM-18). Fernando Rojas, ex asesor jurídico y uno de los imputados en el proceso penal, también fue interrogado (*Ver* Anexo CPM-35).

<sup>41</sup> *Ver* Imputación Formal, 16 de marzo de 2009 (Anexo CPM-11).

<sup>42</sup> *Ver* Resolución No. 179/2009 de la Sala Penal Tercera, 8 de agosto de 2009 (Anexo CPM-57).

forma de salvar su libertad. El Sr. Moscoso indicó que “[u]na forma podría ser el que pida un proceso abreviado en mi condición de director de la sociedad y hacer que me condenen con una pena que no permita que entre a la cárcel...”, y agregó que si Allan Fosk no suministraba los fondos de la fianza, inmediatamente iniciaría las negociaciones para el proceso abreviado<sup>43</sup>.

40. El 11 de agosto de 2009, el Fiscal presentó una solicitud para iniciar el proceso abreviado contra David Moscoso que lo condenaría a dos años de prisión, indicando que se procedía de esa manera a instancias del mismo David Moscoso<sup>44</sup>.
41. La audiencia del proceso abreviado de David Moscoso tuvo lugar el 14 de agosto de 2009. La resolución dictada luego de dicha audiencia señaló que el Sr. Moscoso había confesado su participación en la falsificación del acta de la junta de accionistas de NMM del 13 de septiembre de 2001<sup>45</sup>. La resolución resaltó que dicha falsificación le había provocado al Estado de Bolivia un perjuicio al permitir a Quiborax iniciar un arbitraje en contra de Bolivia, siendo la existencia de perjuicio un requisito fundamental para los tipos penales denunciados, pero que el Sr. Moscoso desconocía el perjuicio que podía causar su conducta<sup>46</sup>. Como resultado de la confesión del Sr. Moscoso, se lo condenó a dos años de prisión, tras lo cual se le otorgó de inmediato el perdón judicial en función de la inexistencia de antecedentes penales<sup>47</sup>. Posteriormente a dicho perdón judicial, el Sr. Moscoso hizo renuncia expresa a su derecho a apelar<sup>48</sup>.
42. Ese mismo día, David Moscoso firmó una declaración jurada, elaborada expresamente “dentro de la solicitud de Arbitraje” iniciado por Quiborax y otros contra Bolivia, en la cual confesaba “de forma libre y espontánea” su participación en los delitos de falsedad ideológica y uso de instrumento falsificado<sup>49</sup>. En dicha declaración jurada manifestó que recién tuvo conocimiento de la existencia del acta del 13 de septiembre 2001 en la

---

<sup>43</sup> Ver correo electrónico de David Moscoso a Allan Fosk, 7 de agosto de 2009 (Anexo CPM-58).

<sup>44</sup> Ver Resolución No. 01/2009 del 11 de agosto de 2009, Requerimiento conclusivo, solicitud de día y hora de audiencia de consideración de procedimiento abreviado y otros (“Solicitud de Procedimiento Abreviado”, Anexo CPM-19).

<sup>45</sup> El fallo no cita explícitamente la confesión, pero indica que “[e]n relación a la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo el Fiscal de manera clara ha demostrado con toda la prueba literal que ha presentado a este despacho judicial que el imputado ha participado en la facción de esta acta que acusa de falsa...”, y que “el imputado y acusado... ha reconocido su culpabilidad en los hechos ilícitos que el fiscal lo acusa...”. Ver Resolución No. 313/2009 del 14 de agosto de 2009, págs. 3-4. (Anexo CPM-20).

<sup>46</sup> Ver Resolución No. 313/2009 del 14 de agosto de 2009, págs. 2-3 (Anexo CPM-20).

<sup>47</sup> *Ídem*, pág. 4.

<sup>48</sup> *Ídem*, pág. 6.

<sup>49</sup> Ver Declaración Jurada de David Moscoso, 14 de agosto de 2009 (Anexo CPM-21).



reunión de directorio de NMM que se llevó a cabo el 21 de enero de 2005<sup>50</sup>. Si bien no dijo expresamente que dicha acta había sido falsificada, el Sr. Moscoso reconoció que se la usó para sustituir el acta del 11 de septiembre de 2001 a fin de revocar los poderes anteriores y expedir nuevos poderes, incluyendo los relacionados con el arbitraje ante el CIADI iniciado por Quiborax “con el fin hacer prevalecer la demanda ante el CIADI contra el Estado boliviano”<sup>51</sup>. Dicha declaración jurada contradice los dichos del Sr. Moscoso vertidos con anterioridad ante el tribunal penal el 30 de enero de 2009<sup>52</sup>.

43. Mientras el procedimiento contra David Moscoso seguía su curso, el Ministro de Defensa Legal del Estado y la Ministra de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción presentaron una denuncia por prevaricato contra la jueza Margot Pérez por incumplimiento de sus deberes por rehusarse a admitir la solicitud inicial de Bolivia en la que se pedía la detención preventiva del Sr. Moscoso, entre otras cosas<sup>53</sup>. El Ministro de Defensa Legal del Estado fundó su derecho a presentar dicha denuncia en sus responsabilidades legales para “[p]romover, defender y precautelar los intereses del estado plurinacional dentro de los procesos jurisdiccionales y arbitrales en materia de inversiones”<sup>54</sup>. Ambos ministros acusaron a la jueza Pérez de no “tomar en cuenta la importancia del presente caso ya que se trata de precautelar los bienes e intereses del Estado que se encuentra ventilando en un arbitraje internacional”; “sin valorar los riesgos procesales que se encuentran subsistentes, y van en desmedro del proceso arbitral que el estado boliviano enfrenta ante un tribunal internacional” y por provocar una demora en el procedimiento “que va en total desmedro de los intereses del estado boliviano, puesto que esto causa un perjuicio y dilación en el arbitraje internacional”<sup>55</sup>.
44. El 21 de septiembre de 2009, el tribunal penal emplazó a Fernando Rojas y Dolly Paredes a comparecer a una audiencia sobre medidas cautelares<sup>56</sup>. Los Demandantes temieron que estuviera en juego su libertad personal y la posible creación de pruebas falsas, como sostienen que habría sucedido en el caso de David Moscoso. El 2 de octubre de 2009, los Demandantes presentaron una solicitud para

---

<sup>50</sup> *Ídem*.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> Ver Acta de Declaración Informativa ante Fiscal como Medio de Defensa del Sr. David Moscoso Ruiz, Caso No. 9394/08, 30 de enero de 2009 (Anexo CPM-22).

<sup>53</sup> Ver Denuncia por delitos cometidos por autoridad competente, 10 de junio de 2009 (Anexo CPM-23), pág. 8.

<sup>54</sup> *Ídem*, pág. 8

<sup>55</sup> *Ídem*, págs. 5-6.

<sup>56</sup> Ver Anexo CRO-1.

que se emitiera una “orden de restricción temporal” a fin de impedir la continuación del proceso penal relacionado con este arbitraje<sup>57</sup>. El Tribunal rechazó dicha petición, sosteniendo que ésta no satisfacía el requisito de urgencia y que, en esa etapa, no se contaba con suficiente información como para evaluar si se cumplía con el requisito de necesidad o para determinar si se algunos de los derechos de los Demandantes requerían preservación<sup>58</sup>.

45. La audiencia sobre medidas cautelares que supuestamente tendría lugar el 6 de octubre de 2009 no se celebró. Dolly Paredes presentó una recusación contra la jueza Margot Pérez por supuesta falta de imparcialidad a consecuencia del proceso penal iniciado en su contra por el Ministro de Defensa Legal del Estado<sup>59</sup>. La jueza Pérez aceptó la recusación, declarando que sus actos “están siendo controlados dentro de un proceso de prevaricato ya que cualquier decisión que asume la juzgadora es sujeto de ampliar la denuncia como ya lo han hecho antes...”<sup>60</sup>.

### **III. POSICIONES DE LAS PARTES**

#### **A. Posición de los Demandantes**

46. Los Demandantes afirman que el proceso penal está motivado y dirigido al presente arbitraje, y que dicho proceso carece de mérito por sí solo y es instrumental a la estrategia de defensa de Bolivia a fin evitar el arbitraje sobre la cuestión de fondo. Específicamente, los Demandantes sostienen que “[e]l proceso penal es meramente instrumental a los objetivos que tiene Bolivia en el arbitraje, que son: (i) negar la condición de inversionistas extranjeros que tienen los Demandantes conforme al TBI; (ii) obtener, manipular y fabricar pruebas que sustenten la estrategia de defensa de Bolivia; y (iii) en última instancia, forzar a los Demandantes a renunciar a sus pretensiones en el proceso arbitral”<sup>61</sup>.
47. Los Demandantes también sostienen que éste es un caso único, porque Bolivia ha iniciado acciones penales en contra de los Demandantes y personas relacionadas a ellos por un delito que consiste en presentar una demanda en un arbitraje

---

<sup>57</sup> Solicitud de los Demandantes de una Orden de Restricción Temporal, 2 de octubre de 2009.

<sup>58</sup> Ver Carta del CIADI del 5 de octubre de 2009.

<sup>59</sup> Ver Dolly T. Paredes, Presenta demanda de recusación, 5 de octubre de 2009 (Anexo CPM-54).

<sup>60</sup> Ver Resolución No. 389/2009, Auto motivado de recusación, 7 de octubre de 2009 (Anexo CPM-55).

<sup>61</sup> SMP de los Demandantes, párr. 18. (Original en inglés).

internacional<sup>62</sup>. Los Demandantes fundan su afirmación aseverando que Bolivia ha afirmado dentro del proceso penal que el perjuicio que es uno de los elementos del tipo penal de los delitos atribuidos a las personas imputadas consiste en la exposición de Bolivia a este arbitraje internacional<sup>63</sup>.

48. Por último, los Demandantes sostienen que, así como los inversionistas deben pasar ciertas pruebas a fin de ser protegidos por el Convenio del CIADI, los Estados también deben observar ciertos criterios básicos de conducta y actuar conforme a las normas y principios rectores del CIADI. Los Demandantes afirman que “no se puede permitir que los Estados se aprovechen de sus facultades intrínsecamente superiores bajo sus propios regímenes legales nacionales a fin de obstruir el legítimo acceso de [un] inversionista al arbitraje ante el CIADI”; y que coaccionar a los Demandantes y a personas relacionadas con sus inversiones en Bolivia mediante procesos penales es una forma inadmisible de boicotear el sistema del CIADI que no debe ser permitida<sup>64</sup>.

