

International Centre for Settlement of Investment Disputes

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún

CLAIMANTS

v.

Plurinational State of Bolivia

RESPONDENT

ICSID Case No. ARB/06/2

DECISION ON PROVISIONAL MEASURES

Rendered by an Arbitral Tribunal composed of:

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, President
Hon. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C., Arbitrator
Prof. Brigitte Stern, Arbitrator

Secretary of the Tribunal

Natalí Sequeira

Date: 26 February 2010

TABLE OF CONTENTS

I.	SUBJECT MATTER OF THIS DECISION	3
II.	FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND	4
A.	ORIGIN OF THE DISPUTE AND PROCEDURAL HISTORY	4
B.	FACTS UNDERLYING THE REQUEST FOR PROVISIONAL MEASURES	8
1.	<i>NMM's corporate audit</i>	8
2.	<i>The criminal proceedings</i>	9
III.	POSITIONS OF THE PARTIES	17
A.	CLAIMANTS' POSITION	17
1.	<i>Rights that require preservation</i>	18
a.	Right to the preservation of the status quo and non-aggravation of the dispute	18
b.	Right to the procedural integrity of the arbitration proceedings	19
c.	The right to the exclusivity of the ICSID proceedings under Art. 26 of the ICSID Convention	21
2.	<i>Requirements for provisional measures</i>	22
a.	Urgency	22
b.	Necessity	23
B.	RESPONDENT'S POSITION	23
1.	<i>Rights for which protection is sought</i>	24
a.	With respect to the right to the preservation of the status quo and non-aggravation of the dispute	25
b.	With respect to the right to the integrity of the arbitral proceedings	26
c.	With respect to the exclusivity of the ICSID proceedings	27
2.	<i>Requirements for provisional measures</i>	28
a.	Urgency	29
b.	Necessity	29
IV.	DISCUSSION	31
A.	APPLICABLE STANDARDS	31
1.	<i>Legal framework</i>	31
2.	<i>Prima facie jurisdiction</i>	31
3.	<i>Requirements for provisional measures</i>	32
B.	EXISTENCE OF RIGHTS REQUIRING PRESERVATION	32
1.	<i>Rights that may be protected by provisional measures</i>	33
2.	<i>Right to exclusivity of the ICSID proceedings in accordance with Art. 26 of the ICSID Convention</i>	36
3.	<i>The right to the preservation of the status quo and the non-aggravation of the dispute</i>	37
4.	<i>Right to the procedural integrity of the arbitration proceedings</i>	39
C.	URGENCY	41
D.	NECESSITY	42
V.	DECISION	46

I. SUBJECT MATTER OF THIS DECISION

1. The present decision deals with a Request for Provisional Measures (“Claimants’ RPM”) filed by Claimants Quiborax S.A. (“Quiborax”), Allan Fosk and Non Metallic Minerals S.A. (“NMM”) on 14 September 2009, by which Claimants request that the Arbitral Tribunal:
 - (1) Order Bolivia and/or Bolivia’s agencies or entities to refrain from engaging in any conduct that aggravates the dispute between the parties and/or alters the *status quo*, including any conduct, resolution or decision related to criminal proceedings in Bolivia against persons directly or indirectly related to the present arbitration;
 - (2) Order Bolivia and/or Bolivia’s agencies or entities to discontinue immediately and/or to cause to be discontinued all proceedings in Bolivia, including criminal proceedings and any course of action relating in any way to this arbitration and which jeopardize the procedural integrity of these proceedings;
 - (3) Order Bolivia and/or Bolivia’s agencies or entities to discontinue immediately and/or to cause to be discontinued all proceedings in Bolivia, including criminal proceedings and any course of action relating in any way to this arbitration and which threaten the exclusivity of the ICSID arbitration.¹
2. In their Reply on Provisional Measures (“Claimants’ Reply”), Claimants supplemented this request with a fourth request for relief:
 - (4) Order Bolivia and/or Bolivia’s agencies or entities to deliver to Claimants the corporate administration of NMM sequestered in the course of the criminal proceedings.²
3. The Plurinational State of Bolivia (“Bolivia” or “Respondent”) has objected to Claimants’ Request for Provisional Measures and has requested the Tribunal to:
 - (1) Reject Claimants’ Request for Provisional Measures;
 - (2) Refrain from adopting the measures that have been requested; and
 - (3) Order Claimants to pay the expenses that Bolivia has had to incur because of their groundless and reckless request.³

¹ Claimants’ RPM, p. 22.

