

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

Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates

(Demandantes)

c.

República de Guatemala

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/18/43

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 8
Sobre la Divulgación del Acuerdo de Financiamiento por Terceros

Miembros del Tribunal

Sra. Jean Kalicki, Presidenta del Tribunal

Sr. John M. Townsend, Árbitro

Prof. Zachary Douglas QC, Árbitro

Secretarios del Tribunal

Sr. Francisco Grob

Sra. Daniela Argüello

Asistente del Tribunal

Dr. Joel Dahlquist

28 de septiembre de 2021

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En una carta de 16 de agosto de 2021, la República de Guatemala (“**Demandada**” o **Guatemala**”) solicitó al Tribunal que ordene a Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates (“**Demandantes**”) que: (i) revelen una copia del acuerdo de financiamiento por terceros que muestre la identidad exacta de terceros financistas en este procedimiento y si el acuerdo de financiamiento por terceros cubre los costos en caso de un laudo adverso; o (ii) en subsidio, que proporcionen pruebas de que tienen activos suficientes y de disponibilidad inmediata para cubrir un laudo adverso (la “**Solicitud**”).
2. En respuesta a la invitación del Tribunal, las Demandantes respondieron mediante carta de 23 de agosto de 2021, oponiéndose a la Solicitud de Guatemala (“**Respuesta de las Demandantes**”).
3. En un correo electrónico de 24 de agosto de 2021, Guatemala solicitó autorización para contestar a la Respuesta de las Demandantes; mediante correos electrónicos de esa misma fecha, las Demandantes se opusieron y Guatemala reiteró su solicitud de autorización para responder y para que las Demandantes informen al Tribunal si el Acuerdo de Financiamiento prevé el pago de una indemnización en favor de Guatemala.
4. Tras haber considerado las comunicaciones de las Partes, el 25 de agosto de 2021, el Tribunal: (i) aceptó la solicitud de Guatemala para contestar a la Respuesta de las Demandantes a más tardar el 31 de agosto de 2021; (ii) invitó a las Demandantes a presentar comentarios adicionales a más tardar el 7 de septiembre de 2021; e (iii) informó a las Partes que el Tribunal esperaba no recibir escritos adicionales relativos a esta cuestión.
5. Guatemala presentó su respuesta el 31 de agosto de 2021 (“**Respuesta de Guatemala**”), seguido por la réplica de las Demandantes de fecha 7 de septiembre de 2021 (“**Réplica de las Demandantes**”).

II. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición de Guatemala

6. Guatemala inicialmente solicitó al Tribunal que ordenará a las Demandantes a revelar una copia del acuerdo de financiamiento por terceros que confirme la identidad exacta del tercero financista en el presente procedimiento y los términos del acuerdo de financiamiento o que proporcionen pruebas de tener activos suficientes y de disponibilidad inmediata para cubrir un laudo adverso.

- i. Inquietudes relativas a la falta de pago de un laudo**
8. En primer lugar, Guatemala expresa preocupación de que las Demandantes no podrían pagar un laudo adverso ya que en su carta de 28 de enero de 2019 ellas revelaron que sus reclamaciones estaban “siendo financiadas por una filial de Burford Capital”² pero no suministraron una copia del acuerdo de financiamiento ni divulgaron el nombre de la entidad afiliada. Guatemala observa que la carta de las Demandantes no contenía indicación alguna de que el financista de terceros haya aceptado responsabilidad en caso de un laudo adverso y alega que la posición financiera de las Demandantes pone en duda si tendrían activos suficientes para cubrir dicho laudo.
9. Segundo, Guatemala alega que las Demandantes podrían negarse a pagar un laudo adverso sobre la base de que no están de acuerdo con la decisión. Según Guatemala un ejemplo de dicho comportamiento es el hecho de que “[a] pesar de admitir que continuaron explotando ilegalmente la mina después de la suspensión de la licencia, el Sr. Kappes se ha negado a que Exmingua pague la multa impuesta. En su declaración más reciente, cita que él y KCA no están dispuestos a pagar la multa porque cree que la decisión de suspender la licencia de minería fue ‘injustificada’”³.
10. Guatemala agrega que “la posición financiera de las Demandantes también supone un riesgo”. Según Guatemala, “KCA es una empresa relativamente pequeña, con activos en efectivo o equivalentes en efectivo para KCA y sus filiales que suman [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED] Por el contrario, Guatemala afirma que, “[s]i las Demandantes simplemente proporcionan las garantías que Guatemala está buscando, no habría necesidad de un debate más a fondo”⁶.
11. Por último, Guatemala discrepa de las Demandantes respecto de su afirmación de que Guatemala no ha demostrado que las Demandantes no podrían pagar un laudo adverso. Según Guatemala, esto no es necesario en esta etapa, ya que no está solicitando una garantía por costos y las “circunstancias aquí son lo suficientemente convincentes para requerir la

⁶ Respuesta de Guatemala, pág. 7.

divulgación de esta información básica”⁷. Guatemala añade que muchos acuerdos de financiamiento por terceros, especialmente aquellos que involucran a Burford Capital o sus afiliados, no cubren una eventual adjudicación adversa⁸. Citando, *Muhammet Çap c. Turkmenistán*, señala que este escenario puede conducir a la posibilidad real de un “golpe y sal corriendo” en un arbitraje”⁹.