### **1. Derechos que requieren preservación**

49. Los Demandantes sostienen que, de conformidad con el Art. 47 del Convenio del CIADI, las medidas provisionales sólo pueden solicitarse para preservar los derechos de cualquiera de las partes. Los Demandantes alegan que el proceso penal iniciado por Bolivia perjudican los siguientes derechos que se deben preservar: (1) el derecho a que se preserve el *status quo* y a que no se agrave la controversia; (2) el derecho a que se mantenga la integridad procesal del proceso arbitral; y (3) el derecho a que se preserve la exclusividad del proceso arbitral ante el CIADI conforme al Art. 26 del Convenio del CIADI<sup>65</sup>.
50. Los Demandantes rechazan el argumento de Bolivia de que el Tribunal sólo puede ordenar medidas provisionales cuando las acciones de dicho país perjudiquen los derechos “en controversia”. Los Demandantes afirman que no es necesario que exista identidad entre el objeto de las medidas de coacción y los derechos controvertidos, y que en todo caso las acciones de Bolivia sí afectan los derechos “en controversia”, porque los Demandantes reclaman no sólo compensación por la expropiación

---

<sup>62</sup> Transcripción, pág. 30, líneas 15-20.

<sup>63</sup> Transcripción, pág. 17, líneas 2-6; pág. 76, líneas 18-22; pág. 77, líneas 1-12.

<sup>64</sup> SMP de los Demandantes, párr. 64. (Original en inglés).

<sup>65</sup> SMP de los Demandantes, párr. 34.

ilegítima, sino también daño moral por los actos de acoso perpetrados por Bolivia en contra de los Demandantes, en particular, mediante procesos penales<sup>66</sup>.

**a. Derecho a la preservación del status quo y a evitar la agravación de la controversia**

51. Los Demandantes sostienen que el derecho a preservar el *status quo* y a evitar la agravación de la controversia es un derecho autónomo conforme al derecho internacional<sup>67</sup>. Los Demandantes se fundan en los casos *Burlington c. Ecuador*<sup>68</sup>, *Electricity Company of Sofia c. Bulgaria*<sup>69</sup> y *Amco Asia c. Indonesia*<sup>70</sup>, entre otros.
52. Los Demandantes afirman que el proceso penal ha agravado y continúa agravando la controversia entre las Partes. Los Demandantes manifiestan que Bolivia está haciendo todo lo que está a su alcance para obstaculizar el proceso ante el CIADI, y está usando procesos penales y otras formas de hostigamiento para en última instancia forzar a los Demandantes a renunciar a sus reclamos.
53. Los Demandantes señalan como ejemplo de ello la orden judicial mediante la cual se le prohibió a David Moscoso tener contacto con los demás acusados, incluso con su ex asesor jurídico, Fernando Rojas. Los Demandantes afirman también que “la presión directa ejercida por el gobierno de Bolivia sobre David Moscoso lo ha llevado a volverse en contra de sus propios socios comerciales, además de haberlo erradicado virtualmente como fuente de información y apoyo a la causa de los Demandantes en el arbitraje”<sup>71</sup>.
54. Los Demandantes alegan que el accionar de Bolivia ha cambiado el *status quo* de la controversia, puesto que los Demandantes han pasado a ser demandados en dicho país, y ha creado serios obstáculos para que los Demandantes presenten su reclamo. Los Demandantes afirman que en el momento en que presentaron su Solicitud de Arbitraje, las Partes estaban en pie de igualdad en cuanto a la posibilidad de presentar su caso, pero desde diciembre de 2008 la posición de los Demandantes se ha

---

<sup>66</sup> Réplica de los Demandantes, párrs. 78-79.

<sup>67</sup> SMP de los Demandantes, párrs. 36-37.

<sup>68</sup> *Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, (“*Burlington c. Ecuador*”), Orden Procesal No. 1 del 29 de junio de 2009, párr. 60.

<sup>69</sup> *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Bélgica c. Bulgaria), Sentencia del 5 de diciembre de 1939, PCIJ serie A/B No. 79, pág. 199.

<sup>70</sup> *Amco Asia Corporation c. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1 (“*Amco Asia c. Indonesia*”), Decisión sobre Solicitud de Medidas Provisionales del 9 de diciembre de 1983, pág. 412.

<sup>71</sup> SMP de los Demandantes, párr. 38. (Original en inglés).

debilitado puesto que las personas involucradas en el proceso penal han sido forzadas a quedar fuera del procedimiento del CIADI como posibles testigos o fuentes de información<sup>72</sup>.

55. Los Demandantes alegan que el proceso penal está dirigido a evitar el debate del fondo de la controversia y a ejercer una presión intolerable sobre los Demandantes a fin de que desistan de su demanda. Para apoyar tal afirmación, citan las declaraciones efectuadas ante la prensa boliviana por las autoridades de Bolivia, incluyendo Oscar Cámara, ex Viceministro de Defensa Legal del Estado y Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (organismo que ha reemplazado a la Superintendencia de Empresas), en las que afirman la existencia de un acuerdo entre las Partes sin mediar pago alguno por concepto de compensación por parte de Bolivia a los Demandantes, supuestamente en virtud de la aceptación de los Demandantes de los cargos penales contra ellos<sup>73</sup>.

***b. Derecho a la integridad procesal del procedimiento arbitral***

56. Los Demandantes sostienen que el proceso penal perjudica su derecho a la integridad procesal del proceso arbitral, en especial con respecto al acceso al material probatorio y a la integridad de la prueba producida.
57. En particular, los Demandantes alegan que Bolivia les está dificultando el acceso a pruebas al confiscar documentos societarios e intimidar a posibles testigos (incluyendo los asesores jurídicos anteriores y actuales de los Demandantes) que ahora temen prestar testimonio<sup>74</sup>. Los Demandantes señalan que Bolivia ha definido a las personas involucradas en el proceso penal como “testigos imprescindibles para llegar a la verdad histórica de los hechos”<sup>75</sup> pero que, por temor a su situación en Bolivia, no están preparados para participar en este proceso arbitral<sup>76</sup>. Por ende, los Demandantes reclaman que han sido despojados de testigos indispensables para su caso<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> SMP de los Demandantes, párr. 39; Réplica de los Demandantes a las medidas provisionales, párr. 88-90.

<sup>73</sup> Réplica de los Demandantes, párrs. 91, 33. Ver artículo de la prensa titulado, “Quiborax levantó arbitraje porque el Gobierno halló presunto fraude”, La Razón - Bolivia, 10 de septiembre de 2009 (Anexo CPM-65).

<sup>74</sup> SMP de los Demandantes, párrs. 40, 42; Réplica de los Demandantes, párrs. 98-102.

<sup>75</sup> Imputación Formal, pág. 10 (Anexo CPM-11).

<sup>76</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 99.

<sup>77</sup> *Ídem*.

58. Los Demandantes destacan específicamente que David Moscoso tiene ahora un impedimento legal para presentarse como testigo de los Demandantes, ya que ha hecho una confesión dentro del proceso penal y cualquier declaración en contrario que pudiera hacer en el proceso CIADI le permitiría a Bolivia iniciar un proceso en su contra por falso testimonio o autocalumnia<sup>78</sup>.
59. Los Demandantes también alegan que al forzar confesiones como las de David Moscoso, Bolivia manipula e inventa pruebas *ex post facto* para su presentación en el proceso CIADI (en especial, en relación con la legitimación de los Demandantes como inversionistas conforme al TBI)<sup>79</sup>. Los Demandantes sostienen que “[s]i se permite que continúe el proceso penal, sobran los motivos para temer que otros posibles testigos se vean obligados a prestar falso testimonio para salvarse de la encarcelación o de enfrentarse a la persecución de Bolivia”<sup>80</sup>.
60. Los Demandantes también argumentan que, al cuestionar el Informe 001/2005 y acosar a sus autores, Bolivia ha destruido información que avala la legitimación de los Demandantes bajo el TBI. Los Demandantes sostienen que “[l]as complejas maniobras desplegadas por Bolivia para disminuir el valor del informe están sólo dentro del alcance de un Estado soberano con facultades de investigación y coerción, y no son permisibles dentro del arbitraje internacional”<sup>81</sup>.
61. Los Demandantes rechazan los argumentos de Bolivia de que no se causa ningún daño porque el Tribunal tiene la libertad de evaluar las pruebas a su discreción, aduciendo que esta libertad se verá contaminada por Bolivia porque las personas involucradas en el proceso penal ya no podrán prestar una declaración sincera<sup>82</sup>.

***c. El derecho a la exclusividad del proceso CIADI en virtud del Artículo 26 del Convenio del CIADI***

62. Los Demandantes sostienen que el proceso penal tiene el objetivo de destruir su legitimación como inversionistas extranjeros conforme al TBI Bolivia-Chile y que, por tanto, es un proceso paralelo sobre jurisdicción que se encuentra prohibido por la jurisdicción exclusiva del CIADI conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI, cuya parte pertinente prescribe:

---

<sup>78</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 97.

<sup>79</sup> Oposición de los Demandantes, párr. 41; Réplica de los Demandantes, párrs. 101-102.

<sup>80</sup> Oposición de los Demandantes, párr. 42. (Original en inglés).

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 95.

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.

63. Los Demandantes sostienen que “Bolivia está presentando y debatiendo en un fuero alternativo cuestiones que tienen como objetivo atacar la jurisdicción del Centro”, y que “ha convertido el mero hecho de ser parte del presente arbitraje en el objeto de su proceso penal interno”<sup>83</sup>. Los Demandantes alegan que, como consecuencia, el proceso penal instituido por Bolivia constituye lo que el Artículo 26 del Convenio del CIADI denomina “otro recurso”<sup>84</sup>. Los Demandantes invocan el caso de *City Oriente c. Ecuador*, en el que el Tribunal ordenó al Procurador General de Ecuador que se abstuviera de realizar la investigación penal de tres ejecutivos de City Oriente respecto de acusaciones estrechamente vinculadas con la materia del arbitraje<sup>85</sup>.
64. Invocando el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*, los Demandantes argumentan que el Artículo 26 del Convenio del CIADI prohíbe los procesos paralelos si “se relacionan con la materia del caso presentado ante el tribunal, y no con cuestiones separadas o no relacionadas o materias ajenas.”<sup>86</sup> Además, invocan el caso *CSOB c. República Eslovaca* para afirmar que no es necesario que el proceso penal trate sobre la misma materia que el proceso CIADI para que constituya “otro recurso”, sino que basta con que el proceso penal se refieran a cuestiones bajo la consideración del Tribunal<sup>87</sup>.

## 2. Requisitos de las medidas provisionales

65. Los Demandantes afirman que las medidas provisionales deben ser urgentes y necesarias para la protección de los derechos invocados, y que ambos requisitos se verifican en el presente caso<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> SMP de los Demandantes, párr. 50. (Original en inglés).