² Claimants’ Reply, ¶ 126.

³ Respondent’s Rejoinder, ¶ 81.

II. FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

A. Origin of the Dispute and Procedural History

4. The dispute between the Parties originates from the revocation by Presidential Decreto Supremo 27.589 of 23 June 2004 (“D.S. 27.589”), of eleven mining concessions allegedly held by Claimants in Bolivia (the “Bolivian Concessions”). The concessions were held by investment vehicle and co-Claimant NMM. Co-Claimants Quiborax and Allan Fosk, both Chilean nationals, claim to have a 51% majority interest in NMM and a 100% interest in the Bolivian Concessions.
5. Claimants allege that the revocation of the Bolivian Concessions was a confiscatory measure. Claimants state that D.S. 27.589 revoked the Bolivian Concessions for alleged violations of Bolivian law, on the basis of Law 2.564 of 9 December 2003 (“Law 2.564”), which Claimants allege was tailor-made to authorize the Executive to annul Claimants’ concessions retroactively. Claimants also claim that D.S. 27.589 applied Law 2.564 incorrectly, because the Executive’s authority to annul had expired on 9 February 2004, and thus D.S. 27.589 is unlawful under domestic Bolivian law.
6. Claimants allege that D.S. 27.589 violates Claimants’ rights as foreign investors in Bolivia under the *Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (the “BIT”). On 22 July 2004, Claimants requested friendly consultations in accordance with Art. X of the BIT. This request did not lead to a resolution of the dispute, and on 4 October 2005, Claimants filed a Request for Arbitration before ICSID, which was registered on 6 February 2006.
7. In their Request for Arbitration, Claimants asked the Tribunal to declare that Bolivia breached: (i) Art. VI of the BIT by depriving Claimants of their investment in Bolivia; (ii) Art. IV of the BIT by not providing Claimants fair and equitable treatment; and (iii) Art. III of the BIT by not protecting Claimants’ investment in Bolivia and submitting Claimants to unreasonable and discriminatory measures. Claimants requested compensation of all damages suffered as a consequence of these violations, plus interest, as well as all costs of arbitration and all other costs incurred as a consequence of Bolivia’s allegedly unlawful acts.
8. The dispute continued to escalate after Claimants’ request for friendly consultations. Bolivia set up an inter-ministerial task force to evaluate the merits of Claimants’ claims. In an internal memorandum dated 8 December 2004 (the “2004 Memo”), the task force concluded that D.S. 27.589 suffered serious legal defects and that the case was about

to become an international predicament for Bolivia.⁴ The task force outlined different scenarios to aid Bolivia's defense strategy, recommending as the "best alternative" to try to demonstrate the existence of flaws in the processing of the concessions.⁵

9. On 28 October 2004, the Bolivian Mining Superintendency annulled the already revoked concessions.⁶ At the same time, Claimants allege that Bolivia submitted NMM to multiple tax investigations. By November 2007, Claimants state that NMM had been ordered to pay approximately US\$ 1,200,000 in alleged taxes and fines.
10. During this period, the Parties engaged in prolonged negotiations. Following constitution of the Tribunal on 19 December 2007, on the day of the first Procedural Session on 20 March 2008, the Parties communicated to the Tribunal that they had reached an oral settlement agreement. Upon request from the Parties, the proceedings were suspended.
11. Nine months later, Bolivia initiated criminal actions against several persons related directly or indirectly to the present arbitration, including co-Claimant Allan Fosk. Claiming that Bolivia had repudiated the oral agreement, on 14 January 2009 Claimants requested the Tribunal to resume the arbitration.
12. By Procedural Order No. 1 of 5 March 2009, the Tribunal set the calendar for the Parties' presentations. After certain changes requested or agreed by the Parties, by letter of 17 September 2009 the Tribunal amended the procedural schedule as follows:

1. On or before **14 September 2009**, the Claimants shall file their Memorial.
2. At its option, the Respondent shall file either:
 - 2.1 Objections to the jurisdiction of the Tribunal by no later than **15 January 2010**; or
 - 2.2 A Counter-memorial on the merits by no later than **15 January 2010**.

