

ARBITRAJE CONFORME AL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

ÚNETE TELECOMUNICACIONES S.A. Y CLAY PACIFIC S.R.L.

(DEMANDANTES/ÚNETE Y CLAY)

C.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

(DEMANDADA / ECUADOR)

Orden Procesal No. 5
Determinación a la Solicitud de *cautio judicatum solvi*

29 de septiembre de 2010.

Miembros del Tribunal Arbitral:

Eduardo Zuleta

Yves Derains

Claus von Wobeser (Presidente)

Secretaria del Tribunal Arbitral:

Montserrat Manzano

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Arbitral emite la presente Orden Procesal, ante la Solicitud de *cautio judicatum solvi* presentada por parte del Ecuador. La misma tiene como antecedente las Ordenes Procesales Nos. 2, 3 y 4, cuyos textos se tienen aquí por reproducidos, y mediante las cuales, el Tribunal Arbitral realizó determinaciones diversas encaminadas a otorgar a las Partes la oportunidad plena de aportar argumentos y pruebas en relación con la Solicitud planteada.

La presente Orden Procesal se estructura en dos apartados. El primero de ellos, se refiere a los Antecedentes de las posiciones de las Partes. El segundo, contiene la determinación en cuanto a la Solicitud de *cautio judicatum solvi*. A continuación se analiza cada apartado.

I. ANTECEDENTES

A. ECUADOR EN SUS ESCRITOS DE SOLICITUD Y RÉPLICA DE *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* Y EN SUS COMUNICACIONES DE FECHAS 24 DE AGOSTO Y 16 DE SEPTIEMBRE, AMBAS DE 2010, EN SÍNTESIS, EXPRESÓ LO SIGUIENTE:

1. En primer lugar, respecto de los fundamentos jurídicos en los que sustenta su Solicitud, señala que:
2. El Tribunal Arbitral tiene el poder de ordenar a las Demandantes constituir una *cautio judicatum solvi*. Este poder se enmarca dentro del amplio poder que tienen los tribunales arbitrales para regular el procedimiento arbitral y ordenar medidas, siempre y cuando, no exista una prohibición expresa para ello. La jurisprudencia internacional ha rechazado que el poder de dictar cauciones *judicatum solvi* deba estar consagrado expresamente. Además, señala que la doctrina mexicana, ha reconocido que la facultad de emitir una medida provisional es inherente a los tribunales arbitrales.
3. El Tratado entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 25 de mayo de 1995 (en lo sucesivo “el Tratado”) no excluye la *cautio judicatum solvi*, ni de forma genérica, la potestad de un tribunal arbitral de reglar el procedimiento o dictar medidas provisionales. El Tratado remite a las reglas procesales aplicables en los foros que prevé, en nuestro caso, resulta aplicable el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (el “Reglamento”).

4. El artículo 15(1) del Reglamento señala la amplia facultad del tribunal arbitral de “*dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado*”. Dicha flexibilidad, basta para que un tribunal arbitral, tenga el poder para ordenar la *cautio judicatum solvi*.
5. El artículo 26(1) del Reglamento no limita el tipo de medidas provisionales que un tribunal arbitral CNUDMI puede dictar, ya que, señala que el tribunal arbitral “*podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias*”. Lo anterior encuentra soporte en la jurisprudencia y en la doctrina.
6. La referencia a medidas “*respecto del objeto en litigio*” no tiene por objeto restringir, el tipo de medidas que puede dictar un tribunal arbitral. Los propios órganos de la CNUDMI han explicado que no cabe dar a la frase “*respecto del objeto en litigio*” un sentido restrictivo.
7. No es necesario que el Tribunal Arbitral se refiera a la *lex arbitri*, toda vez que, el mismo tiene el poder de ordenar la constitución de la Solicitud, según el Reglamento CNUDMI. No obstante lo anterior, el artículo 1435 del Código de Comercio mexicano, dispone de forma similar al artículo 15(1) del Reglamento, que el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje “del modo que considere apropiado”. Además, el artículo 1433 del Código de Comercio mexicano (idéntico al artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI en la versión anterior a 2006), concede un poder amplio a los tribunales arbitrales para conceder medidas provisionales o cautelares.
8. El arbitraje internacional, no es un sistema basado en precedentes vinculantes, por lo tanto, es irrelevante la existencia de los mismos en el caso concreto, y más aún tratándose de un arbitraje CNUDMI, el tribunal arbitral tiene poderes más amplios que los de un tribunal CIADI para ordenar medidas cautelares y provisionales.
9. Respecto del fundamento fáctico de su solicitud, el Ecuador señala que, existe un riesgo cierto de que las Demandantes no tengan medios económicos para reembolsarle los gastos y costos que éste debe emplear para defenderse en el arbitraje, toda vez que:
10. Las Demandantes en su comunicación de fecha 14 de mayo de 2010 han confesado su incapacidad financiera para asumir los gastos del arbitraje.
11. Las Demandantes ya tenían dificultades económicas antes de la firma del Contrato, tal y como se desprende de los estados financieros de las Partes.