<sup>84</sup> SMP de los Demandantes, párr. 51. (Original en inglés).

<sup>85</sup> *City Oriente Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21 (“*City Oriente c. Ecuador*”), Decisión sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre de 2007, párr. 50.

<sup>86</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18 (“*Tokios Tokelés c. Ucrania*”), Orden No. 3, 18 de enero de 2005, párr.11. (Original en inglés).

<sup>87</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4 (“*CSOB c. República Eslovaca*”), Orden Procesal No. 4, 11 de enero de 1999, preámbulo.

<sup>88</sup> SMP de los Demandantes, párr. 35.

### **a. Urgencia**

66. Los Demandantes citan el caso *Burlington c. Ecuador* y al Prof. Schreuer para argumentar que “el criterio de urgencia se cumple cuando [...] ‘una cuestión no puede esperar al resultado del laudo sobre el fondo del asunto’”<sup>89</sup>.
67. Según los Demandantes, el elemento principal es que exista la posibilidad de que el daño se produzca antes de la fecha del laudo<sup>90</sup>. Por ello, el requisito de urgencia debe evaluarse en el contexto del caso, como lo expresó el tribunal en *Biwater Gauff c. Tanzania*:
- El Tribunal Arbitral considera que el grado de “urgencia” requerido depende de las circunstancias, incluyendo las medidas provisionales solicitadas, y puede satisfacerse cuando una parte puede probar que existe la necesidad de obtener la medida solicitada en un momento determinado del proceso antes de que dicte el laudo. [...] El Tribunal Arbitral también considera que el nivel de urgencia requerido depende del tipo de medida solicitada<sup>91</sup>.
68. Los Demandantes argumentan que en este caso se cumple el requisito de urgencia<sup>92</sup>. En particular, los Demandantes sostienen que como las medidas provisionales tienen el propósito de proteger contra un agravamiento de la controversia y de salvaguardar los poderes jurisdiccionales del Tribunal y la integridad del arbitraje, son urgentes por definición<sup>93</sup>.
69. Los Demandantes argumentan que la urgencia de las medidas provisionales queda comprobada por la condena de David Moscoto<sup>94</sup>, y que se ha tornado evidente que en este caso el paso del tiempo sólo hace que la posibilidad de que se produzcan daños irreparables a los Demandantes sea cada vez más inminente<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> *Burlington c. Ecuador*, Orden Procesal No. 1, 29 de junio de 2009, párr. 73; Christoph H. Schreuer. *The ICSID Convention: A Commentary* (El Convenio del CIADI: Un Comentario) (2001), pág. 751, párr. 14. (Original en inglés).

<sup>90</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 115.

<sup>91</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22 (“*Biwater Gauff c. Tanzania*”), Orden Procesal No. 1, 31 de marzo de 2006, párr. 76. (Original en inglés).

<sup>92</sup> SMP de los Demandantes, párrs. 52-55.

<sup>93</sup> Los Demandantes invocan *Burlington c. Ecuador*, Orden Procesal No. 1, 29 de junio de 2009, párr. 74 y *City Oriente c. Ecuador*, Decisión sobre Medidas Provisionales, 19 de noviembre de 2007, párr. 69.

<sup>94</sup> SMP de los Demandantes, párr. 54.

<sup>95</sup> Réplica de los Demandantes, párr. 119.



**b. Necesidad**

70. Los Demandantes afirman que “[e]l requisito de necesidad exige que el Tribunal considere la proporcionalidad de las medidas provisionales solicitadas con respecto a los daños que los Demandantes ya han sufrido y seguirán sufriendo como consecuencia de las acciones de Bolivia”<sup>96</sup>.
71. Según los Demandantes, el estándar adecuado para evaluar la necesidad de su solicitud para medidas provisionales es el que establece el Artículo 17A de la Ley Modelo de la CNUDMI, que exige que la parte que solicita una medida cautelar debe convencer al tribunal arbitral que:
- de no otorgarse 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.
72. Conforme a este estándar, los Demandantes sostienen que las medidas provisionales solicitadas son necesarias porque el daño causado no sería adecuadamente reparado mediante una indemnización. En particular, los Demandantes alegan que “[e]l daño causado a los Demandantes por el proceso penal, consistente en privaciones de la libertad personal del co-Demandante Allan Fosk y de las otras personas acusadas, así como en la corrupción de pruebas relevantes para el presente arbitraje, no es un daño que pueda resarcirse adecuadamente mediante una indemnización”, y que “[s]ólo puede evitarse mediante la terminación inmediata del proceso penal en Bolivia”<sup>97</sup>. Asimismo, los Demandantes afirman que Bolivia no sufriría ningún daño si se suspendiera el proceso penal<sup>98</sup>.

**B. Posición de la Demandada**

73. La Demandada señala en primer lugar que las medidas provisionales son de índole excepcional y que no deben otorgarse a la ligera. La Demandada invoca el caso *Occidental Petroleum Corporation c. Ecuador*, en el que el Tribunal concluyó que:

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,

---

<sup>96</sup> SMP de los Demandantes, párr. 53. (Original en inglés).

<sup>97</sup> SMP de los Demandantes, párr. 62. (Original en inglés).

<sup>98</sup> SMP de los Demandantes, párr. 63.

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” [...]<sup>99</sup>

74. En opinión de la Demandada, la solicitud de medidas provisionales de los Demandantes debe rechazarse porque no cumple con ninguno de estos requisitos.

### **1. Derechos cuya protección se solicita**

75. Como cuestión preliminar, la Demandada sostiene que en este caso no se pueden otorgar medidas provisionales porque el proceso penal no afecta los derechos de los Demandantes en la controversia<sup>100</sup>. Más específicamente, la Demandada argumenta que “[u]n proceso penal iniciado con plena justificación fáctica y jurídica, exclusivamente para establecer la existencia de delitos que afectan bienes jurídicos protegidos por la legislación boliviana, no constituye amenaza alguna para el proceso arbitral, su desenvolvimiento y sus resultados”<sup>101</sup>.

76. La Demandada también sostiene que los Demandantes no han establecido “la existencia de un solo elemento objetivo del cual pueda desprenderse que los derechos que importan a esta controversia, incluidos los derechos procesales que invocan, se hayan visto afectados o puedan ser afectados de manera inminente e irreparable por el ejercicio legítimo de las facultades que Bolivia tiene como estado soberano para exigir el cumplimiento de su propia legislación y aplicar, respetando el debido proceso, las leyes penales vigentes”<sup>102</sup>.

77. Asimismo, la Demandada afirma que en el presente proceso arbitral la controversia se limitaría a establecer si los Demandantes tienen derecho a la indemnización monetaria que reclaman por la revocación de las concesiones mineras que dicen haber tenido<sup>103</sup>. En cambio, el proceso penal se relaciona con la persecución de delitos, específicamente por la alteración y la falsificación de documentos, el uso de un

---

<sup>99</sup> *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (“*Occidental c. Ecuador*”), Decisión sobre Medidas Provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 59.

<sup>100</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 5-7.

<sup>101</sup> Oposición de la Demandada, párr. 6.

<sup>102</sup> *Ídem*.

<sup>103</sup> Oposición de la Demandada, párr. 7.

instrumento falsificado y el incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos<sup>104</sup>.

78. La Demandada invoca precedentes de la Corte Internacional de Justicia, en particular el *Caso Sobre Ciertos Procesos Penales Iniciados en Francia (República del Congo c. Francia)*, según el cual la facultad de la Corte para ordenar medidas provisionales para preservar los derechos respectivos de las partes sólo debe ejercitarse ante la necesidad de prevenir un perjuicio irreparable a los derechos controvertidos antes de que la Corte haya podido pronunciar su decisión<sup>105</sup>.

79. La Demandada objeta a cada una de las causales específicas de los Demandantes para la solicitud de medidas provisionales, como se describe a continuación.

**a. En relación con el derecho a la preservación del status quo y a evitar el agravamiento de la controversia**

80. Como se señaló, la Demandada sostiene que no hay agravamiento de la controversia ni necesidad de preservar el *status quo*, porque el proceso penal no afecta los derechos relativos a la controversia. La Demandada argumenta que el hecho de que el proceso penal les cause inconvenientes y sufrimientos a los Demandantes no implica que interfiera con los derechos controvertidos<sup>106</sup>.

81. En este sentido, la Demandada afirma que no existe un derecho independiente a preservar el *status quo* o a evitar el agravamiento de la controversia. Tal derecho existe únicamente cuando hay una amenaza inminente de que un derecho controvertido pueda sufrir un daño irreparable<sup>107</sup>.

82. Aun si existiera tal derecho independiente, como concluyó el tribunal en *Burlington c. Ecuador*, la Demandada argumenta que la mera existencia de este derecho no exige necesariamente la aprobación de las medidas provisionales. Los Demandantes tendrían que demostrar que: (a) la iniciación del proceso penal altera el *status quo* de la controversia tal como ésta fue presentada al Tribunal; (b) la existencia del proceso

---

<sup>104</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 8, 30.

<sup>105</sup> *Caso sobre Ciertos Procesos Penales Iniciados en Francia (República del Congo c. Francia)*, Orden del 17 de junio de 2003, Informes CIJ 2003, párr. 22.

<sup>106</sup> Oposición de la Demandada, párr. 45.

<sup>107</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 11; 46-48.

penal constituye una amenaza de daño irreparable a los derechos controvertidos; y (c) si no se adoptan las medidas solicitadas, el daño sería inminente<sup>108</sup>.

83. La Demandada argumenta que los Demandantes invocan incorrectamente el caso *Burlington c. Ecuador*, porque las circunstancias de ese caso eran muy distintas a las del presente arbitraje. En *Burlington*, las acciones de Ecuador que dieron lugar a las medidas provisionales se relacionaban con las mismas obligaciones monetarias examinadas por el tribunal arbitral, había una relación comercial vigente entre las partes que el tribunal consideró digna de protección, y el contrato que regía esa relación establecía una obligación de cumplimiento forzado que también ameritaba protección. Ninguno de estos elementos existe en el presente caso.
84. En cualquier caso, la Demandada sostiene que no existe ningún cambio en el *status quo*, porque el Demandante Allan Fosk no ha sido formalmente acusado y su estado procesal no se ha modificado desde diciembre de 2008. La Demandada también señala que los Demandantes no han llamado como testigo a ninguna de las personas involucradas en el proceso penal, por lo que su estado procesal no tiene relevancia para este arbitraje<sup>109</sup>.
85. Asimismo, la Demandada argumenta que la controversia no se ha agravado, porque los Demandantes no han identificado ninguna medida de Bolivia que pudiera tener un efecto perjudicial sobre la ejecución de la decisión o que pudiera agravar o prolongar la controversia<sup>110</sup>.
86. La Demandada invoca el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*<sup>111</sup> y argumenta que aún cuando la conducta de una de las partes podría agravar o prolongar la controversia, las medidas provisionales sólo pueden otorgarse si hay pruebas de algún daño irreparable a los derechos de la otra parte. Como este no es el caso, las medidas provisionales no pueden otorgarse.