ii. Inquietudes basadas en un contexto más amplio

12. Guatemala intenta ubicar su solicitud de divulgación en un contexto más amplio.
13. En primer lugar, sostiene que muchos Estados han estado luchando por obtener el pago de indemnizaciones otorgadas a su favor¹⁰, y que la propia Guatemala se enfrentó a esta cuestión en *IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala*¹¹. Guatemala señala que la demandante en *IC Power* estaba representada por White & Case, los mismos abogados que representan a las Demandantes en el presente caso y alega que esta similitud hace que el riesgo de impago sea palpable¹². De hecho, Guatemala señala que, el Tribunal en el caso *Muhammet Çap* “consideró que la falta de pago por otro demandante, utilizando el mismo abogado, por los gastos adeudados al mismo Estado, [era] pertinente para su determinación en ordenar la divulgación”¹³. Estos casos “proporcionan ejemplos reales de por qué los Estados se encuentran en una posición especialmente vulnerable en lo que respecta a las concesiones de costos adversos. La tasa de impago por parte de los inversores de laudos adversos es elevada, lo que justifica aún más la importancia de obtener estas garantías antes de que se emita un laudo”¹⁴. La Demandada agrega que en este caso también ha presentado una demanda reconvencional, que la expone a riesgos adicionales de falta de cobro más allá de los costos incurridos en la defensa de las reclamaciones presentadas por las Demandantes¹⁵.
14. Guatemala alega que los Estados se encuentran en una posición precaria, especialmente cuando está involucrado un tercero financista, en razón de “la dificultad para que el Estado demandado establezca la base fáctica de cualquier solicitud para garantizar los costos y la dificultad de la contraparte para que un tribunal arbitral asegure la ejecutabilidad de cualquier orden futura para los costos que un tribunal pueda otorgar contra un demandante sin recursos y cuyo tercero financista bien podría desaparecer en cualquier momento”¹⁶. Añade que

⁷ Respuesta de Guatemala, pág. 5.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* (en donde se cita el caso *Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Resolución Procesal No. 3 (12 de junio de 2015) (“*Muhammet Çap*”), ¶ 12.

¹⁰ Solicitud de Guatemala, pág. 2 (donde se cita el Memorandum del Ministro interino de Economía y Finanzas de la República de Panamá a la Secretaría General del CIADI, 12 de septiembre de 2016, pág. 3).

¹¹ Véase la Carta de Guatemala a la CPA en el caso *IC Power Asia Development Ltd. c. Guatemala*, Caso CPA No. 2019-43, 11 de febrero de 2021 (“*IC Power*”).

¹² Solicitud de Guatemala, pág. 2.

¹³ Respuesta de Guatemala, pág. 8 (donde se cita *Muhammet Çap*, ¶¶ 2, 11).

¹⁴ Respuesta de Guatemala, pág. 8.

¹⁵ Solicitud de Guatemala, pág. 2.

¹⁶ Respuesta de Guatemala, pág. 3.

“[d]ado que la financiación de terceros no está regulada y los terceros financistas no son partes en el arbitraje, existen pocos obstáculos para que los financistas puedan recoger todos los beneficios mientras evitan cualquier responsabilidad, lo cual crea una situación perfecta para un ‘golpe y sal corriendo’ en un arbitraje”¹⁷. Además, según Guatemala “[l]os países en desarrollo, como Guatemala, son particularmente vulnerables, considerando que la mayoría de las reclamaciones se presentan contra ellos a un costo significativo para sus ciudadanos”¹⁸.

15. Guatemala rechaza el argumento de las Demandantes según el cual un inversionista enfrenta riesgos similares para cobrar los laudos, señalando que los Estados (a diferencia de los inversionistas) no pueden declararse en quiebra, y el riesgo de quiebra de los inversionistas representa para los Estados una perspectiva aún más desafiante para recuperar los costos. Por lo tanto, “[e]n la ejecución de los laudos, debe ser indiscutible que los Estados y los inversionistas no están situados de forma similar, y cualquier afirmación de las Demandantes de intentar asimilar a ambos debe ser rechazada rotundamente”¹⁹.
16. Por último, Guatemala rechaza la afirmación de las Demandantes según la cual la conducta de Guatemala en el caso *TECO c. Guatemala* demuestra que son las Demandantes y no Guatemala quienes enfrentan un “riesgo sustancial” de falta de pago. Alega que (i) “las Demandantes sólo pueden señalar un laudo, que finalmente fue pagado por Guatemala”; (ii) en ese caso Guatemala simplemente se valió de los recursos procesales en el curso de la anulación y el litigio posterior, lo cual ha sido un ejercicio válido de los derechos del Estado; (iii) “los inversores, incluida la propia TECO, se han valido de estos mismos recursos para salvaguardar sus derechos”; y (iv) “[n]o hay indicación de que Guatemala haya incurrido en ningún abuso de proceso al ejercer esos derechos y no se ha citado ningún caso en el que Guatemala no haya cumplido sus obligaciones internacionales en lo que respecta al cumplimiento de laudos de arbitraje internacional”²⁰.

iii. Inquietudes basadas en la supuesta “frivolidad” de las reclamaciones de las Demandantes

17. Guatemala alega que existe una alta probabilidad de que se emita un laudo adverso contra las Demandantes en el presente caso. En su opinión, las Demandantes no han logrado demostrar que tienen una inversión protegida ya que, “hicieron la inversión sin la debida diligencia, sin obtener todos los permisos necesarios, y procedieron a hacer una inversión intencionalmente a ciegas del riesgo social ya presente”²¹. Además, las reclamaciones de las Demandantes son erróneas en lo que respecta al fondo, Guatemala señala que: “han procedido a presentar reclamaciones frívolas contra el Estado, incluida una reclamación del TJE basada en expectativas legítimas cuando el Tratado excluye claramente esas

¹⁷ Respuesta de Guatemala, pág. 4.