12. Los estados financieros de Únete muestran que: i) al 1° de enero de 2006 arrastraba una pérdida acumulada de US\$800,000, ii) en el ejercicio de 2006, reportó una pérdida de más de US\$85,000 y ganancias mínimas en 2007 y 2008: apenas US\$58,000 y US\$41,000, respectivamente, iii) el margen bruto de explotación de servicios ha sido negativo en 2006, 2007 y 2008. En este último año, el margen fue negativo por más de US\$655,000, y iv) entre 2008 y 2009, Únete ha visto reducidas sus ya bajas utilidades en dos tercios (pasando de US\$41,000 en 2008 a tan sólo US\$14,200 en 2009) y reducido su activo en más de 12%. Además, el margen directo de explotación de servicios sigue siendo negativo (por un monto superior a US\$ 475,000).
13. Los estados financieros de Clay muestran que: i) en los ejercicios de 2006, 2007 y 2008, reportan unas ganancias de tan sólo US\$2,085, US\$7,500 y US\$7,250, respectivamente, y ii) entre 2008 y 2009 se han visto reducidas sus ya escasas utilidades en un 80% (pasando de US\$7,250 en 2008 a tan sólo US\$1,640 en 2009).
14. Los estados financieros no reflejan el pago del anticipo para los gastos de este arbitraje realizados, el 1 de julio de 2010, ni el pago de los honorarios del equipo de abogados de las Demandantes. Suponiendo que el pago del anticipo para los gastos del arbitraje haya sido realmente realizado por Únete y Clay (y no un tercero) y dicho pago haya sido hecho en proporción a su participación en Globalnet S.A. (80/20, respectivamente), este anticipo habría representado el 68% de la utilidad del primer semestre de 2010 de Únete y el 134% de Clay (esto es, Clay pasaría de reportar utilidades a pérdidas por el simple pago del 20% de la provisión inicial para gastos del arbitraje).
15. En suma, los estados financieros de las Demandantes para el ejercicio 2009, confirman, no sólo las serias dificultades económicas que éstas vienen sufriendo desde antes de la firma del Contrato, sino también, el continuo deterioro de su situación económica.
16. Lo anterior, se fortalece mediante la carta del auditor financiero independiente boliviano, (presentado por los apoderados del Ecuador mediante comunicación del 16 de septiembre de 2010), y en la cual se describe el resultado de su análisis independiente, respecto de la situación financiera de las Demandantes.
17. Las dificultades económicas de las Demandantes son patentes dada su incapacidad para realizar la inversión a la cual se obligaron en el Contrato de Concesión. Además, de que las Demandantes recurrieron a medios fraudulentos e ilícitos para generar ingresos y obtener financiación.