**b. En relación con el derecho a la integridad del arbitraje**

87. La Demandada afirma que no se ve amenazada la integridad del proceso arbitral, en particular con respecto a la presentación de pruebas.

---

<sup>108</sup> Oposición de la Demandada, párr. 51.

<sup>109</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 54-61.

<sup>110</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 64-69.

<sup>111</sup> *Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Orden del 23 de enero de 2007, Informes CIJ 2007, párr. 50.

88. La Demandada afirma que los Demandantes ya han presentado pruebas sustanciales, incluyendo documentos societarios, tanto en su Solicitud de Medidas Provisionales como en su Memorial sobre el fondo. Por lo tanto, las medidas provisionales solicitadas para proteger el derecho de los Demandantes a presentar pruebas no serviría de nada<sup>112</sup>.
89. Si los Demandantes se refieren a las pruebas que pueden ser presentadas por Bolivia, la Demandada alega que no existe urgencia ni necesidad de otorgar medidas provisionales porque toda prueba presentada por Bolivia será examinada, criticada y verificada por los Demandantes y evaluada libremente por el Tribunal<sup>113</sup>. De hecho, la Demandada alega que cualquier medida provisional que tenga por objeto evitar que se presente dicha prueba sería equivalente a pronunciarse sobre dicha prueba, desestimándola sin haberla analizado, lo que coartaría el derecho de defensa de Bolivia<sup>114</sup>.
90. Al respecto, la Demandada alega que corresponde interponer medidas provisionales para evitar que se “contaminen” las pruebas sólo en aquellos casos en los que dicha prueba pudiera desaparecer, ser destruida o dejar de estar disponible. En estos casos, corresponde interponer medidas provisionales para que el Tribunal tenga la posibilidad de examinar dicha prueba en el futuro. La Demandada alega que los Demandantes buscan exactamente lo contrario, es decir, que se dicten medidas provisionales para evitar que ciertas pruebas sean presentadas ante el Tribunal<sup>115</sup>.
91. La Demandada rechaza la acusación de los Demandantes en cuanto a que el proceso penal fue iniciado como maniobra ficticia por parte de Bolivia para destruir o distorsionar el valor probatorio de determinados documentos que son de relevancia para probar su condición de inversionistas. Esto implicaría una acusar falsamente a Bolivia de un delito. La Demandada afirma que el Estado boliviano se rige por el principio de separación de poderes y que el Poder Ejecutivo no interfiere en la administración de la justicia. La Demandada sostiene que las circunstancias de hecho que motivaron el proceso penal justifican plenamente dicho proceso<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 12, 72.

<sup>113</sup> *Ídem*.

<sup>114</sup> Oposición de la Demandada, párr. 72.

<sup>115</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 70, 73.

<sup>116</sup> Oposición de la Demandada, párr. 12.

**c. En relación con la exclusividad de los procesos ante el CIADI**

92. La Demandada sostiene que la exclusividad de los procesos ante el CIADI sólo pueden verse amenazados por procesos paralelos, es decir, que versen sobre la misma materia. La Demandada se basa en los casos *Tokios Tokelés c. Ucrania*<sup>117</sup> y *City Oriente c. Ecuador*<sup>118</sup>, en los cuales los derechos que eran objeto de los procesos paralelos involucraban los mismos derechos sometidos a la consideración del tribunal en los procesos ante el CIADI<sup>119</sup>.
93. La Demandada rechaza los argumentos expuestos por los Demandantes, quienes alegan que el proceso penal tiene por objeto negar su calidad de inversionistas protegidos por el TBI o decidir cuestiones que están dentro de la jurisdicción del Tribunal. Por el contrario, la Demandada alega que el objeto del proceso penal es determinar si las personas procesadas cometieron determinados delitos y, de ser así, sancionar dicha conducta delictiva. Por lo tanto, el proceso penal no interfiere con el ámbito de la jurisdicción ni la competencia del Tribunal<sup>120</sup>.
94. Como consecuencia, la Demandada alega que el proceso penal no es paralelo al proceso ante el CIADI. Mientras que el proceso penal tiene por objeto la imposición de sanciones por posibles delitos, el arbitraje ante CIADI tiene por objeto determinar si los Demandantes tienen derecho a la protección que invocan y a la indemnización que reclaman. La Demandada alega que “[l]a circunstancia de que los documentos cuya falsedad se investiga tengan relación con la calidad de accionistas de los Demandantes en una compañía boliviana, no transforma al proceso penal en uno paralelo al arbitraje CIADI, puesto que el resultado del proceso penal será la aplicación o no de sanciones por falsedad conforme a la Ley boliviana, con independencia de cuál pueda ser la decisión del Tribunal Arbitral respecto de la pertinencia de los reclamos bajo el TBI con Chile.”<sup>121</sup>.
95. Además, la Demandada alega que el proceso es legítimo *per se*, y no está motivado por el arbitraje ante el CIADI. En efecto, la Demandada alega que, mediante su solicitud de medidas provisionales, los Demandantes buscan evitar que Bolivia ejerza

---

<sup>117</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Orden No. 1, 1 de julio de 2003, párr. 3.

<sup>118</sup> *City Oriente c. Ecuador*, párrs. 49-54.

<sup>119</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 74-76.

<sup>120</sup> Oposición de la Demandada, párrs. 76-77.

<sup>121</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 22.

su derecho soberano a iniciar acciones penales dentro de su propio territorio<sup>122</sup>. La Demandada afirma que la existencia de documentación con indicios de haber sido falsificada es causal suficiente como para iniciar un proceso penal. Además, la Demandada sostiene que los funcionarios públicos están obligados por ley a denunciar la comisión de un delito<sup>123</sup>. El hecho de que Bolivia haya prestado mayor atención a la estructura societaria de NMM luego de que los Demandantes presentaran la Solicitud de Arbitraje y que por medio de ella haya descubierto irregularidades no significa que el proceso penal sea una reacción al arbitraje ante el CIADI<sup>124</sup>.

## 2. Requisitos para el otorgamiento de medidas provisionales

96. La Demandada afirma que las medidas provisionales sólo pueden ser concedidas en circunstancias en las cuales existe la necesidad urgente de salvaguardar derechos que se encuentran ante peligro inminente de daño irreparable, de manera que la parte puede ver su derecho afectado irreparablemente antes de que produzca una decisión final sobre el fondo<sup>125</sup>. La Demandada se basa en los casos *Occidental c. Ecuador*<sup>126</sup>, *Tokios Tokelés c. Ucrania*<sup>127</sup> y el *Caso Aegean Sea Continental Shelf (Grecia c. Turquía)*<sup>128</sup>.

97. En este caso, la Demandada alega que las medidas provisionales solicitadas no son ni urgentes ni necesarias, debido a que no existe una amenaza inminente de daño irreparable.

### a. Urgencia

98. En relación con el requisito de urgencia, la Demandada afirma que la amenaza de daño irreparable debe ser actual e inminente. Si no existe amenaza o el daño no es inminente, no hay necesidad de resolver algo antes de que se emita el laudo o decisión. La urgencia debe evaluarse al momento en que se solicita la medida, y no

---

<sup>122</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 6.

<sup>123</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 6. La Dúplica de la Demandada está acompañada por el Informe de Experto de la Dra. Mary Elizabeth Carrasco Condarco, que describe los principios del procedimiento penal en Bolivia.

<sup>124</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 28.

<sup>125</sup> Oposición de la Demandada, párr. 40.

<sup>126</sup> *Occidental c. Ecuador*, Decisión sobre Medidas Provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 61.

<sup>127</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Orden No. 3, 18 de julio de 2005, párr. 8.

<sup>128</sup> *Caso Aegean Sea Continental Shelf (Grecia c. Turquía)*, Orden del 11 de septiembre de 1976, Informe 3 de la CIJ, párrs. 25, 33.

debe ser una especulación sobre el futuro<sup>129</sup>. La Demandada se basa en el *Caso sobre Ciertos Procesos Penales en Francia (República del Congo c. Francia)*<sup>130</sup>.

99. Según la Demandada, los argumentos expuestos por los Demandantes en cuanto a que no podrán tener acceso a documentos clave o presentar testigos en su favor (en especial el temor de que los testigos clave pudieran ser privados de su libertad) son sólo especulaciones que dependen de eventos futuros, y por lo tanto no son compatibles con la definición de urgencia<sup>131</sup>.

**b. Necesidad**

100. La Demandada niega que las medidas sean necesarias para evitar daños irreparables a los derechos de los Demandantes. Como cuestión preliminar, la Demandada alega que el requisito de necesidad se basa en la existencia de un derecho que debe ser protegido contra un daño irreparable. Como se explicó anteriormente, la Demandada niega que exista tal derecho en el presente caso.
101. En todo caso, como se describe en la sección anterior, la Demandada niega que exista amenaza de daño alguna a ninguno de los derechos invocados por los Demandantes. Por lo tanto, no se cumple el requisito de necesidad.
102. Sin perjuicio de lo expuesto, y como sustento de sus argumentos con respecto a que no es necesario interponer medidas provisionales, la Demandada se comprometió a:
- (a) Proveer copias certificadas de los documentos societarios secuestrados por las autoridades bolivianas; y
  - (b) Colaborar para que las personas involucradas en el proceso penal puedan ser llamadas a testificar en el proceso de arbitraje.
103. En relación con los documentos, la Demandada afirmó en su Dúplica que “como signo claro de que no tiene intención de poner obstáculos a la tarea probatoria de los Demandantes, Bolivia se compromete a obtener de la Fiscalía copias certificadas de los documentos que los Demandantes indiquen, si tuvieren alguna dificultad para hacerlo”<sup>132</sup>. Durante la conferencia telefónica realizada el día 24 de noviembre de 2009, la Demandada dijo que más que un compromiso, ésta era una expresión del

---

<sup>129</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 38.

<sup>130</sup> *Caso sobre Ciertos Procesos Penales Iniciados en Francia (República del Congo c. Francia)*, Orden del 17 de junio de 2003, Informes de la CIJ 2003, párr. 35.

<sup>131</sup> Dúplica de la Demandada, párrs. 34-37, 41, 44.