Proceedings following paragraph 2.1 above:

3. On or before **16 April 2010**, the Claimants shall file their Counter-memorial on jurisdiction.
4. On or before **18 June 2010**, the Respondent shall file its Reply on jurisdiction.
5. On or before **20 August 2010**, the Claimants shall file their Rejoinder on jurisdiction.

⁴ See 2004 Memo (Annex CPM-5), p. 11.

⁵ *Id.*, pp. 10-11.

⁶ See Writs of Annulment (Annex CPM-6).

6. On **23 September 2010**, the Tribunal will hold a hearing on jurisdiction in Paris, at a location to be later specified. On a date to be later determined but at least two weeks before the hearing on jurisdiction, the Tribunal will hold a pre-hearing telephone conference to address any outstanding issues relating to the forthcoming hearing.
7. Thereafter, the Tribunal will issue a decision or award on jurisdiction and, if applicable, a procedural order on the continuance of the proceedings on the merits, it being specified that, in this latter case, the Respondent will be required to submit its Counter-memorial on the merits no later than four months from the date of the said procedural order.

Proceedings following paragraph 2.2 above:

8. On or before **15 March 2010**, the Claimants shall file their Reply on the merits.
9. On or before **17 May 2010**, the Respondent shall file its Rejoinder on the merits.
10. On **22 to 26 June 2010** (the exact number of days being determined during the pre-hearing telephone conference), the Tribunal will hold a hearing on the merits and, if applicable on jurisdiction, in Paris, at a location to be later specified. On a date to be later determined but at least two weeks before said hearing, the Tribunal will hold a pre-hearing telephone conference to address any outstanding issues relating to the forthcoming hearing.
13. On 14 September 2009, Claimants submitted their Memorial, simultaneously with a Request for Provisional Measures.
14. By letter of 22 September 2009, the Tribunal invited Respondent to submit its observations on Claimants' Request for Provisional Measures by 13 October 2009. On 23 September 2009, Respondent requested an extension to submit its observations. The Tribunal invited Claimants to comment on this request by 5 October 2009.
15. On 2 October 2009, Claimants filed a request for a "temporary restraining order." On that same date, the Tribunal invited Respondent to provide its observations by 5 October 2009.
16. On 5 October 2009, after receiving Respondent's observations, the Tribunal denied Claimants' request for a "temporary restraining order" and, based on the circumstances surrounding Claimants' latest request, denied Respondent's request for an extension to submit its observations on Claimants' Request for Provisional Measures. The Tribunal invited the Parties to submit brief rebuttals on 21 October 2009 and 29 October 2009, respectively.
17. On 14 October 2009, Respondent filed its Objection to Claimants' Request for Provisional Measures ("Respondent's Objection"). On 21 October 2009, Claimants filed their Reply, and on 29 October 2009 Respondent filed its Rejoinder.

18. On 24 November 2009, the Tribunal and the Parties participated in a telephone conference where the Parties supplemented their written submissions. The following persons participated in the telephone conference:

Members of the Tribunal

Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, President of the Tribunal
Professor Brigitte Stern, Arbitrator
Hon. Marc Lalonde, Arbitrator

ICSID Secretariat

Ms. Natalí Sequeira, Secretary of the Tribunal

Representing Claimants

Mr. Allan Fosk, Claimant
Mr. Andrés Jana, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana
Mr. Jorge Bofill, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana
Ms. Johanna Klein Kranenberg, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana
Ms. Dyalá Jiménez F., Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana
Mr. Sebastián Yanine, Bofill Mir & Álvarez Hinzpeter Jana

Representing Respondent

Ms. María Cecilia Rocabado Tubert, Minister of Legal Defense of the State
Mr. Javier Antonio Viscarra, Vice-Minister of Legal Defense of the State
Mr. Alfredo Mamani, Director for Jurisdictional and Arbitral Defense
Mr. Paul Reichler, Foley Hoag LLP
Mr. Ronald E.M. Goodman, Foley Hoag LLP
Mr. Alberto Wray, Foley Hoag LLP
Mr. Diego Cadena, Foley Hoag LLP

19. At the telephone conference, the Tribunal heard the Parties' oral arguments. A transcript was made and distributed to the Parties.
20. By letter of 5 January 2010, Foley Hoag LLP informed the Tribunal that it no longer represented Respondent.