18. Las Demandantes han eludido a sus acreedores y no han asumido el pago de sus deudas. Es así que las Demandantes no han pagado los equipos comprados con reserva de dominio y los servicios de sus proveedores, y éstos últimos han reclamado judicialmente la restitución de los equipos o el pago de las sumas debidas.
19. La Solicitud no requiere que el Tribunal Arbitral se pronuncie de forma definitiva sobre (i) su jurisdicción, (ii) los reclamos de fondo de las Demandantes; ni (iii) respecto de quién deberá soportar las costas del arbitraje.
20. Los comentarios anteriores demuestran, que la Solicitud de *cautio judicatum solvi* debe ser concedida por el Tribunal Arbitral, para proteger los dineros públicos que el Ecuador se está viendo obligada a gastar para su defensa en este arbitraje (que nunca debió iniciarse) y que podrían destinarse a obras de interés público.
21. En atención a lo expuesto el Ecuador solicita al Tribunal Arbitral ordene a las Demandantes la constitución de una garantía por un valor total de US\$4,000,000 (lo que estima pudiera ser el pago íntegro de un laudo condenando a las costas del arbitraje).

B. LAS DEMANDANTES, CONFORME A SUS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN Y DÚPLICA A LA SOLICITUD DE CAUTIO JUDICATUM SOLVI Y A SUS COMUNICACIONES DE FECHAS 24 DE MAYO Y 30 DE AGOSTO, AMBAS DE 2010, EN SÍNTESIS, EXPRESARON LO SIGUIENTE:

22. La Solicitud de *cautio judicatum solvi* carece de fundamento normativo, ya que, no se encuentra prevista en el Tratado.
23. En el Reglamento, inclusive ha sido excluida la *cautio judicatum solvi*, conforme al artículo 26(1), ya que dicho artículo se refiere a medidas provisionales como aquellas que sean “*necesarias respecto del objeto en litigio*”. Además, no existe sustento otorgado por el Ecuador de que “mayoritariamente” la doctrina haya admitido la posibilidad de *cautio judicatum solvi* bajo el Reglamento y la Ley Modelo de la CNUDMI.
24. Aplican las mismas consideraciones aquí expresadas respecto de la *cautio judicatum solvi*, tratándose del Derecho mexicano, ya que el mismo se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI.
25. En las citas del Ecuador no se admitió que procediera una *cautio judicatum solvi* en el caso de supuestas dificultades financieras de una parte en el arbitraje.

26. La Solicitud carece de fundamento jurisprudencial, toda vez que, en arbitrajes de inversiones se ha rechazado siempre y en todos los casos solicitudes de esta naturaleza por: i) la ausencia de una base normativa, ii) no prejuzgar el fondo del asunto, iii) que no es automático ni mucho menos que el demandante que pierde el arbitraje vaya a ser condenado en costas, y iv) que aún cuando hubiera una condena en costas, debe probarse de modo convincente que no se pagaran.
27. Según consta a las Demandantes todas las decisiones conocidas en arbitrajes bajo TBIs o arbitrajes inversionista-Estado han rechazado las solicitudes de *cautio judicatum solvi*. En ninguno de los seis casos citados por el Ecuador se ordenó ésta medida. Además, en el caso *Walter Bau c. Tailandia* (DJ-33), el tribunal rechazó la solicitud dos veces, la segunda a pesar de que el demandante había entrado en liquidación y estaba bajo administración judicial. En los casos de arbitraje CCI, tampoco se sustenta la postura del Ecuador.
28. Aún si dicha facultad existiere, solo podría ejercerse en circunstancias excepcionales que deberían ser acreditadas por la parte solicitando la caución.
29. El riesgo de impago de costas es un riesgo ordinario contra el que no cabe pretender protegerse, aún en el caso de dificultades financieras de una parte. La excepción, es muy restrictiva, y se materializa cuando exista una actuación deliberada y de mala fe en la disipación de bienes o encubrimiento de activos, cuando las condenas en costas no sean ejecutables como parte del laudo final, o cuando se haya establecido el pago de avances para las costas del arbitraje y la parte requerida no haya realizado dichos pagos diligentemente. Nada de lo anterior es aplicable en este caso.
30. Conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, las dificultades económicas de una parte, incluso su quiebra declarada, no son suficientes para justificar una medida de *cautio judicatum solvi*. Sólo la mala fe en pretender esconder bienes puede dar base a la misma.
31. La Solicitud está basada en alegaciones factuales falsas sobre la situación económica de las Demandantes, ya que:
32. Únete y Clay tienen una situación financiera absolutamente normal y el Ecuador no acompañó ningún elemento de prueba que permita indicar objetivamente que se encuentren en una situación de insolvencia.