<sup>132</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 33.



derecho irrestricto de los Demandantes a acceder a información en virtud de las leyes bolivianas<sup>133</sup>. No obstante, luego de una pregunta específica por la Presidenta del Tribunal, la Demandada confirmó el compromiso adoptado en la Dúplica con respecto a la puesta a disposición de tales documentos<sup>134</sup>.

104. En relación con los testigos, la Demandada afirmó en su Dúplica que las personas involucradas en el proceso penal “[p]odrían ser testigos si quisieran. De hecho, como Bolivia estaría ciertamente interesada en interrogarles para ver si finalmente se logra aclarar el famoso tema de los “errores formales”, colaboraría en lo que fuere necesario para que puedan brindar su testimonio ante el Tribunal”<sup>135</sup>. La Demandada confirmó este compromiso durante la conferencia telefónica<sup>136</sup>.

#### **IV. ANÁLISIS**

##### **A. Estándares Aplicables**

###### **1. Marco legal**

105. Las normas relevantes se encuentran en el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las que generalmente se entiende que otorgan amplia discreción al Tribunal Arbitral en materia de medidas provisionales.

106. El Artículo 47 del Convenio del CIADI 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.

107. La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (vigentes al 1 de enero del 2003) establece en sus partes pertinentes lo siguiente:

- (1) En cualquier etapa del 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.

---

<sup>133</sup> Transcripción, pág. 81, líneas 16-22; pág. 82, líneas 1-11.

<sup>134</sup> Transcripción, pág. 86, líneas 10-22; pág. 87, líneas 1-14; pág. 92, líneas 12-22.

<sup>135</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 35.

<sup>136</sup> Transcripción, pág. 89, líneas 13-16; pág. 90, líneas 2-22; pág. 91, líneas 1, 18-22.

- (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.

[...]

## **2. Jurisdicción *prima facie***

108. Ambas Partes reconocen que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de ordenar medidas provisionales antes de tomar una decisión respecto de su jurisdicción. Sin embargo, el Tribunal no ejercerá tal facultad a menos de que haya fundamentos para sostener, *prima facie*, que posee jurisdicción.
109. El Tribunal considera que tiene jurisdicción *prima facie* para dictar la presente resolución. La Solicitud de Medidas Provisionales fue presentada por los Demandantes en este arbitraje. Los Demandantes dicen ser nacionales de Chile, y Chile es uno de los signatarios del Convenio del CIADI. A la fecha en la que se presentó la Solicitud de Arbitraje de los Demandantes, así como a la fecha en que la Solicitud de Arbitraje fue registrada por la Secretaría del CIADI, Bolivia todavía era parte signataria del Convenio del CIADI. Por lo tanto, *prima facie* el Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae*.
110. Los Demandantes alegan que las controversias sometidas a este Tribunal surgen de incumplimientos por parte de Bolivia de sus obligaciones en relación con las inversiones de los Demandantes en Bolivia bajo el TBI entre Chile y Bolivia. A la fecha, Bolivia no ha impugnado este alegato. Por lo tanto, *prima facie* el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae*.
111. Los Demandantes alegan además que la controversia surgió en junio de 2004, mucho después de la entrada en vigencia del TBI en 1999. Bolivia no ha impugnado esta acusación. Por lo tanto, *prima facie* el Tribunal también tiene jurisdicción *ratione temporis*.
112. Finalmente, al ratificar el TBI entre Bolivia y Chile, Bolivia prestó su consentimiento por escrito a la jurisdicción del Centro sobre controversias tales como la que en este caso

presentan los Demandantes. Los Demandantes prestaron su consentimiento por escrito a la jurisdicción del Centro al presentar su Solicitud de Arbitraje. Por lo tanto, *prima facie* el Tribunal tiene jurisdicción *ratione voluntatis*, en razón del consentimiento prestado por ambas Partes.

### **3. Requisitos de las medidas provisionales**

113. 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 (Sección B, *infra*), y las medidas son urgentes (Sección C, *infra*) y necesarias (Sección D, *infra*). Este último requisito implica una evaluación del riesgo de daño que se pretende evitar a través de las medidas. Por el contrario, las Partes están en desacuerdo en relación con el tipo y existencia de los derechos que se pretende salvaguardar. Las Partes también están en desacuerdo respecto de si las medidas son urgentes y/o necesarias. El Tribunal procederá a examinar ahora los diferentes requisitos de las medidas provisionales que se acaban de enumerar y las posiciones divergentes de las Partes al respecto.

#### **B. Existencia de Derechos que Requieren Preservación**

114. Los Demandantes alegan que los siguientes tres derechos deben ser protegidos a través de medidas provisionales: (i) el derecho a la preservación del *status quo* y a que no se agrave la controversia; (ii) el derecho a la integridad procesal del arbitraje; y (iii) el derecho a la exclusividad del proceso arbitral ante el CIADI de acuerdo con el Artículo 26 del Convenio del CIADI.

115. Como un asunto preliminar, el Tribunal tratará primero el argumento de Bolivia de que los derechos que pueden ser protegidos por medidas provisionales sólo pueden ser derechos “en controversia” y, en particular, si bajo las circunstancias de este caso los derechos invocados por los Demandantes pueden ser objeto de protección mediante medidas provisionales (Sección 1, *infra*). El Tribunal pasará luego a tratar el derecho de exclusividad del proceso arbitral ante el CIADI (Sección 2, *infra*); luego el derecho a que se mantenga el *status quo* y a que no se agrave la controversia (Sección 3, *infra*); y finalmente el derecho a la integridad procesal del proceso arbitral (Sección 4, *infra*).

#### **1. Derechos que se pueden salvaguardar a través de medidas provisionales**

116. Bolivia afirma que las medidas provisionales no pueden otorgarse en este caso debido a que el proceso penal no afecta ninguno de los derechos de los Demandantes “en

controversia”, entendidos como los derechos que constituyen la materia u objeto de este arbitraje CIADI. Por el contrario, los Demandantes alegan que no es necesario que exista identidad entre el objeto de las medidas coactivas que se busca evitar y los derechos en controversia.

117. El Tribunal coincide con la opinión de los Demandantes. En opinión del Tribunal, los derechos a ser preservados mediante medidas provisionales no se limitan a aquéllos que se encuentran en controversia, sino que pueden extenderse a derechos procesales, incluyendo el derecho general a preservar el *status quo* y a que no se agrave la controversia. Tal como lo determinó el Tribunal en *Burlington c. Ecuador*, estos últimos son derechos autónomos<sup>137</sup>. El Tribunal en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania* llegó a una conclusión similar<sup>138</sup>.
118. En opinión del Tribunal, el criterio aplicable es que el derecho a ser preservado esté relacionado con el objeto de controversia. Éste fue el principio aplicado por el Tribunal en el caso *Plama c. Bulgaria*:

Los derechos que se intenta salvaguardar deben estar relacionados con la posibilidad de que se considere y se emita con justicia una decisión acerca de los reclamos y la reparación buscada por la parte que solicita las medidas, y de que cualquier laudo arbitral que se emita en su favor sea efectivo y se pueda ejecutar. Por lo tanto, los derechos a ser salvaguardados a través de medidas provisionales están circunscritos a los reclamos y pedidos de reparación efectuados por la parte que solicita las medidas. Puede tratarse de derechos generales, tales como el derecho al debido proceso o el derecho a que no se agrave la controversia, pero dichos derechos generales deben estar relacionados con el objeto de la controversia presentada a arbitraje, los que, a su vez, están definidos por los reclamos y pretensiones de los Demandantes a la fecha<sup>139</sup>.

119. Resulta evidente del expediente que el proceso penal está relacionado con, e incluso puede haber estado motivado por, el arbitraje ante el CIADI. La mayor parte de los documentos del proceso penal hacen referencia expresamente al arbitraje ante CIADI. Para citar un ejemplo, cuando David Moscoso efectuó su supuesta confesión,

---

<sup>137</sup> *Burlington c. Ecuador*, párr. 60.

<sup>138</sup> Ver *Biwater Gauff c. Tanzania*, Orden Procesal No. 1, 31 de marzo de 2006, párr. 71 (“El tipo de derechos susceptibles de protección a través de medidas provisionales no son sólo los derechos sustantivos sino también los derechos procesales”).

<sup>139</sup> *Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria*, Caso CIADI Case No. ARB/03/24 (“*Plama c. Bulgaria*”), Orden del 6 de septiembre 2005, párr. 40. (Original en inglés).

expresamente indicó que dicha confesión se prestaba "dentro de la Solicitud de Arbitraje iniciado por [Quiborax]"<sup>140</sup>.

120. A pesar de que el objeto del proceso penal es la persecución de delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, estafa, destrucción de cosas propias para defraudar e incumplimiento de deberes, la acusación fáctica subyacente es que el acta de fecha 13 de septiembre de 2001 de NMM se falsificó para probar la afirmación de los Demandantes de que eran accionistas de NMM al momento en que se originó la controversia presentada ante este Tribunal, lo que les habría permitido acceder al arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI entre Chile y Bolivia<sup>141</sup>. Se ha reconocido expresamente que dicho acceso al arbitraje ante el CIADI constituye el perjuicio causado a Bolivia que se requiere como uno de los elementos constitutivos del tipo penal de los delitos imputados<sup>142</sup>. Por lo tanto, el proceso penal está relacionado con este arbitraje debido a que tanto el presunto ilícito como el presunto perjuicio se encuentran estrechamente vinculados con la calidad de inversionistas de los Demandantes en el arbitraje ante el CIADI.
121. Además, aunque el Tribunal tiene absoluto respeto por el derecho soberano de Bolivia de iniciar acciones penales por delitos cometidos dentro de su territorio, las pruebas presentadas sugieren que el proceso penal se inició como consecuencia de una inspección dirigida a los Demandantes *debido a que* habían iniciado este arbitraje. En efecto, la Querella Criminal manifiesta expresamente que las presuntas irregularidades en los documentos societarios de los Demandantes se detectaron "en atención a" la Solicitud de Arbitraje presentada por los Demandantes contra Bolivia<sup>143</sup>. Lorena Fernández, una de las autoras del Informe 001/2005, declaró que la inspección se

---

<sup>140</sup> Declaración Jurada de David Moscoso (Anexo CPM-21).

<sup>141</sup> Ver, p. ej. Solicitud de Procedimiento Abreviado (Anexo CPM-19), pág. 5 ("Por los argumentos expuestos, la prueba existente el Sr. David Moscoso, reconoce de forma libre y espontánea la falsedad introducida en el acta del 13 de septiembre del 2001 cuya única finalidad era hacer partícipe de la constitución de la empresa N.M.M. a la empresa chilena QUIBORAX y su utilización para acogerse al tratado bilateral Bolivia-Chile y de este modo demandar al estado boliviano y provocarle un perjuicio").