¹⁸ Respuesta de Guatemala, pág. 4.

¹⁹ Respuesta de Guatemala, pág. 9.

²⁰ Respuesta de Guatemala, pág. 9 (donde se debate el caso *TECO Guatemala Holdings c. La República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, disponible en <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/10/23>) (“*TECO*”).

²¹ Solicitud de Guatemala, pág. 2; véase también Respuesta de Guatemala, pág. 9.

reclamaciones y una reclamación de protección y seguridad plenas sin una pizca de evidencia creíble”²².

18. Guatemala rechaza la excepción de las Demandantes según la cual Guatemala está solicitando que el Tribunal tome una determinación preliminar inapropiada en cuanto al fondo del caso por ser infundada. En su opinión, los tribunales que analizan medidas provisionales examinan periódicamente las reclamaciones para determinar *prima facie* si existe una posibilidad razonable de que la parte solicitante tenga éxito, y ese ejercicio no es en sí mismo inapropiado. De hecho, “las Demandantes no disputan que las reclamaciones frívolas generalmente justifican una asignación de costos en contra del demandado”. En cualquier caso, Guatemala declara que no solicita que el Tribunal realice ninguna determinación, ya que en este momento únicamente solicita la divulgación de la información²³.

iv. Oportunidad de la Solicitud

19. Guatemala rechaza el argumento de las Demandantes de que su solicitud es extemporánea. En primer lugar, no existe un requisito de temporalidad para este tipo de solicitud, que se ha presentado en todas las etapas de otros arbitrajes; segundo, no existe perjuicio alguno para las Demandantes²⁴. Guatemala señala que si bien “no está obligada a explicar ninguna supuesta demora, la razón principal por la que está planteando esta solicitud ahora es resultado directo de su actual dificultad para cobrar un laudo de costos en su favor en el caso *IC Power c. Guatemala*, en el que White & Case también actúa como abogado”²⁵.

v. Alcance de la Solicitud

20. Guatemala afirma que el alcance de su solicitud es razonable y rechaza la afirmación de las Demandantes de que “Guatemala está utilizando esta solicitud para obtener información confidencial” por carecer de fundamento. Observa que las Demandantes “no han declarado expresamente que el acuerdo de financiación esté sujeto a confidencialidad”, y en cualquier caso, que existen varias formas de proteger cualquier información legalmente privilegiada²⁶.
21. En su respuesta, Guatemala sostiene que la información solicitada es especialmente apropiada en este caso porque (i) “las Demandantes tienen un tercero financista, pero continúan negándose injustificadamente a la divulgación de los detalles más básicos de ese acuerdo de financiación” y (ii) “las Demandantes no pueden demostrar de otra manera que tienen activos suficientes para cubrir un laudo adverso”. A juicio de Guatemala esto constituye un riesgo de falta de pago, “junto con el hecho de que Guatemala se enfrenta actualmente a dificultades para recuperar los costos de otro arbitraje en el que el Demandante también estuvo representado por un abogado que representa también a las Demandantes en

²² Solicitud de Guatemala, pág. 2; véase también Respuesta de Guatemala, págs. 9-10.

²³ Respuesta de Guatemala, pág. 10.

²⁴ Respuesta de Guatemala, pág. 3.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Respuesta de Guatemala, pág. 7.

este procedimiento”²⁷. Citando la opinión separada de Gavan Griffith en *RSM c. Santa Lucía*²⁸, Guatemala alega que “las Demandantes no han mostrado ningún interés convincente que pueda invalidar la necesidad de transparencia y protección de la integridad de este procedimiento”²⁹ y que sería “injustificado cargar la Demandada con el riesgo que emana de la incertidumbre sobre si el tercero desconocido estará dispuesto o no a cumplir con una potencial indemnización de costos a favor de la Demandada”³⁰. Agrega además que la negativa de las Demandantes a revelar la identidad exacta del financista y si se cubriría una indemnización es suficiente para plantear preocupaciones por falta de pago y que no hay base para argumentar que Guatemala está en una “*fishing expedition*”³¹.

vi. Estándar Aplicable

22. Por último, Guatemala alega que el Tribunal no debería aplicar la norma aplicable a las solicitudes de garantía por costos para pronunciarse respecto de la presente solicitud de divulgación de los términos relevantes del Acuerdo de Financiamiento. Según Guatemala, “Las Demandantes intentan mezclar las cuestiones para imponer prematuramente un estándar más alto, pero el Tribunal debe mantener una clara distinción entre los requisitos [*sic*] costos de la garantía y los que justifican la divulgación de las condiciones del acuerdo de financiación”³². En contraposición a lo que afirman las Demandantes, “no deberían exigirse circunstancias excepcionales para ordenar la divulgación de los términos del acuerdo de financiación”. Por el contrario, Guatemala sostiene que existe una tendencia creciente hacia la divulgación en los arbitrajes y en las reglas de arbitraje³³. Señala además que en algunos de los casos citados por las Demandantes “se reconoce que la transparencia y la protección de la integridad del procedimiento justifican como mínimo la revelación de la identidad del financiador, ya sea por parte de los reclamantes que voluntariamente divulgaron o de los tribunales que ordenaron la divulgación”³⁴. En otros casos citados por las Demandantes no se determinó expresamente que los términos del acuerdo de financiamiento por terceros eran irrelevantes³⁵. Por último, en algunos otros casos citados por las Demandantes, los tribunales aplicaron de forma incorrecta el mismo estándar para la

²⁷ Respuesta de Guatemala, pág. 1.