33. Muchas de las afirmaciones se basan en la situación económica de Globalnet, que son irrelevantes a la Solicitud. La única prueba de que las Demandantes no harían frente a una condena en costas es que supuestamente habrían confesado su insolvencia, en la carta del 14 de mayo de 2010.
34. Las Demandantes son sociedades vigentes y operativas, activas en el sector de las telecomunicaciones en Bolivia, y con un giro económico normal y cuentan con concesiones o licencias, a largo plazo para el ejercicio de sus actividades, otorgadas por el Gobierno de Bolivia y que se encuentran vigentes. Además, las Demandantes cuentan con suficientes activos de su propiedad en Bolivia, para la ejecución de sus actividades y muestran rendimientos operativos positivos y con tendencias a la alza.
35. Las Demandantes no enfrentan concursos preventivos o pedidos de quiebra de acreedores que pudieran sugerir una situación económica irregular en el mediano o largo plazo.
36. Las Demandantes han cumplido con el depósito del anticipo de gastos ordenado por el Tribunal Arbitral y se encuentran al día del pago de honorarios de sus abogados. La dificultad de distraer fondos de sus procesos productivos y comerciales, para aplicarlos en forma extraordinaria a solventar el arbitraje, no significa imposibilidad y no puede ser entendida como la admisión de una situación de insolvencia.
37. El análisis del Ecuador, respecto de los estados financieros de las Demandantes utiliza información que refleja solamente el pasado financiero de las compañías, por tanto, es insuficiente a la hora de evaluar el posible rendimiento a futuro de las mismas.
38. El análisis del Ecuador contiene graves inexactitudes y no permite ninguna conclusión seria sobre la real marcha del negocio de las Demandantes. No tiene en consideración: i) la particular técnica contable utilizada en Bolivia para empresas sujetas a regulación, ii) las circunstancias específicas de las compañías, ni iii) el desarrollo de la industria de las telecomunicaciones en Bolivia.
39. El Ecuador distorsiona los resultados de los ejercicios 2006, 2007 y 2008, e incurre en falsedades al analizar los estados financieros de Únete, al tiempo que presenta una visión sesgada de la información financiera de Clay.
40. Las posibles pérdidas acumuladas reflejadas en los estados financieros de 2007 y 2008 en nada afectan la capacidad económica de Únete para hacer frente a sus obligaciones futuras. En los ejercicios 2008 y 2009 los resultados fueron positivos. Los balances al 30

de junio de 2010 confirman una tendencia positiva al reflejar ganancias de US\$243,587.45 y US\$30,954.78.

41. De los estados financieros de Únete para el ejercicio fiscal de 2009 (concretamente en la Parte III "Información Económica Financiera Complementaria", Estado de Resultados Detallado) se desprende que, por aplicación de tecnicismos propios de la regulación contable boliviana, el margen bruto de explotación de los servicios de los estados contables incluye conceptos tales como amortizaciones, costos financieros e impuestos, por lo que, jamás puede ser un real indicador de la marcha del negocio. Los resultados de un estado contable son susceptibles de verse afectados por un número de circunstancias (ingresos, inversiones, nuevos contratos, ventas) que son ajenas al conocimiento del Ecuador y que por tanto invalidan el postulado de dicho parte.
42. En 2005, Únete amplió la cobertura de provisión de sus servicios, desarrollando inversiones superiores a US\$3,000,000 en equipamiento de su red satelital de telecentros en Bolivia. El peso en los estados financieros de la amortización de estas inversiones es significativo.
43. Únete y Clay conforme al análisis EBITDA muestran resultados positivos (D-185).
44. El Ecuador pretende que el Tribunal Arbitral prejuzgue el fondo, las cuestiones de jurisdicción del asunto y el otorgamiento de costas a su favor, cuando la jurisprudencia en arbitrajes de esta naturaleza demuestra que no es práctica habitual que se condene en costas a un demandante por más que no tenga éxito en su demanda, sobre la base de un elemental principio de acceso a la justicia.