<sup>142</sup> Ver Querella Criminal (Anexo CPM-9) págs. 1209-1210; Imputación Formal (Anexo CPM-11), pág. 4-5; Solicitud de Procedimiento Abreviado (Anexo CPM-19), pág. 5; Resolución No. 313/2009 (Anexo CPM-20), pág. 3; Denuncia por delitos cometidos por autoridad competente (Anexo CPM-23), pág. 2.

<sup>143</sup> Ver Querella Criminal (Anexo CPM-9), pág. 2019 ("En atención a la solicitud de arbitraje presentada por la empresa Química e Industrial del Bórax Ltda., Non Metallic Minerals S.A y el Sr. Allan Isaac Fosk Kaplún, en contra del Estado Boliviano, se habría detectado una serie de irregularidades porque habría fraguado documentación a efectos de inducir en error a la Superintendencia de Empresas, en ocasión de las fiscalizaciones realizadas a la misma por la documentación incompleta que fue proporcionada a este ente fiscalizador, a que certifique que la empresa Non Metallic Minerals cuenta con capital extranjero para poder acogerse al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito con la Republica de Chile y así no acudir a la vía jurisdiccional boliviana").

realizó a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores en el marco de un proceso arbitral y que tenía por objeto determinar si los accionistas de NMM eran nacionales de Chile<sup>144</sup>. En efecto, el contexto mismo del Informe 001/2005 sugiere que el motivo subyacente de la fiscalización fue ser de utilidad a Bolivia en la defensa de este arbitraje, ya que dicho informe contenía recomendaciones específicas en tal sentido<sup>145</sup>.

122. El Tribunal no puede dejar de observar que estas medidas se tomaron luego de que un comité interministerial hubiera recomendado específicamente en el Memo de 2004 que Bolivia debía intentar encontrar vicios en las concesiones mineras de los Demandantes como estrategia de defensa en el arbitraje ante el CIADI<sup>146</sup>. Analizados en forma conjunta con el Memo de 2004, la inspección y el proceso penal parecen ser parte de una estrategia de defensa adoptada por Bolivia en relación con el arbitraje ante el CIADI.
123. No está claro para el Tribunal si dicha estrategia de defensa puede considerarse un acoso, tal como alegan los Demandantes. Bolivia tiene la facultad soberana de iniciar acciones penales por conductas delictivas dentro de su territorio, si posee los elementos justificativos suficientes. Bolivia también tiene la facultad de investigar si los Demandantes han invertido en Bolivia de conformidad con las leyes bolivianas y presentar pruebas al respecto. Pero dichas facultades deben ejercerse de buena fe y respetando los derechos de los Demandantes, incluido su derecho *prima facie* de iniciar este arbitraje.
124. Lo que sí está claro para el Tribunal es que hay una relación directa entre el proceso penal y este arbitraje ante el CIADI que puede ameritar la preservación de los derechos de los Demandantes en el arbitraje. El Tribunal pasará ahora a analizar específicamente si alguno o todos los derechos invocados por los Demandantes ameritan dicha protección bajo las circunstancias del caso.

## **2. Derecho a exclusividad del arbitraje ante el CIADI conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI**

125. Los Demandantes sostienen que las medidas provisionales son necesarias para preservar la exclusividad de los procesos ante el CIADI conforme al Artículo 26 del Convenio del CIADI, que dispone en sus partes pertinentes:

---

<sup>144</sup> Ver Declaración de Lorena Fernández (Anexo CPM-37), págs. 2, 4.

<sup>145</sup> Ver Informe 001/2005 (Anexo CPM-14), págs. 6-7.

<sup>146</sup> Ver 2004 Memo (Anexo CPM-5).

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso.

126. Los Demandantes sostienen que el proceso penal tiene por objetivo destruir su calidad de inversionistas conforme al TBI entre Bolivia y Chile, y que por lo tanto éste debe ser considerado como "otro recurso" a los efectos del Artículo 26 del Convenio del CIADI. Bolivia rechaza este argumento señalando que el objeto del arbitraje ante el CIADI (determinar si Bolivia incumplió con sus obligaciones en virtud del TBI y si los Demandantes tienen derecho a la reparación que solicitan) es distinto al objeto del proceso penal (investigar y sancionar delitos conforme las leyes bolivianas).
127. El Tribunal no tiene duda alguna que el derecho a la exclusividad de los procesos ante el CIADI es susceptible de protección a través de medidas provisionales. Tal como lo expresó el tribunal en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*:

Entre los derechos que pueden protegerse con medidas provisionales se encuentra el derecho garantizado por el Artículo 26 a que el arbitraje CIADI sea el único recurso para resolver la controversia, con exclusión de cualquier otro remedio, ya sea nacional o internacional, judicial o administrativo<sup>147</sup>.

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 del CIADI esté en peligro. Bajo el Artículo 25 del Convenio del CIADI, el Centro tiene jurisdicción para resolver controversias sobre inversiones. 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. Los procesos penales versan sobre responsabilidad penal y no sobre controversias relacionadas con inversiones, y por definición caen fuera del alcance de la jurisdicción del Centro y de la competencia de este Tribunal. Ni el Convenio del

---

<sup>147</sup> *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Orden No. 3 del 18 de enero de 2005, párr. 7, se omitió la cita. (Original en inglés).

CIADI ni el TBI contienen normas que prohíban a un Estado ejercer la jurisdicción penal, ni eximen a presuntos delincuentes de ser procesados por tener la calidad de inversionistas.

130. Por lo tanto, el Tribunal considera que el proceso penal iniciado por la Demandada no pone en peligro la exclusividad del proceso ante el CIADI. Aún si del proceso penal llegasen a surgir pruebas que luego sean utilizadas por la Demandada en este arbitraje, eso no pondría en riesgo la jurisdicción del Tribunal para resolver los reclamos de los Demandantes, si tal jurisdicción se determina en la instancia procesal correspondiente.
131. Al respecto, el Tribunal ha observado que la práctica de los tribunales del CIADI ha sido considerar que otros procesos son paralelos a los efectos del Artículo 26 del Convenio del CIADI cuando tales procesos versan sobre el mismo objeto tratado en la controversia llevada ante el CIADI. Éste fue el criterio adoptado por el tribunal en el caso *Perenco c. Ecuador*<sup>148</sup>, por ejemplo.

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

132. Los Demandantes alegan que el proceso penal agrava la controversia debido a que ejerce una presión intolerable para que se desistan de su demanda, y de esta manera tiene como finalidad evitar que se resuelva la controversia. Los Demandantes también alegan que el proceso penal ha modificado el *status quo* de la controversia, ya que ellos se han convertido en demandados en Bolivia, y que ha generado graves obstáculos para la presentación de su demanda. La Demandada objeta que no existe un derecho autónomo a preservar el *status quo* o a que no se agrave la controversia y que, en todo caso, no se agrava la controversia ni es necesario preservar el *status quo* porque el proceso penal no afecta los derechos en controversia.
133. Como ya se mencionó, el Tribunal estima que a pesar de que el proceso penal no versa sobre el mismo objeto que el proceso ante el CIADI, está lo suficientemente relacionado como para ameritar la protección de los derechos de los Demandantes a que no se agrave la controversia y a que se mantenga el *status quo*, los que el Tribunal considera que son derechos autónomos.

---

<sup>148</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI No. ARB/08/6) ("*Perenco c. Ecuador*"), Decisión sobre Medidas Provisionales, 8 de mayo 2009, párr. 61.



134. La existencia del derecho a que se mantenga el *status quo* y a que no se agrave la controversia ha quedado firmemente establecida desde el caso *Electricity Company of Sofia y Bulgaria*<sup>149</sup>. En el mismo sentido, los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI se refirieron a la necesidad de “*mantener el status quo entre las partes mientras esté pendiente la decisión final sobre el fondo del asunto*”, y el comentario a la edición de 1968 de las Reglas de Arbitraje del CIADI se explicaba que el Artículo 47 del Convenio “*se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo*”<sup>150</sup>.
135. En la jurisprudencia del CIADI, este principio fue asentado por primera vez en *Holiday Inns c. Marruecos*<sup>151</sup> y luego reiterado en *Amco c. Indonesia*. En este último caso, el tribunal reconoció “*la norma práctica, acertada y justa, según la cual ambas partes de una controversia de naturaleza jurídica deben abstenerse, en su propio beneficio, de realizar actos que puedan agravar o exacerbar dicha controversia, y dificultar así su solución*”<sup>152</sup>.
136. El principio fue ratificado en *Plama c. Bulgaria*<sup>153</sup> (aunque con alcance un tanto más limitado), en *Occidental c. Ecuador*<sup>154</sup>, *City Oriente c. Ecuador*<sup>155</sup> y en *Burlington c. Ecuador*<sup>156</sup>.
137. Habiendo determinado la existencia de estos derechos, la pregunta que surge es si el proceso penal de hecho agrava la controversia o ha modificado el *status quo*.
138. El Tribunal concuerda con los Demandantes en que el proceso penal exacerba el clima hostil en el que se desarrolla la controversia. Sin embargo, también observa que los Demandantes ya no realizan actividades ni tienen presencia en Bolivia. Sus concesiones mineras han sido revocadas, y por lo tanto no hay un proyecto de

---

<sup>149</sup> *Electricity Company of Sofia y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, Sentencia del 5 de diciembre de 1939, serie PCIJ A/B, No. 79, pág.199. Ver también el caso *LaGrand case (Alemania c. Estados Unidos)*, Sentencia del 27 de junio de 2001, párr. 103, Informes de la CIJ 2001, pág. 466.

<sup>150</sup> 1 ICSID Reports, pág. 99.

<sup>151</sup> *Holiday Inns S.A. y otros c. Kingdom of Morocco* (Caso del CIADI No. ARB/72/1), Orden del 2 de Julio de 1972, no pública pero comentada en Pierre Lalive, “*The First ‘World Bank’ Arbitraje (Holiday Inns c. Morocco) – Algunos problemas legales*”, BYIL, 1980.

<sup>152</sup> *Amco Asia c. Indonesia*, Decisión sobre Medidas Provisionales, 9 de diciembre de 1983, ICSID Reports, 1993, pág. 412.

<sup>153</sup> *Plama c. Bulgaria*, Orden del 6 de septiembre de 2005, párr. 40.

<sup>154</sup> *Occidental c. Ecuador*, Decisión sobre de Medidas Provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 96.

<sup>155</sup> *City Oriente c. Ecuador*, Decisión acerca de medidas provisionales del 19 de noviembre de 2007, párr. 55.