²⁸ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la Solicitud de Garantía por Costos de Santa Lucía, Opinión disidente del Sr. Griffith (13 de agosto de 2014) (“*RSM*”).

²⁹ Respuesta de Guatemala, págs. 1-2.

³⁰ Respuesta de Guatemala, pág. 2.

³¹ Respuesta de Guatemala, pág. 2.

³² Respuesta de Guatemala, pág. 11.

³³ *Ibid.*

³⁴ Respuesta de Guatemala, pág. 12 (donde se citan *Bacilio Amorrotu (EE. UU.) c. La República del Perú*, Caso CPA No. 2020-11, Orden Procesal No. 2 sobre la Solicitud de Divulgación del Acuerdo de Financiamiento (19 de octubre de 2020) (“*Bacilio*”), ¶ 6 y *South American Silver Ltd. (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Orden Procesal No. 10 (11 de enero de 2016) (“*South American Silver*”), ¶ 79).

³⁵ Respuesta de Guatemala, pág. 12 (donde se citan *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Orden Procesal No. 13 (21 de febrero de 2013) (“*Guaracachi*”), ¶ 10 y *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción (21 de diciembre de 2012) (“*Teinver*”), ¶ 26).

solicitud de garantías por costos para negar la solicitud de divulgación³⁶, no indicaron “por qué la divulgación de la mera existencia o no cobertura de costos adversos en un acuerdo de financiación debería afectar al ‘acceso a la justicia’”³⁷ o no se “distingue adecuadamente el caso de *Muhammet Çap* al malinterpretar los hechos que llevaron a la decisión del tribunal”³⁸.

23. Guatemala rechaza los argumentos de las Demandantes según los cuales la Solicitud “amenaza con una solicitud de garantía para asegurar los costos” por ser irrelevantes para la presente Solicitud, ya que no se trata de una petición de ese tipo³⁹. Asimismo, Guatemala añade que “toda solicitud de garantía por costos en un caso como éste, en el que las Demandantes han revelado la existencia de un acuerdo de financiación de terceros, dependería de si las Demandantes divulgan los términos del acuerdo o proporcionan de otra manera las garantías necesarias”⁴⁰. Guatemala señala que, en cualquier caso “la norma pertinente para que una solicitud de garantía por costos tenga éxito es la que se identifica bajo el Artículo 10.20.8 del CAFTA-DR, el Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI Nro. 39(1), ninguna de las cuales hace referencia expresa a *circunstancias excepcionales*”, estándar que según las Demandantes debería aplicarse⁴¹.

B. Posición de las Demandantes

24. En respuesta a la Solicitud de Guatemala, las Demandantes alegan que: (i) la Solicitud de que el Tribunal ordene a las Demandantes “que revelen una copia del Acuerdo de Financiación o proporcionen pruebas que demuestren los activos para cubrir un laudo adverso está [*sic*] anticuada”⁴²; (ii) Guatemala no proporciona sustento alguno a su reclamación de que tiene “‘todas las razones’ para preocuparse por la capacidad de las Demandantes de pagar una indemnización por costos adversos”⁴³; (iii) “que ‘[otros] Estados’ no hayan recibido el pago de indemnizaciones por costos y que un reclamante no vinculado en una citación no relacionada no haya pagado una indemnización por costos a Guatemala es totalmente irrelevante y no proporciona ninguna base para las solicitudes de la Demandada”⁴⁴; (iv) “el argumento de la Demandada de que la probabilidad de un laudo adverso contra las pretendidas ‘reclamaciones frívolas’ de las Demandantes y el éxito de la contra demanda de Guatemala en este procedimiento es alta es totalmente infundada [*sic*]”⁴⁵; (v) “la referencia de la Demandada a ‘varios tribunales [que] han ordenado la divulgación de acuerdos de financiación de terceros- a petición de los Estados’ no apoya su solicitud”⁴⁶; y

³⁶ Respuesta de Guatemala, pág.12 (donde se cita *South American Silver*, ¶ 79).

³⁷ Respuesta de Guatemala, pág.12 (donde se cita *Bacilio*, ¶ 11).

³⁸ Respuesta de Guatemala, pág.12 (donde se cita *Muhammet Çap*, ¶¶ 2, 11).

³⁹ Respuesta de Guatemala, pág. 13.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Respuesta de las Demandantes, pág. 1.

⁴³ Respuesta de las Demandantes, pág. 2.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Respuesta de las Demandantes, pág. 3.

⁴⁶ *Ibid.*

(vi) la carta del Guatemala presagia una solicitud de garantía por costos, pero en esta etapa del procedimiento no habría motivos para tal recurso⁴⁷.

25. En su Réplica a la Respuesta de Guatemala, las Demandantes continúan oponiéndose a la solicitud de Guatemala y reiteran su posición según la cual el Tribunal debería rechazar la solicitud modificada de Guatemala por los siguientes motivos: (i) la solicitud de Guatemala es extemporánea; (ii) las supuestas preocupaciones de Guatemala acerca de la incapacidad de las Demandantes para pagar un laudo adverso son infundadas; (iii) Guatemala no enfrenta un riesgo “mayor” de no pago; (iv) las alegaciones de Guatemala sobre la supuesta “frivolidad” de las reclamaciones de las Demandantes son erróneas, o en cualquier caso irrelevantes; y (v) las Demandantes no garantizan ninguna divulgación adicional⁴⁸.