II. Determinación del Tribunal Arbitral

45. Trátandose de la solicitud de una medida provisional, el artículo 26(1) del Reglamento, indica que el tribunal arbitral "*podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias*". Aún cuando, dicho artículo no contempla expresamente la *cautio judicatum solvi*, de una interpretación amplia del mismo, se concluye que un tribunal arbitral se encuentra facultado para dictar todas las medidas provisionales que considere necesarias, sin que éstas, se encuentren limitadas sólo a aquellas que guarden relación respecto del objeto del litigio.
46. En apoyo de lo anterior, se hace referencia al INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE ARBITRAJE ACERCA DE LA LABOR REALIZADA EN SU 36° PERIODO DE SESIONES DE LA

CNUDMI (E-63). Mediante dicho informe se eliminó del artículo 17(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, la frase “respecto del objeto del litigio”. En su razonamiento, el grupo de trabajo hizo alusión al Reglamento CNUDMI de 1976, señalando que: “en el Reglamento estaba previsto que esas palabras se interpretaran libremente por lo que no habían impedido que los tribunales arbitrales dictaran en la práctica las medidas cautelares apropiadas para cada caso”. Es en este sentido, que se decidió a favor de no restringir indebidamente la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. Además, el Grupo de Trabajo confirmó que el artículo 26(1) del Reglamento no debe interpretarse en el sentido de que “excluyera las medidas que no guardaran relación directa con los bienes en litigio.”

47. Más aún, es claro que las decisiones proferidas por tribunales arbitrales de inversión, que sirven como criterio orientador de este tribunal antes que como precedente vinculante, han establecido consistentemente que los árbitros están facultados para ordenar, en ciertas circunstancias, la constitución de una *cautio judicatum solvi*¹.
48. En concreto, en el caso CNUDMI *Sergei Paushok CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, el tribunal enunció cinco criterios, que deben atenderse a la hora de decidir acerca del otorgamiento de una medida cautelar, mismos que a continuación se señalan: (i) jurisdicción *prima facie*; (ii) establecimiento *prima facie* del caso; (iii) urgencia; (iv) peligro inminente de un perjuicio serio (necesidad); y (v) proporcionalidad². Adicionalmente, en esta y otras decisiones se ha exigido que la medida adoptada no implique un prejuzgamiento del caso³.

¹ Sobre la competencia del tribunal para dictar las medidas cautelares que juzgue necesarias, incluída una *cautio judicatum solvi*, véase: *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 23 de septiembre de 2001 (Anexo E-58), pr. 88; *Atlantic Triton Company Limited c. República Popular de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1, Laudo, 21 de abril de 1986 (Anexo DJ-35); Caso CCI No. 6632, Laudo, 27 de enero de 1993 (Anexo E-46); Caso CCI No. 7489, 1993 (Anexo E-48); Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Procedural Order No. 14, 27 de noviembre de 2002 (Anexo E-47), pr. 4.1.; Caso CCI 12542, 19 de diciembre de 2003 (Anexo (E-50); Cámara de Comercio de Ginebra, *A S.p.A. (Italia) c. B AG (Alemania)*, Orden procesal, 25 de septiembre de 1997 (Anexo E-86), pr. 8; Caso CCI No. 6697, Laudo parcial, 26 de diciembre de 1990 (Anexo E-88); Iran-U.S. Claims Tribunal, *Rockwell International Systems Inc. c. The Islamic Republic of Iran, Ministry of Defense*, Laudo ITM 20-430-1, 6 de junio de 1983 (Anexo E-54), p. 3; Iran-U.S. Claims Tribunal, *E-Systems, Inc. c. The Islamic Republic of Iran and Bank Melli*, Laudo parcial ITM 13-388-FT, 4 de febrero de 1983 (Anexo E-55), p. 7; *Hrvatska Elektroprivreda c. República de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Decisión del tribunal sobre la participación de David Mildon QC en las etapas ulteriores del procedimiento, 6 de mayo de 2008 (Anexo E-56), pr. 12.