<sup>156</sup> *Burlington c. Ecuador*, Orden Procesal No. 1 del 29 de junio de 2009, párrs. 61-68.

inversión vigente que proteger. El co-Demandante Allan Fosk – el único Demandante implicado en el proceso penal – no ha sido imputado formalmente y no vive en Bolivia. Por lo tanto, el Tribunal no concuerda con los Demandantes en cuanto a que el proceso penal sea una medida que ejerce una "presión intolerable" sobre los Demandantes para que se desistan de su demanda. 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.

#### **4. Derecho a la integridad procesal del proceso arbitral**

139. Los Demandantes alegan que el proceso penal perjudica su derecho a la integridad procesal del proceso arbitral, en particular respecto a la disponibilidad y la integridad de las pruebas. Específicamente, los Demandantes alegan que, a través del proceso penal, la Demandada ha obstruido su acceso a pruebas indispensables, secuestrando sus registros societarios y enemistando a posibles testigos; que la Demandada ha fabricado pruebas *ex post facto* al forzar confesiones falsas de un posible testigo, evitando de esta manera que el testigo esté disponible para declarar, e intenta hacer lo mismo con otros posibles testigos; y que la Demandada intenta destruir el valor probatorio de determinados documentos, tales como el Informe 001/2005.
140. La Demandada niega que el proceso penal ponga en peligro la integridad procesal del proceso arbitral, en especial respecto a la presentación de la prueba. Si las alegaciones de los Demandantes se refieren a la prueba que presentarán los Demandantes, la Demandada afirma que los Demandantes ya han presentado prueba suficiente, y que la Demandada de ninguna manera ha limitado la disponibilidad de la prueba documental o de posibles testigos. Por el contrario, la Demandada alega que el otorgamiento de medidas provisionales le quitaría la posibilidad de presentar su propio caso, ya que del proceso penal podrían surgir pruebas que podrían ser presentadas ante este Tribunal. La Demandada también rechaza la acusación de los Demandantes en cuanto a que el proceso penal fue iniciado artificialmente por Bolivia para destruir o distorsionar el valor probatorio de determinados documentos que son de relevancia para probar su condición de inversionistas.
141. El Tribunal no tiene duda alguna de que tiene la facultad para otorgar medidas provisionales para preservar la integridad procesal del proceso ante el CIADI, en particular el acceso a la prueba y la integridad de ésta. Dichas medidas fueron

concedidas en los casos *Biwater Gauff c. Tanzania*<sup>157</sup> y *Agip c. Congo*<sup>158</sup> en relación con pruebas documentales.

142. El Tribunal considera que el proceso penal sí podría estar obstaculizando el derecho de los Demandantes presentar su caso, en especial en relación con su acceso a pruebas documentales y a testigos. Los Demandantes han sido privados de sus registros societarios y, aún cuando de acuerdo al expediente pareciera que éstos han tenido acceso a copias de ciertos documentos, no queda claro si todavía les falta documentación relevante que pueda asistirlos en la presentación de su caso, ya sea en relación con la jurisdicción o el fondo.
143. Al Tribunal también le preocupan los efectos que podría tener el proceso penal sobre los posibles testigos. Según consta en el expediente, la Demandada ha presentado cargos formales contra varias de las personas involucradas en las operaciones de los Demandantes en Bolivia, entre ellas su socio comercial, su anterior abogado, los autores del Informe 001/2005, y la jueza que se negó a ordenar la prisión preventiva del Sr. Moscoso. Es verdad que los Demandantes ya han presentado pruebas junto con su Memorial y que estas personas no han sido nombradas como testigos. Sin embargo, los Demandantes aún no han contestado ninguna posible objeción sobre jurisdicción ni han presentado una Réplica al Memorial de Contestación sobre el fondo, si es que corresponde. Si se opusieran tales objeciones, el expediente en su estado actual parecería indicar que estas personas sí podrían conocer hechos relevantes y podrían ser llamados a testificar.
144. La Demandada niega haber ejercido presión indebida alguna sobre estas personas de manera que pudiera impedir su participación como testigos en este arbitraje. Sin embargo, al menos uno de ellos – David Moscoso – se encuentra, como consecuencia del proceso penal, legalmente impedido de declarar a favor de los Demandantes en el proceso ante el CIADI debido a que no puede dar testimonio contrario a su propia confesión.
145. Adicionalmente, la manera en que se desarrolló el proceso penal contra David Moscoso sugiere que la Demandada sí podría estar intimidando a posibles testigos. Según consta en el expediente, David Moscoso primero negó haber participado en el

---

<sup>157</sup> *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrs. 84-98.

<sup>158</sup> *Agip SpA c. República del Congo*, Caso del CIADI No. ARB/77/1, Decisión, 18 de enero de 1979, informado en el Laudo del 30 de noviembre de 1979, 1 Informes del CIADI, pág. 310.

hecho ilícito que se le imputaba y confesó sólo luego de haberse fijado una fianza de USD 300.000 por su libertad. Dicha fianza había sido denegada en un principio por la jueza competente, y ésta sólo fue fijada luego de que la jueza fuera denunciada por prevaricato por haber omitido considerar la importancia que representaba el caso para el Estado de Bolivia. El Tribunal considera preocupante el hecho de que a pesar de que las autoridades bolivianas en principio insistieron en la detención preventiva del Sr. Moscoso, una vez que confesó inmediatamente le fue concedido el perdón judicial, lo que parece indicar que la privación de su libertad se impuso como medida intimidatoria y porque la naturaleza o las circunstancias del delito ameritasen la detención del Sr. Moscoso.

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. Dado que la existencia de este arbitraje CIADI ha sido caracterizado dentro del proceso penal como un perjuicio para Bolivia, es poco probable que las personas acusadas se sientan libres de participar como testigos en este arbitraje.
147. El Tribunal no ha sido persuadido por el argumento de la Demandada de que si se conceden las medidas provisionales, ello afectaría la posibilidad de la Demandada de defenderse en este arbitraje CIADI. De manera algo paradójica, la misma Demandada ha alegado que el proceso penal no tiene por objeto determinar la jurisdicción de este Tribunal. De cualquier manera, el hecho de si los Demandantes han realizado inversiones en Bolivia que se encuentren protegidas por el TBI Chile-Bolivia no será probado o negado mediante procesos penales, sino que por pruebas relacionadas con la propiedad y la forma en que se realizaron las inversiones, entre otros. Aún si del proceso penal pudieran surgir pruebas respecto de hechos relacionados con la competencia de este Tribunal, el Tribunal no estaría obligado por dichas pruebas.
148. Por lo tanto, el Tribunal considera que los Demandantes han demostrado la existencia de una amenaza a la integridad procesal del proceso ante el CIADI, en especial respecto a su derecho a acceso a la prueba que podría ser aportada por posibles testigos. En palabras del tribunal en el caso *Plama*, el Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso, los derechos invocados por los Demandantes y analizados en esta sección están vinculados con "la posibilidad [de los Demandantes]

de que el tribunal arbitral considere [sus] reclamos y pretensiones y tome una decisión al respecto”<sup>159</sup>.

### C. Urgencia

149. Las Partes convienen en que hay urgencia cuando existe la necesidad de salvaguardar derechos que están en inminente peligro de un daño irreparable, antes de que se emita una decisión sobre el fondo. Difieren, en cambio, acerca de si los hechos del presente caso cumplen con el requisito de urgencia.

150. El Tribunal concuerda con los Demandantes en que el criterio de urgencia se cumple cuando “una cuestión no puede esperar al resultado del laudo sobre el fondo del asunto”<sup>160</sup>. Ello está en consonancia con la práctica de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”).<sup>161</sup> En el caso *Biwater Gauff c. Tanzania* también se ha dio la misma definición:

A juicio del Tribunal Arbitral, el grado de “urgencia” que se requiere depende de las circunstancias, incluyendo las medidas provisionales solicitadas, y puede alcanzarse cuando una parte puede probar que es necesario obtener las medidas solicitadas en una determinada instancia del procedimiento antes de que se dicte el laudo.<sup>162</sup>

151. Los Demandantes sostienen que el requisito de urgencia se cumple en este caso. En particular, los Demandantes afirman que, debido a que las medidas tienen por objeto impedir que se agrave la controversia y salvaguardar la jurisdicción del Tribunal y la integridad del arbitraje, son urgentes por definición.

152. Por el contrario, la Demandada alega que no existe una amenaza inminente a ninguno de los derechos de los Demandantes, debido a que el supuesto daño a dichos derechos es una mera especulación.

---

<sup>159</sup> *Plama c. Bulgaria*, Orden, 6 de septiembre de 2005, párr. 40. (Original en inglés).

<sup>160</sup> Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pág. 751, párr. 14. (Original en inglés).

<sup>161</sup> En las palabras de la CIJ, “la facultad del Tribunal de ordenar medidas provisionales sólo se ejercerá si existiera una urgencia en el sentido de riesgo real de que se puedan tomar medidas perjudiciales para los derechos de cualquiera de las partes antes de que el Tribunal emita su decisión final (ver, por ejemplo, *Passage through the Great Belt (Finlandia c. Dinamarca)*, Medidas Provisionales, Orden del 29 de julio de 1991, Informes de la CIJ 1991, pág. 17, párr. 23; *Caso sobre Ciertos Procesos Penales Iniciados en Francia (Congo c. Francia)*, Medidas Provisionales, Orden del 17 de junio de 2003, Informes de la CIJ 2003, pág. 107, párr. 22; *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Objeciones Preliminares, Orden del 23 de enero de 2007, pág. 11, párr. 32), y si el Tribunal tiene que considerar si existe urgencia en los procedimientos actuales”, *Caso acerca de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial (Georgia c. Rusia)*, Orden del 15 de octubre de 2008, párr. 129.

<sup>162</sup> *Biwater Gauff c. Tanzania*, Orden Procesal No. 1 del 31 de marzo de 2006, párr. 76. (Original en inglés).

153. El Tribunal concuerda con los Demandantes en cuanto a que si las medidas tienen por objeto proteger la integridad procesal del arbitraje, en especial respecto del acceso a las pruebas o su integridad, son urgentes por definición. En efecto, la pregunta de si una Parte tiene la oportunidad de presentar su caso o puede apoyarse en la integridad de pruebas determinadas es una cuestión esencial para (y por tanto no puede esperar a) la emisión del laudo sobre el fondo.

#### **D. Necesidad**

154. El Tribunal ha determinado que el proceso penal pone en peligro la integridad procesal del proceso ante el CIADI, y que las medidas provisionales son urgentes. A continuación el Tribunal pasará a analizar si medidas provisionales tales como las solicitadas por los Demandantes son necesarias.