i. Inquietudes relativas a la falta de pago de un laudo

26. En primer lugar, las Demandantes alegan que Guatemala no ha probado que las Demandantes no podrían pagar un laudo adverso. En opinión de las Demandantes, “no se debe permitir que [la Demandada] participe en un ‘tanteo del terreno’ para obtener información confidencial a la que no tiene derecho”⁴⁹. Las Demandantes agregan que durante la fase de exhibición de documentos, “produjeron los estados financieros y las declaraciones de impuestos de KCA de 2008 a 2020” a solicitud de Guatemala, y estos documentos demuestran que, “KCA es una empresa bien establecida y de buena reputación”⁵⁰ que generó [REDACTED]
27. Segundo, las Demandantes rechazan la sugerencia de Guatemala de que existe un mayor riesgo de falta de pago porque son representadas por los mismos abogados que la demandante en el caso *IC Power*. Guatemala no alega que las Demandantes no han pagado indemnizaciones por costos a otros Estados o que las Demandantes tengan un historial de impago en otros procedimientos. Además, “la afirmación de la Demandada de que supuestamente hay ‘similitudes suficientes’ entre *IC Power c. Guatemala* y el presente procedimiento para hacer ‘palpable’ el riesgo de impago – ‘considerando a las partes involucradas’”⁵² es falsa⁵³. Las Demandantes añaden que no son parte en el caso *IC Power* y no tienen ninguna relación con la demandante en ese caso, y aunque un abogado de White & Case “(a veces) *ha estado involucrado como abogado* en ambos procedimientos, ni ese abogado ni White & Case son *parte* en ninguno de los dos procedimientos”⁵⁴. Además, la

⁴⁷ Respuesta de las Demandantes, pág. 4.

⁴⁸ Réplica de las Demandantes, pág. 2.

⁴⁹ Respuesta de las Demandantes, pág. 2.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Réplica de las Demandantes, pág. 4 (donde se cita la Declaración de Ingresos de KCA para los tres y doce meses terminados el 31 de diciembre de 2020 (KCA-9579), en 5 [REDACTED])

⁵² *Ibid.*

⁵³ Respuesta de las Demandantes, pág. 2.

⁵⁴ *Ibid.* (énfasis en el original).

afirmación de Guatemala “de que estos casos ‘lo más probable es que impliquen el mismo financiador’ es una mera conjetura”⁵⁵.

28. De hecho, según las Demandantes, son ellas quienes enfrentan un riesgo sustancial de que Guatemala no pague un laudo adverso. Al citar el caso *TECO c. Guatemala*, las Demandantes alegan que Guatemala pagó daños a TECO solamente después de que convirtiera su laudo del CIADI en una sentencia de un tribunal de los EE.UU. y que Guatemala “arrastrara” esos procedimientos judiciales después de que el tribunal de EE.UU. emitiera una sentencia a favor de TECO⁵⁶. Según las Demandantes, “Guatemala sólo pagó el laudo de TECO después de que TECO congelara los fondos en una cuenta bancaria, lo que sometió a Guatemala al riesgo de incumplimiento de sus pagos de deuda soberana”⁵⁷.
29. Tercero, las Demandantes alegan que Guatemala no ha cumplido con la carga de probar una duda razonable respecto de la falta de pago que justifique el alivio que ella busca. En contra de los argumentos de Guatemala y citando para ello el caso *Hope Services c. Camerún*⁵⁸, las Demandantes alegan que el financiamiento por terceros es una práctica común en el arbitraje internacional y su “mera existencia” “no prueba la iliquidez o insolvencia de un reclamante”⁵⁹. Las Demandantes agregan que el caso *RSM c. Santa Lucía* es completamente diferente al presente caso, puesto que allí “el reclamante no había cumplido con una indemnización por gastos dictada contra él en otro caso del CIADI”⁶⁰.
30. Asimismo, la afirmación de Guatemala según la cual las Demandantes tienen una propensión a no pagar y a no respetar las sentencias de la corte guatemalteca es errónea, y en cualquier caso su determinación es inapropiada en este momento. Las Demandantes señalan que la multa a la que hace referencia Guatemala “se relaciona con el cumplimiento de una de las mismas medidas que están siendo impugnadas en este Arbitraje”, la cual “es de Exmingua y no de las Demandantes”⁶¹; se oponen a la “solicitud de la Demandada de que el Tribunal decida sobre el fondo de esta controversia para que tome las decisiones que reclama en relación con su solicitud actual”⁶².

ii. Inquietudes basadas en un contexto más amplio

31. Según las Demandantes, los Estados soberanos como Guatemala no enfrentan un riesgo de no pago “mayor” que el que enfrentan los inversionistas. Guatemala “ignora la gran diferencia en el estatus legal y los recursos financieros de los estados soberanos y las compañías privadas” y “también ignora el punto obvio de que los Estados pueden – y a

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.* (donde se cita *TECO*).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Hope Services LLC c. República de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/20/2, Resolución Procesal No. 4 (Decisión sobre la Solicitud de Garantía por Costos de la Demandada) (12 de mayo de 2021) ¶ 69.

⁵⁹ Réplica de las Demandantes, pág. 3.

⁶⁰ Réplica de las Demandantes, pág. 3 (donde se cita *RSM*, ¶ 86).

⁶¹ Réplica de las Demandantes, pág. 4.