² En ese sentido, el tribunal afirmó: “[i]t is internationally recognized that five standards have to be met before a tribunal will issue an order in support of interim measures. They are (1) *prima facie* jurisdiction, (2) *prima facie* establishment of the case, (3) *urgency*, (4) *imminent danger of serious prejudice (necessity)* and (5) *Proportionality*”. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, Arbitraje CNUDMI (Tratado Rusia-Mongolia), Orden sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008 (Anexo E-83), pr. 45.

³ *Libananco Holdings Co. Ltd. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Asuntos Preliminares, 8 de mayo de 2008 (Anexo DJ-28), pr. 59; *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa*

49. En primer lugar se señala que el establecimiento *prima facie* de la jurisdicción consiste en revisar que exista algún fundamento para considerar que el tribunal podría estar facultado para decidir el caso, pero de ninguna manera implica la adopción de una decisión definitiva sobre el asunto⁴. Este Tribunal encuentra en el artículo IX del Tratado, que dispone expresamente la posibilidad de acudir a arbitraje CNUDMI, así como en los documentos aportados por las Partes, elementos de juicio que le permiten determinar *prima facie* que su jurisdicción es plausible.
50. En segundo lugar, el establecimiento *prima facie* del caso no implica más que determinar si se ha establecido un caso razonable. Nada indica que el caso planteado por las Demandantes sea evidentemente frívolo o que se encuentre más allá de los límites de la jurisdicción que pudiere tener el Tribunal Arbitral. Así pues, se cumple el presupuesto bajo consideración⁵.
51. Tercero, una medida cautelar debe otorgarse cuando resulta urgente hacerlo⁶. Este criterio debe leerse conjuntamente con el referente a la existencia de un peligro inminente de un perjuicio serio (necesidad)⁷. Pues bien, una medida tan gravosa como lo es una *cautio judicatum solvi*, en principio, sólo se debería otorgar cuando alguna de las partes se encuentre en peligro inminente de sufrir un perjuicio irreparable en uno de

Rica, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/03, Laudo, 19 de mayo de 2010 (Anexo DJ-34), pr. 9; *Atlantic Triton Company Limited c. República Popular de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1, Laudo, 21 de abril de 1986 (Anexo DJ-35); *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, Arbitraje CNUDMI (Tratado Rusia-Mongolia), Orden sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008 (Anexo E-83), pr. 46; Caso CCI No. 6632, Laudo, 27 de enero de 1993 (Anexo E-46).

⁴ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 23 de septiembre de 2001 (Anexo E-58), pr. 7-8 & 11-12; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, Arbitraje CNUDMI (Tratado Rusia-Mongolia), Orden sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008 (Anexo E-83), pr. 47-48 & 54.

⁵ En el caso *Sergei Paushok* el Tribunal enunció el test que se ha seguido, con las siguientes palabras: “[p]rima facie establishment of the case. At this stage, the Tribunal need not go beyond whether a reasonable case has been made which, if the facts alleged are proven, might possibly lead the Tribunal to the conclusion that an award could be made in favor of Claimants. Essentially, the Tribunal needs to decide only that the claims made are not, on their face, frivolous or obviously outside the competence of the Tribunal. To do otherwise would require the Tribunal to proceed to a determination of the facts and, in practice, to a hearing on the merits of the case, a lengthy and complicated process which would defeat the very purpose of interim measures”. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, Arbitraje CNUDMI (Tratado Rusia-Mongolia), Orden sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008 (Anexo E-83), pr. 55.

⁶ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 23 de septiembre de 2001 (Anexo E-58), pr. 5-6.