21. On 15 January 2010, Respondent requested a 30-day extension to submit its Objections to jurisdiction or its Counter-memorial on the merits, which the Tribunal granted. Respondent requested another 60-day extension to submit either of these pleadings on 12 February 2010. This time the Tribunal granted an extension only until 24 March 2010. At the date of issuance of this Decision, the procedural calendar described in paragraph 12 above had been extended approximately 2 months.

B. Facts Underlying the Request for Provisional Measures

22. The facts described below are based on the Parties' submissions but reflect the Tribunal's review of the record. As a result, they are presented in the manner that the Tribunal considers most intelligible. The findings of fact are made on the basis of the record as it presently stands; nothing herein shall preempt any later finding of fact or conclusion of law.

1. NMM's corporate audit

23. On 18 January 2005, six months after Claimants' request for friendly consultations and one month following the issuance of the 2004 Memo, the *Superintendencia de Empresas* ordered a corporate audit of NMM. The audit was carried out by employees of the *Superintendencia*, Ms. Lorena Fernández and Mr. Yury Espinoza. According to the testimony of Lorena Fernández, this audit was directed to establish whether NMM's shareholders were Chilean nationals.⁷ The audit appears to have been ordered at the request of the Ministry of Foreign Affairs.⁸

24. During the course of the audit, Ms. Fernández and Mr. Espinoza reviewed copies of the shareholders' registry and other corporate documents, including copies of minutes of board and shareholders' meetings. The company had stated that the original corporate documents were not available because they were in Chile, and the *Superintendencia* allowed the company to provide copies. The report that ensued from the audit ("Informe 001/2005" of 11 February 2005) noted that, according to NMM's shareholders' registry, NMM's shareholders were Quiborax, with 13,636 shares, David Moscoso, with 13,103 shares, and Allan Fosk, with one share.⁹ With respect to investment by Chilean nationals, the report concluded that the Chilean company

⁷ See Minutes of Informative Declaration before the Prosecutor as Means of Defense of Ms. María Mónica Lorena Fernández Salinas, Case No. 9394/08, 14 January 2009 ("Declaration of Lorena Fernández", Annex CPM-37).

⁸ See Declaration of Lorena Fernández (Annex CPM-37) and correspondence between the Ministry of Foreign Affairs and the *Superintendencia de Empresas* regarding NMM's corporate inspection (Annex CPM-48).

⁹ Informe 001/2005 (Annex CPM-14), p. 3.

Quiborax had acquired 26,680 shares in NMM from Compañía Minera Río Grande Sur S.A. (“RIGSSA”) on 17 August 2001 (part of which were later transferred to David Moscoso), and thus this investment was protected by the BIT.¹⁰ The report also concluded that the corporate documentation showed signs of improper handling and care.¹¹ Finally, the report contained certain recommendations with respect to Bolivia’s defense strategy in the ICSID arbitration triggered by the revocation of NMM’s mining concessions (that is, the present arbitration). These recommendations included: (i) analyzing the potential unconstitutionality of Law 1854, which would render the granting of the mining concessions null and void; (ii) establishing whether Quiborax had paid for the acquisition of its shares in NMM from RIGSSA, and thus made an effective investment in Bolivia, and (iii) taking the necessary steps to declare the annulment of the public deed whereby RIGSSA – original owner of the Bolivian Concessions – had contributed those Concessions to NMM, thus rendering Quiborax’s purchase of RIGSSA’s shares in NMM invalid as well.¹²

25. Informe 001/2005 does not appear to have been questioned by the *Superintendencia de Empresas* at the time of its issuance. Nonetheless, on 10 October 2008, the Minister of the State’s Legal Defense requested the *Superintendente* to once again review the file on NMM and certify if there were any irregularities that could give rise to the annulment of NMM’s corporate acts or the annulment of the company’s incorporation.¹³
26. On 17 October 2008, the *Superintendente de Empresas* confirmed the findings of Informe 001/2005 and denied the existence of any irregularities that could give rise to the annulment of the company’s acts, certifying, among other things, the shareholder composition of NMM, consisting of Quiborax, David Moscoso and Allan Fosk.¹⁴

2. The criminal proceedings

27. Despite the certification issued by the *Superintendencia de Empresas* on 17 October 2008, Bolivian authorities continued to review Claimants’ corporate documentation

¹⁰ *Id.*, p. 6.

¹¹ *Id.*, p. 6.

¹² *Id.*, pp. 6-7.