⁶² *Ibid.*; véase también Respuesta de las Demandantes, pág. 3.

menudo lo hacen— resistirse a la fijación de activos por motivos de inmunidad soberana, táctica que no está disponible para los inversores demandantes”. Las Demandantes agregan que “es difícil imaginar que el no pago de una indemnización por costos adversos tendría algún efecto significativo en el presupuesto de un Estado, mientras que el no pago de un laudo arbitral a una parte privada, junto con pérdidas anteriores causadas por la violación por el Estado de sus obligaciones en virtud de tratados, puede tener un impacto financiero devastador en un inversionista demandante”. Además, las Demandantes añaden que la afirmación de Guatemala de que las Demandantes siempre pueden declararse en quiebra, transferir sus activos a compañías fantasmas y perseguir tácticas evasivas es puramente especulativa, ignorando el hecho de “ninguno de los Demandantes es una empresa fantasma o un vehículo de propósito especial, creado con el propósito de invertir en Guatemala”⁶³.

iii. Inquietudes basadas en la supuesta “frivolidad” de las reclamaciones de las Demandantes

32. Las Demandantes rechazan los argumentos de Guatemala relativos a la probabilidad de un laudo adverso contra sus “pretendidas ‘reclamaciones frívolas’ y el éxito de la contra demanda de Guatemala en este procedimiento” por ser totalmente infundados. En su opinión, estos argumentos son refutados “por las pruebas y argumentos expuestos en el Memorial y Respuesta de las Demandantes”. En cualquier caso, señalan las Demandantes, sería “inapropiado que el Tribunal, en esta etapa del procedimiento, determinara de manera preliminar el fondo del caso”⁶⁴. Por ejemplo, “Guatemala pide al Tribunal que tome decisiones finales sobre cuestiones clave en litigio en este caso, como si Exmingua obtuvo todos los permisos necesarios para operar la mina, si las Demandantes han demostrado la existencia de bloqueos y si la Demandada proporcionó la protección policial apropiada a la inversión de las Demandantes. Es evidente que esas determinaciones no pueden hacerse en esta etapa”⁶⁵.

iv. Oportunidad de la Solicitud

33. Las Demandantes alegan que la Solicitud de Guatemala es extemporánea. Las propias Demandantes informaron voluntariamente a Guatemala hace tres años que “su reclamación está siendo financiada por un afiliado de Burford Capital”⁶⁶, pero Guatemala nunca solicitó una copia del Acuerdo de Financiamiento o que se divulgue el nombre del afiliado. Además, nunca se ordenó a las Demandantes revelar esta información ni se la obligó a hacerlo. Guatemala no proporciona ninguna razón para la demora prolongada en la presentación de su solicitud y “no identifica ningún hecho o desarrollo reciente que justifique la divulgación

⁶³ Réplica de las Demandantes, pág. 5.

⁶⁴ Respuesta de las Demandantes, pág. 3; Réplica de las Demandantes, pág. 6.

⁶⁵ Réplica de las Demandantes, pág. 6.

⁶⁶ Respuesta de las Demandantes, pág.1 (donde se cita la carta de las Demandantes al CIADI, 28 de enero de 2019).

de información adicional con respecto al Acuerdo de Financiación o evidencia que demuestre activos para cubrir un laudo adverso”⁶⁷.

34. En su respuesta, “reconoce ahora la Demandada, su solicitud se hace con el fin de decidir si procede o no con una solicitud de garantía por gastos”⁶⁸. Pero en opinión de las Demandantes, las solicitudes de divulgación para ese fin deberían haberse efectuado con urgencia y sin demora⁶⁹. Las Demandantes citan el caso *Ballantine c. la República Dominicana*⁷⁰, en el que la República Dominicana efectuó la solicitud de divulgación “el mismo día de la audiencia en que descubrió que los reclamantes estaban recibiendo financiamiento de terceros”⁷¹. Por el contrario, en este caso “Guatemala hizo su solicitud actual casi tres años después de que las Demandantes le informaran voluntariamente acerca de la existencia de financiamiento de terceros”⁷².
35. Las Demandantes observan que la afirmación adicional de Guatemala según la cual su retraso está justificado por “sus recientes dificultades con la recuperación de costos adversos en otra controversia, *IC Power c. Guatemala*, sigue siendo poco convincente”. Las Demandantes reiteran que ni las Demandantes ni su abogado son partes en el procedimiento de *IC Power* y no tienen ninguna relación con la demandante en ese caso⁷³.

v. Alcance de la Solicitud

36. Las Demandantes declaran que la Solicitud de Guatemala no es razonable en lo que respecta a su alcance y en lugar de ello va mucho más allá de lo que han requerido los tribunales en otros casos. Según las Demandantes, la mayoría de los tribunales han señalado que “la divulgación de información sobre la financiación de terceros se hace exclusivamente con el propósito de ayudar al tribunal a evitar un conflicto de intereses”⁷⁴. En este caso la divulgación fue realizada el 28 de enero de 2019, y desde entonces el Tribunal no ha solicitado la divulgación del nombre exacto del afiliado. En estas circunstancias, Guatemala no tiene derecho a recibir más información y no se le debe permitir participar en una expedición de pesca para obtenerla⁷⁵.

⁶⁷ Respuesta de las Demandantes, pág. 1.

⁶⁸ Réplica de las Demandantes, pág. 2.

⁶⁹ *Ibid.* (donde se cita el caso *Bay View Group LLC y the Spalena Co. LLC c. la República de Rwanda*, Caso CIADI No. ARB/18/21, Resolución Procesal No. 6 sobre la Solicitud de Garantía por Costos (28 de septiembre de 2020), ¶ 63).

⁷⁰ *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. La República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17, Orden Procesal No. 16 (2 de octubre de 2018) (“*Ballantine*”), ¶¶ 3-7.