155. Las Partes están de acuerdo en que las medidas provisionales deben ser necesarias o, en otras palabras, que deben ser requeridas para evitar que el solicitante sufra un daño o perjuicio. Sin embargo, las Partes difieren en la calificación del daño, si es irreparable o serio, y también acerca de si el proceso penal causa un daño a los derechos de los Demandantes que deba ser prevenido mediante el otorgamiento de medidas provisionales.

156. El Tribunal considera que un daño irreparable es un daño que no es resarcible mediante una indemnización. Este principio ha sido adoptado por varios tribunales del CIADI y se encuentra plasmado en el Artículo 17A de la Ley Modelo CNUDMI<sup>163</sup>. Dicho artículo dispone que el solicitante de las medida deberá convencer al tribunal arbitral de que:

De no otorgarse 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.

157. En línea con este principio, los Demandantes afirman que las medidas provisionales solicitadas son necesarias porque el daño causado no podría ser resarcido adecuadamente mediante una indemnización. El Tribunal concuerda con los Demandantes en este punto: cualquier daño que atente contra la integridad de los

---

<sup>163</sup> Ver *City Oriente c. Ecuador*, Decisión sobre Revocación de Medidas Provisionales, 13 de mayo de 2008, párr. 72, nota 21; *Sergei Paushok c. Mongolia*, Orden sobre Medidas Provisionales del 2 de septiembre de 2008, párrs. 68-69; *Burlington c. Ecuador*, Orden Procesal No. 1 del 29 de junio de 2009, párrs. 81-82.

procesos ante el CIADI, en especial en relación con el acceso a pruebas o la integridad de la prueba presentada, no podría ser resarcido mediante una indemnización.

158. Sin embargo, los Demandantes han señalado en forma precisa que el requisito de necesidad exige que el Tribunal considere la proporcionalidad de las medidas provisionales solicitadas. El Tribunal debe por tanto equilibrar el daño causado a los Demandantes por el proceso penal y el daño que sufriría la Demandada si se suspendiera o concluyera el proceso penal.
159. La Demandada sostiene que su soberanía se vería perjudicada si el Tribunal concede las medidas provisionales solicitadas por los Demandantes, debido a que ello interferiría con su derecho a procesar delitos cometidos dentro de su territorio. La Demandada también alega que del proceso penal podrían surgir pruebas que se podrían presentar en el proceso ante el CIADI, y que conceder las medidas solicitadas por los Demandantes implicaría que dichas pruebas jamás llegarían a manos del Tribunal, lo que afectaría el derecho de la Demandada a presentar su caso.
160. Adicionalmente, la Demandada se ha comprometido a colaborar para que los Demandantes puedan tener acceso a prueba documental y a testigos. En especial, se comprometió a:
  - (a) “obtener de la Fiscalía copias certificadas de los documentos que los Demandantes indiquen, si tuvieren alguna dificultad para hacerlo”<sup>164</sup>;
  - (b) “[colaborar] en lo que fuere necesario para que [los acusados en el proceso penal] puedan brindar su testimonio ante el Tribunal”<sup>165</sup>.
161. Según los Demandantes, esto no es suficiente. Los Demandantes insisten en que necesitan todos los documentos originales secuestrados por Bolivia, y que han tenido serios problemas para acceder a los documentos del proceso penal, y por lo tanto la afirmación de la Demandada de que los documentos están disponibles es una promesa vacía de contenido<sup>166</sup>.
162. En relación con los testigos, los Demandantes alegan que los compromisos de la Demandada son insuficientes ya que no está en su poder darles acceso a los testigos.

---

<sup>164</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 33; *ver también* Transcripción, pág. 81, líneas 16-22; pág. 82, líneas 1-11.

<sup>165</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 35; *ver también* Transcripción, pág. 86, líneas 10-22; pág. 87, líneas 1-14; pág. 92, líneas 12-22.

<sup>166</sup> Transcripción, pág. 86-88.

Los Demandantes afirman que las personas involucradas en el proceso penal no pueden o no desean comparecer como testigos en este arbitraje, ya sea porque tienen una prohibición legal de hacer declaraciones que contradigan su testimonio anterior en el proceso penal (como en el caso de David Moscoso), o porque temen que si participan en el arbitraje harán que su situación en el proceso penal empeore. En consecuencia, los Demandantes alegan que la única forma para lograr que estas personas estén disponibles sería frenar el proceso penal, de manera tal que estas personas puedan rendir testimonio en forma libre y sin miedo<sup>167</sup>.

163. El Tribunal toma nota de los compromisos asumidos por la Demandada, tal como se describe en el párrafo 160 *supra*. Sin embargo, el Tribunal concuerda con los Demandantes en que, bajo las circunstancias particulares de este caso, el compromiso asumido respecto de los testigos es insuficiente. Independientemente de si el proceso penal tiene sustento legítimo o no (cuestión que el Tribunal no está en posición de determinar), la relación directa entre el proceso penal y este arbitraje CIADI está impidiendo que los Demandantes puedan acceder a testigos que podrían ser esenciales para su caso. Ningún compromiso de cooperación asumido por la Demandada puede garantizar que personas que están siendo procesadas por haber supuestamente causado un perjuicio a la Demandada al permitir que los Demandantes inicien este arbitraje vayan a estar dispuestas a participar como testigos en este mismo arbitraje. Dadas las circunstancias, el Tribunal considera que los Demandantes podrían tener mejores posibilidades de acceder a los testigos si se suspende el proceso penal hasta la finalización de este arbitraje o hasta que se reconsidere esta decisión.
164. El Tribunal ha analizado seriamente el argumento de la Demandada de que si se otorgan las medidas provisionales solicitadas por los Demandantes se vería afectada su soberanía. Al respecto, el Tribunal insiste en que no cuestiona el derecho soberano de un Estado a iniciar acciones penales. Tal como se mencionó en el párrafo 129, la protección internacional de la que gozan los inversionistas no exime a supuestos criminales de ser procesados por el solo hecho de ser inversionistas. Sin embargo, la situación que se presenta en este caso es excepcional. El Tribunal se ha convencido de que existe una relación muy estrecha entre el inicio de este arbitraje y el inicio del proceso penal en Bolivia. Le ha quedado claro al Tribunal que uno de los Demandantes está siendo procesado precisamente por haberse presentado como

---

<sup>167</sup> Transcripción, pág. 93-95.



inversionista con una demanda en contra de Bolivia en virtud del mecanismo CIADI/TBI. Asimismo, el Tribunal se ha convencido de que las otras personas nombradas en el proceso penal están siendo procesadas debido a su relación con este arbitraje (ya sea como socios o asesores de los Demandantes, o como autores de un informe ordenado por una agencia gubernamental). A pesar de que Bolivia puede tener motivos para sospechar que las personas procesadas podrían haber cometido algún delito, los hechos presentados ante el Tribunal sugieren que el motivo subyacente para iniciar el proceso penal fue su relación con este arbitraje, el que ha sido considerado expresamente ser el perjuicio causado a Bolivia que se requiere como uno de los elementos del tipo penal de los delitos perseguidos.

165. Adicionalmente, en opinión del Tribunal, el solo hecho de que se suspenda el proceso penal no afectaría la soberanía de la Demandada ni implicaría una conducta contraria a las leyes nacionales. El perito en procedimiento penal de la Demandada, Dra. Mary Elizabeth Carrasco Condarco, afirma que la fiscalía podrá solicitar al juez que ejerce el control jurisdiccional que prescinda de la persecución penal en ciertos casos, como por ejemplo cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social o cuando sea previsible el perdón judicial<sup>168</sup>. El hecho de que David Moscoso haya sido inmediatamente beneficiado con el perdón judicial, supuestamente debido a que no tenía antecedentes, sugiere que otras personas en una situación similar también podrían ser perdonadas, y que la Demandada no los considera una amenaza para la sociedad. De cualquier manera, el daño que podría sufrir Bolivia como resultado de la suspensión es proporcionalmente menor al daño causado a los Demandantes si el proceso penal siguiera su curso. Una vez finalizado este arbitraje, la Demandada podrá continuar el proceso penal, sujeto a la terminación o modificación de esta Decisión antes de la finalización de este arbitraje.

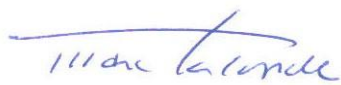
---

<sup>168</sup> La Dra. Carrasco Condarco afirma: “El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir, ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por ley. La fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente, no obstante, podrá solicitar al Juez que ejerce el control jurisdiccional que prescinda de la persecución penal, de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o alguno de los partícipes, sólo en los siguientes casos: 1.- Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídicamente protegido, 2.- Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse, 3.- Cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito, 4.- Cuando sea previsible el perdón judicial y 5.- Cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de otros delitos, o a la que se le impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada (artículo 21 del CPP [Código de Procedimiento Penal])”. Informe Pericial de Mary Elizabeth Carrasco Condarco, pág. 3.

## V. DECISIÓN

Por las razones expresadas, el Tribunal Arbitral emite la siguiente decisión:

1. La Demandada deberá tomar todas las medidas necesarias para suspender el proceso penal identificado como Caso No. 9394/08 iniciado contra Allan Fosk, David Moscoso, Fernando Rojas, María del Carmen Ballivián, Daniel Gottschalk, Dolly Teresa Paredes de Linares, Gilka Salas Orozco, María Mónica Lorena Fernández Salinas, Yury Alegorio Espinoza Zalles, Tatiana Giovanna Terán de Velasco y Ernesto Ossio Aramayo, y cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje, hasta que haya concluido este arbitraje o hasta que se reconsidere esta decisión, ya sea a instancia de alguna de las Partes o por iniciativa propia del Tribunal.
2. La Demandada deberá abstenerse de iniciar cualquier otro proceso penal directamente relacionado con este arbitraje o tomar cualquier otra acción que pueda poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje.
3. Se deniegan las demás medidas provisionales solicitadas por los Demandantes.
4. Se reserva la decisión sobre las costas para una decisión o laudo posterior.



---

Hon. Marc Lalonde

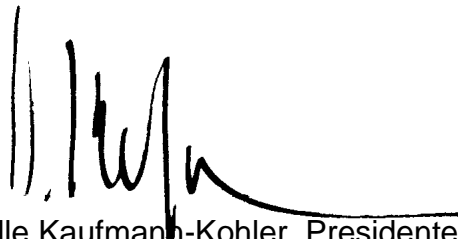
Fecha: 01.02.2010



---

Prof. Brigitte Stern

Fecha: 01. 02. 2010



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente

Fecha: 01.02.2010