¹³ See Letter from Héctor E. Arce, Ministry of State’s Legal Defense to Rolando Morales, *Superintendencia de Empresas*, 10 October 2008 (Annex CPM-49).

¹⁴ See Letter from Rolando Morales, *Superintendencia de Empresas*, to Héctor E. Arce, Ministry of State’s Legal Defense, and the attached certification dated 17 October 2008. (Annex CPM-49).

registered in Bolivia's Commercial Register, and noted the existence of certain irregularities in NMM's corporate documentation.¹⁵

28. Specifically, the Bolivian government discovered the existence of the minutes of a shareholders' meeting of NMM dated 11 September 2001,¹⁶ which had not been provided during the audit, and which contained a different list of shareholders from that included in the minutes of a meeting allegedly held 2 days later, on 13 September 2001.¹⁷ Both minutes had almost identical content, but while the minutes of 11 September 2001 stated that the shareholders of NMM were Fernando Rojas, Gilka Salas, Dolly Paredes and RIGSSA, the minutes of 13 September 2001 stated that the shareholders of NMM were Allan Fosk, Empresa Química Industrial del Bórax S.A. (currently Quiborax) and David Moscoso Ruiz.
29. According to Bolivia, the existence of these two contradictory documents, seen jointly with other corporate documents of NMM, suggests that the minutes of 13 September 2001 may have been forged.¹⁸ Based on this suspicion, on 8 December 2008, the *Superintendente de Empresas* presented a criminal complaint against the following persons:¹⁹
 - (i) Co-Claimant Allan Fosk;
 - (ii) David Moscoso, Claimants' Bolivian business partner;
 - (iii) Fernando Rojas and María del Carmen Ballivián, former legal counsel of Claimants;
 - (iv) Daniel Gottschalk, attorney at Guevara & Gutiérrez, current legal counsel of Claimants;
 - (v) Dolly Teresa Paredes de Linares and Gilka Salas Orozco, employees of Estudio Rojas;
 - (vi) María Mónica Lorena Fernández Salinas and Yury Alegorio Espinoza Zalles, the two (now former) employees of the *Superintendencia de Empresas* who authored Informe 001/2005; and

¹⁵ Respondent's Objection, ¶¶ 21-29.

¹⁶ Minutes of NMM's Shareholders Meeting dated 11 September 2001 (Annex 8 to Respondent's Objection).

¹⁷ Minutes of NMM's Shareholders Meeting dated 13 September 2001 (Annex 7 to Respondent's Objection).

¹⁸ Respondent's Objection, ¶ 29.

¹⁹ See for all accusations, Criminal Complaint of 8 December 2008, Case N° 9394/08 ("Querella Criminal", Annex CPM-09). María del Carmen Ballivián was added to the list of persons under investigation on 14 April 2009. See Correction of Extension of Criminal Complaint, 14 April 2009 ("Querella Modification," Annex CPM-10).

- (vii) Tatiana Giovanna Terán de Velasco and Ernesto Ossio Aramayo, two Notaries Public whose services NMM had used.
30. The accusation underlying the criminal prosecutions (which have been identified as Case Nº 9394/08) is that some of the persons listed above forged the minutes of 13 September 2001 (replacing what Bolivia deems to be the real minutes, those of 11 September 2001), while others improperly used such forged document. Specifically, Bolivia accuses the persons listed above of the following crimes.²⁰
- (i) Allan Fosk, David Moscoso, Fernando Rojas, and Dolly Paredes are accused of four different crimes: (i) *falsedad ideológica* (forgery) in accordance with Art. 199 of the Bolivian Penal Code (“BPC”); (ii) *uso de instrumento falsificado* (use of forged document); Art. 203 BPC; (iii) *estafa* (fraud), Art. 335 BPC; and (iv) *destrucción de cosas propias para defraudar* (destruction of personal property to defraud), Art 339 BPC;
 - (ii) María del Carmen Ballivián is accused of *falsedad ideológica* and *uso de instrumento falsificado*;
 - (iii) Daniel Gottschalk was accused of *uso de instrumento falsificado* only;
 - (iv) Isaac Frenkel of *destrucción de cosas propias para defraudar*;
 - (v) Lorena Fernández, Yury Espinoza, Ernesto Ossio, and Tatiana Terán are all accused of *incumplimiento de deberes* (dereliction of duties), Art. 154 BPC;
 - (vi) Gilka Salas is mentioned among the persons accused but has not been accused of any crime in particular.
31. Bolivia's reasons to suspect this forgery are, among others:²¹
- (i) The minutes of 11 September 2001 were inserted into a public deed and used several times in the following years to grant powers of attorney for the company, which suggests that the minutes of 11 September 2001 are the real minutes, while the minutes of 13 September 2001 were created *ex post facto*.²²
 - (ii) The minutes of 11 September 2001 indicate that one of the shareholders was RIGSSA, which according to the Shareholders' Registry had transferred its shares to Quiborax on 17 August 2001. Bolivia also claims that this transfer was in breach of NMM's corporate bylaws, as they provided for a right of first refusal to the remaining shareholders that Bolivia claims was not respected.²³