⁷¹ Réplica de las Demandantes, pág. 2.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*; véase también Respuesta de las Demandantes, págs. 3-4 (donde se citan *Guaracachi*, ¶ 8; *Teinver*, ¶¶ 24-26; *South American Silver*, ¶¶ 79-82; y *Bacilio*, ¶ 11).

⁷⁵ Réplica de las Demandantes, págs. 6-7.

37. Las Demandantes alegan que Guatemala no refuta las decisiones arbitrales, como en los casos *Teinver c. Argentina*⁷⁶ y *Guarachi c. Bolivia*⁷⁷, en los que los “tribunales *rechazaron* las solicitudes de divulgación de estos mismos términos, al sostener que la divulgación relativa a la existencia de la financiación y el nombre del financiador era suficiente”⁷⁸.

vi. Estándar Aplicable

38. Las Demandantes alegan que “la referencia de la Demandada a ‘varios tribunales’ [que] han ordenado la divulgación de acuerdos de financiación de terceros - a petición de los Estados’ no apoya su solicitud”⁷⁹. Las Demandantes invocan los Documentos de Trabajo de las Reglas y Reglamentos del CIADI, los cuales según ellas describen la práctica existente en los tratados, y el Informe del Grupo de Trabajo ICCA-Queen Mary sobre el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje Internacional, para alegar que a los inversionistas como máximo se les exige que revelen la existencia de financiamiento y la identidad del financiador— lo cual según ellas ya fue realizado⁸⁰. Además, citando el caso *Bacilio Amorrrortu (EE. UU.) c. la República del Perú*, las Demandantes añaden que los Tribunales “han reconocido adecuadamente que el uso de financiación de terceros no indica la incapacidad de pagar una indemnización por costos adversos, y que, a falta de pruebas de mala fe, no se debe hacer que los reclamantes demuestren su capacidad financiera para hacer frente a una indemnización por costos adversos potenciales”⁸¹.
39. En opinión de las Demandantes, la Solicitud de la Demandada “presagia una solicitud de garantía por costos”⁸², pero “no existen circunstancias excepcionales que puedan justificar la concesión de garantías por los costos”, así como tampoco existe una “tendencia reciente a reducir el estándar de concesión de garantía por costos”⁸³. No hay un historial de falta de pago de las indemnizaciones por gastos en procedimientos anteriores, ni un comportamiento inadecuado y abusivo durante el procedimiento o pruebas de disipación de los activos de las Demandantes. Citando al tribunal del caso *South American Silver*, las Demandantes señalan que “si no existen circunstancias excepcionales requeridas para ordenar la garantía de los costos ‘no es pertinente [] determinar si el tercero financiador asumiría o no una eventual adjudicación de costos’”⁸⁴. Por el contrario, “en la mayoría de las decisiones recientes se reconoce que la financiación de terceros es una ‘práctica común’ en el arbitraje internacional y no constituye un factor excepcional que podría justificar la concesión de garantías por los

⁷⁶ *Teinver*, ¶¶ 24-26.

⁷⁷ *Guaracachi*, ¶ 8.

⁷⁸ Réplica de las Demandantes, pág. 7 (énfasis añadido).

⁷⁹ Réplica de las Demandantes, pág. 7.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Bacilio*, ¶ 11.

⁸² Respuesta de las Demandantes, pág. 4.

⁸³ Réplica de las Demandantes, págs. 8-9.

⁸⁴ Respuesta de las Demandantes, pág. 4 (donde se cita *South American Silver*, ¶¶ 80-81).

costos, incluso cuando el acuerdo de financiación excluye la asunción de costos de la parte contraria”⁸⁵.

40. Las Demandantes también rechazan la afirmación de Guatemala según la cual existe una “tendencia creciente” en los reglamentos y acuerdos de arbitraje adoptados recientemente para favorecer la divulgación de los términos de los acuerdos de financiamiento por terceros. Las Demandantes señalan el hecho de que “la gran mayoría de las normas de arbitraje y los acuerdos modelo de inversión adoptados en 2021 sólo exigen que los reclamantes revelen la existencia de financiación de terceros y la identidad del financiador”⁸⁶. Las Demandantes añaden que, al contrario de lo que afirma Guatemala, los documentos de trabajo del Grupo de Trabajo del CIADI “muestran que el Grupo rechazó repetidamente sugerencias para ampliar el alcance de la divulgación obligatoria, argumentando que hacerlo sería excesivo, como el sistema actual proporciona ‘amplia información para que los árbitros evalúen si tienen un conflicto’”⁸⁷. Las Demandantes observan que “Guatemala no apoyó que se exija la divulgación más allá del hecho de la financiación y el nombre de cualquier financiador de terceros ‘como signo de buena fe’ en nombre del reclamante”⁸⁸ y que aquí las Demandantes hicieron voluntariamente tal revelación de buena fe⁸⁹.

III. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

41. En opinión del Tribunal, las Partes han complicado en exceso la presente cuestión con extensos escritos relativos a las solicitudes de garantía por costos lo cual en el mejor de los casos es prematuro. La Demandada no ha efectuado una solicitud de este tipo. Si lo hiciera, el Tribunal la abordará basándose en su propio fondo, teniendo en cuenta la prueba y los argumentos que se presenten entonces y considerando todas las circunstancias aplicables, con inclusión de la etapa del procedimiento aplicable en ese momento.
42. El Tribunal ahora simplemente tiene ante sí una solicitud de divulgación. Esa solicitud ya no versa sobre la exhibición de un documento (Acuerdo de financiamiento por terceros de las Demandantes). En lugar de ello, tiene el carácter de un interrogatorio en el que se solicita la divulgación de dos elementos discretos de información: “la identidad exacta del financista y si el acuerdo de financiamiento de terceros cubre los costos en caso de una adjudicación adversa”⁹⁰. Estas dos solicitudes plantean diferentes cuestiones.
43. En lo que respecta a la primera de ellas – la “identidad exacta del financista” – no queda claro el motivo por el cual resulta un tema controvertido. Las propias alegaciones de las Demandantes reconocen que es algo común requerir la divulgación de la identidad del

⁸⁵ Réplica de las Demandantes, pág. 9.