⁷ El criterio de necesidad ha sido reconocido, entre otros, en: *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999 (Anexo DJ-30), pr. 5; *Atlantic Triton Company Limited c. República Popular de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/1, Laudo, 21 de abril de 1986 (Anexo DJ-35); Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer, Decisión, 12 de noviembre de 1991 (Anexo DJ-38), pr. xii.

sus intereses esenciales⁸. El perjuicio que el Demandado considera que podría sufrir en caso de que su Solicitud sea rechazada, consiste en la imposibilidad de obtener las sumas correspondientes a las costas del proceso. El Tribunal Arbitral, considera que en el caso en estudio no hay elementos suficientes para concluir que las Demandantes no harán frente al pago de costas. Por el contrario, las Demandantes han pagado el anticipo a la CCI, bajo el artículo 30(1) de las Reglas, el 1 de julio de 2010, por un total de US\$202,500, por lo que, es posible para este Tribunal Arbitral realizar una inferencia de solvencia⁹.

52. Además de lo anterior, en este momento no hay elementos para concluir que las Demandantes tendrán que asumir el pago de costas, ya que esto no sólo se relaciona automática y proporcionalmente con el resultado del Arbitraje, sino que también dependerá de otros factores y de las circunstancias del caso, tales como la conducta de las Partes durante la consecución del procedimiento.
53. Finalmente, respecto del criterio de proporcionalidad, el Tribunal Arbitral encuentra que, en cuanto el Demandado no ha acreditado la existencia de un riesgo real que haga urgente y necesaria la medida, parece desproporcionado decretarla. Es así que, en este momento, el Tribunal Arbitral carece de elementos suficientes para otorgar la medida solicitada.
54. Adicionalmente, en el momento preciso de la Solicitud que nos ocupa, existe un riesgo de prejuzgar sobre el fondo, sobretodo si se tiene en cuenta que el Demandado ha hecho referencia a que las “[l]as dificultades económicas de las Demandantes son patentes dada su incapacidad para realizar la inversión a la cual se obligaron en el Contrato”, afirmando además que Únete y Clay “recurrieron a medios fraudulentos e ilícitos para generar ingresos y obtener financiación” y, además, “han eludido a sus acreedores y no han asumido el pago de sus deudas”. De hecho, dar por ciertas o plausibles estas aseveraciones, podría implicar un prejuzgamiento sobre los asuntos sometidos a consideración del Tribunal.

⁸ Véase: *Libananco Holdings Co. Ltd. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Asuntos Preliminares, 8 de mayo de 2008 (Anexo DJ-28), pr. 57-59; *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/03, Laudo, 19 de mayo de 2010 (Anexo DJ-34), pr. 9.

⁹ En este punto es preciso anotar que en el caso CCI 12542, el Tribunal utilizó un criterio similar al aquí planteado, al afirmar: “[o]n 23 January 2003 the ICC invited the Claimant to pay an amount of USD 127'500 as the provisional advance on costs under Article 30(1) of the ICC Rules and Article 1(2) of Appendix III. On 17 February 2003 the payment requested had been received, as acknowledged by the ICC. This fact plainly raises an inference that the Respondent is not insolvent”. Caso CCI 12542, 19 de diciembre de 2003 (Anexo E-50), pr. 57.

55. En cualquier caso, el Tribunal Arbitral podría ordenar más adelante la constitución de una *cautio judicatum solvi*, de ser ello necesario¹⁰.
56. Habiendo examinado los documentos aportados por las Partes y las normas aplicables, y guiándose por los criterios establecidos en el pasado por otros tribunales arbitrales de inversión, este Tribunal Arbitral encuentra que el Ecuador no ha logrado demostrar que la medida provisional solicitada se encuentre justificada.
57. En consecuencia, el Tribunal Arbitral decide por unanimidad rechazar la Solicitud del Ecuador para la adopción de la *cautio judicatum solvi*.

Firmada el día 29 de septiembre de dos mil diez.



Claus von Wobeser

En representación del Tribunal Arbitral

¹⁰ Es pertinente recordar en este punto el caso *Pey Casado*, en el que el Tribunal afirmó: "...las medidas provisionales, las cuales son provisionales por naturaleza y definición (tal como lo observa con acierto la parte demandada), las puede modificar o anular en todo momento el Tribunal, no tienen fuerza de "res judicata", sólo permanecen vigentes durante el procedimiento, y "quedan automáticamente sin efecto" si el Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia...". *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 23 de septiembre de 2001 (Anexo E-58), pr. 14.