²⁰ See Querella Criminal (Annex CPM-9) and Querella Modification (Annex CPM-10).

²¹ Respondent's Objection, ¶¶ 22-29. See Public Instrument No. 523/2001, September 20, 2001 (Exhibit 9 to Respondent's Objection) Public Instrument 291/2002, July 1, 2002 (Exhibit 10 to Respondent's Objection); NMM's Shareholders Registry dated January 27, 2009 (Exhibit 11 to Respondent's Objection); NMM's Bylaws (Exhibit 12 to Respondent's Objection).

²² See, e.g., Annexes 9 and 10 of Respondent's Objection.

²³ There is contradictory evidence on this point – Claimants attach the minutes of a shareholders meeting held 17 August 2001 that authorizes the transfer in the presence of all shareholders. See Minutes of NMM's shareholders meeting dated 17 August 2001 (Annex CPM-40).

(iii) According to Bolivia, Dolly Paredes's signature in the minutes of 13 September 2001 does not match her signature in other documents.²⁴

(iv) Bolivia also asserts that co-Claimant Allan Fosk was not in Bolivia on 13 September 2001.²⁵

32. Bolivia finds support for this allegation of forgery in other inconsistencies found in NMM's corporate documentation that shed doubts on the validity of Quiborax's acquisition of shares, namely:

(i) Quiborax allegedly acquired its shares from RIGSSA on 17 August 2001.²⁶ This acquisition was reflected in the minutes of NMM's shareholders' meeting of 17 August 2001.²⁷ However, the minutes of such meeting were formalized in the presence of a notary only on 26 November 2004, more than three years after the meeting was supposedly held.²⁸

(ii) In addition, RIGSSA had only recently acquired the shares it allegedly transferred, and Bolivia contends that such acquisition was not legally complete when RIGSSA transferred those shares to Quiborax. Bolivia's argument in this respect can be summarized as follows, although it must be noted that Bolivia's statement of the facts contains certain errors, in particular with respect to dates:

(a) NMM's shareholders approved RIGSSA's entry as a new shareholder and NMM's capital increase by means of RIGSSA's contribution in kind of seven mining concessions on 3 August 2001.²⁹ This capital increase was formalized by public deed dated 10 August 2001.³⁰ Bolivia alleges that NMM requested the Commercial Registry to record this capital increase on 21 August 2001, when allegedly RIGSSA was no longer a shareholder in NMM.³¹

(b) Bolivia also alleges that, pursuant to Bolivian law, NMM's capital increase had to be authorized by the Commercial Registry. This authorization, which according to Bolivia was a prerequisite for the issuance of NMM's shares, was only granted on 28 August 2001.³² In other words, the alleged transfer of shares from RIGSSA to Quiborax on 17 August 2001 could not have happened because the shares could not have been issued prior to 28 August 2001.

²⁴ See Querella Criminal (Annex CPM-9), p. 6.

²⁵ Respondent's Rejoinder, ¶ 5.

²⁶ See NMM's Shareholders' Registry (Exhibit 11 to Respondent's Objection).

²⁷ See Minutes of NMM's shareholders meeting dated 17 August 2001 (Annex CPM-40).

²⁸ See Exhibit 14 to Respondent's Objection and Exhibit 2 to Respondent's Rejoinder.

²⁹ Bolivia states that RIGSSA contributed its mining concessions on 17 August 2001, but the record shows that such contribution was approved on 3 August 2001. (Respondent's Objection to the RPM, ¶ 25).