⁸⁶ Réplica de las Demandantes, pág. 7.

⁸⁷ Réplica de las Demandantes, pág. 8.

⁸⁸ *Ibid.* (donde se citan las segundas observaciones de Guatemala sobre la enmienda propuesta a las Reglas del CIADI de fecha 10 de junio de 2019, en 3-4, disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/stateinput/Guatemala_CommentsWP2_06.11.2019.pdf).

⁸⁹ Réplica de las Demandantes, pág. 8 (donde se cita la carta de las Demandantes al CIADI de 28 de enero de 2019).

⁹⁰ Respuesta de Guatemala, pág. 14.

financista. Ello no sólo permite que se lleven a cabo los controles adecuados de conflictos, sino que además es útil a los fines de las expectativas razonables de transparencia: les permite a las partes contendientes y a su tribunal conocer quien lleva adelante (al menos financieramente) las reclamaciones. En este caso, las Demandantes parecen aceptar este principio, al haber identificado de manera voluntaria ante el CIADI, en una etapa temprana del presente procedimiento, el hecho de utilizar financiamiento externo y la afiliación general de su financista (el cual se trataba de “un afiliado de Burford Capital”⁹¹[Traducción del Tribunal]).

44. No caben dudas de que la Demandada tardó en oponerse a la generalidad de esa referencia, y en solicitar la divulgación de la identidad exacta del financista. Pero al mismo tiempo, las Demandantes no afirman haber sufrido ningún *perjuicio por el transcurso del tiempo*, que haga que proporcionar el nombre de su financista fuera más problemático ahora que lo que podría haber sido al inicio del caso. Tampoco, en lo que respecta a esa cuestión, alegan que la solicitud habría sido objetable como una *cuestión de principio*, aún si se hubiera efectuado más oportunamente. Ciertamente, en virtud de la divulgación voluntaria de la afiliación general del financista que fuera efectuada por las Demandantes, pareciera ser que no insisten en el derecho de confidencialidad absoluta relativa a la utilización e identidad de un tercero financista.
45. En estas circunstancias, el Tribunal no encuentra justificación para la línea divisoria que han trazado las Demandantes, al aceptar divulgar la afiliación general del financista pero no su identidad exacta. Por lo tanto, se acepta la solicitud de divulgación de la identidad exacta del financista presentada por la Demandada.
46. La segunda solicitud de la Demandada, respecto a que las Demandantes divulguen si su acuerdo de financiamiento por terceros exige al financista que cubra los costos que podrían imponerse en el supuesto de una adjudicación adversa, plantea distintas cuestiones. La Demandada sugiere que la respuesta a esta pregunta podría facilitar su proceso de toma de decisiones relativo a la presentación de una solicitud de garantía por costos, presumiblemente en el sentido de que (a) una respuesta positiva – de existir una cobertura significativa de costos – podría obviarse la necesidad de presentar dicha solicitud, y (b) una respuesta negativa– de no existir dicha cobertura– fortalecería su decisión de proceder con dicha solicitud.
47. Sin embargo, en opinión del Tribunal, conocer la respuesta a esta pregunta no constituye un predicado esencial para ninguna de las solicitudes que la Demandada podría elegir efectuar. En ciertas ocasiones, en situaciones similares, y ante la ausencia de pruebas que confirmen la existencia de una cobertura externa por los costos, las Partes presentan solicitudes de garantías por costos con base en presunciones. Esa opción aún se encuentra disponible para la Demandada. Por supuesto, la posible ausencia de una cobertura de costos por parte del financista podría ser relevante para el resultado de una solicitud de garantías por costos putativa o podría no serlo y el Tribunal no expresa opinión alguna respecto del probable éxito

⁹¹ Carta de las Demandantes a la Secretaría General del CIADI, 28 de enero de 2019.

de dicha solicitud. Sería inapropiado que el Tribunal expresase alguna opinión respecto de una solicitud que aún no ha sido presentada.

48. Por los motivos expuestos, el Tribunal determina que no existe necesidad de ordenar la divulgación de los términos del acuerdo de financiamiento por terceros de las Demandantes, ya sea que se relacionen con alguna obligación directa del financista o con la posible existencia de una garantía posterior al evento que cubriría una adjudicación de costos adversa. El presente expediente habilita a la Demandada a tomar su propia decisión relativa a la presentación de una solicitud de garantía por costos. No es función del Tribunal asistirle en la toma de esa decisión ni presagiar cuál sería el posible resultado de una solicitud putativa que pudiera presentarse en el futuro.

IV. DECISIÓN

49. En virtud de los motivos expuestos *supra*, el Tribunal:
- Concede la Solicitud presentada por la Demandada para que las Demandantes revelen la razón social exacta de su tercero financista; y
 - Rechaza la Solicitud presentada por la Demandada para que las Demandantes revelen si su acuerdo de financiamiento por terceros cubre los costos que podrían imponerse a las Demandantes en el supuesto de que se emitiera un laudo que resultare adverso para ellas.

[signed]

Sra. Jean Kalicki
Presidenta del Tribunal
Fecha: 28 de septiembre de 2021