³⁰ Bolivia alleges that the public deed is dated 16 August 2001 and thus was issued only one day prior to RIGSSA's transfer to Quiborax (See Respondent's Observations to the RPM ¶ 25). However, the public deed attached as Annex 16 to Respondent's Objection is dated 10 August 2001.

³¹ See Respondent's Objection, ¶ 25. Respondent cites to Annex 16 of its Objection, but this document does not support this allegation.

³² See Exhibit 18 to Respondent's Objection.

- (iii) Bolivia also alleges that, under Bolivian Law, the title that contains transfers of mining concessions must be recorded in the Real Property Register in order to become effective, which Bolivia claims was not done.
 - (iv) Bolivia claims that NMM's Financial Statements filed with the National Revenue Service of Bolivia continued to reflect RIGSSA's shareholder stake in NMM, with an interest of 99.75% of the stock package.³³ Similarly, RIGSSA's Financial Statements at 30 September 2003 show that its shareholder stake in NMM at that date amounted to Bs 2,793,000.³⁴
33. Claimants maintain that what Bolivia claims is forgery is merely the result of a clerical error. Claimants argue that the minutes of 11 September 2001 were incorrectly prepared by one of NMM's lawyers using old models that listed previous shareholders, and when the error was discovered, a new shareholders' meeting was held on 13 September with the correct shareholders. Claimants also insist that the minutes of 11 September were used by mistake to grant powers of attorney for the company.³⁵
34. In this regard, Claimants maintain that in 2004, Claimants' legal counsel at the time of their investment, María del Carmen Ballivián of Estudio Rojas, informed Claimants of an error she had detected in the issuance of powers of attorney upon revision of NMM's corporate administration. According to Ms. Ballivián, the powers of attorney incorporated the 11 September 2001 draft minutes of a shareholders' meeting instead of the definitive 13 September 2001 minutes which are part of the company's book of shareholders' meetings.³⁶
35. Claimants allege that, based on this information, on 21 January 2005 the Board of Directors of NMM acknowledged the mistake and ratified all acts performed by virtue of the powers of attorney that incorporated the 11 September 2001 draft minutes to avoid any challenge of these acts.³⁷ Later that same day, the Board of Directors revoked the powers of attorneys and issued new ones.³⁸
36. In the months following the initiation of the criminal proceedings, Bolivia took several measures related to the criminal investigations, including:

³³ Respondent's Objection, ¶ 24. Respondent does not attach NMM's Financial Statements nor indicates their date.

³⁴ See Exhibit 15 to Respondent's Objection. Bolivia mistakenly states that the shareholder stake was Bs 2,770,000 (Respondent's Objection, ¶ 24).

³⁵ Claimants' Reply, ¶¶ 60-63.

³⁶ Claimants' Reply, ¶ 61. This affirmation is supported by Ms. Ballivián's voluntary testimony. See Minutes of Informative Declaration of Ms. María del Carmen Ballivián Ascarrunz dated 5 February 2009. (Annex CPM-36).

³⁷ Claimants' Reply, ¶ 62. See also Minutes of NMM's Board Meeting dated 21 January 2005. (Annex CPM-59).

³⁸ *Id.*

- (i) The sequestration of corporate records;³⁹ and
 - (ii) The interrogation of persons related to Claimants/NMM's business, including Claimants' former and present legal counsel in Bolivia.⁴⁰
37. On 16 March 2009, formal charges were presented against David Moscoso, Fernando Rojas, Dolly Paredes, Lorena Fernández, and Yury Espinoza.⁴¹
38. The proceedings regarding David Moscoso, Claimants' Bolivian business partner, moved swiftly. At a hearing on preventive measures held on 4 June 2009 before Judge Margot Pérez, Moscoso was ordered to report to the court on a weekly basis, not to leave the country and to present two witnesses as sureties. The *Superintendencia* was not satisfied with this decision and appealed. As a result of this appeal, a bail of US\$300,000 was set on David Moscoso's personal liberty, to be deposited within seventy-two hours.⁴²
39. On 7 August 2009, on notice that bail would be set, David Moscoso wrote to Allan Fosk informing him that, as of the date of the notice he would have 72 hours to pay such bail or risked going to prison. Mr. Moscoso asked Allan Fosk for the bail money in compliance with the "gentlemen's agreements" reached with him and Fosk's father that they would cover all expenses related to the arbitration, and announced that if the money was not forthcoming, he would have to look for ways to preserve his freedom. Mr. Moscoso stated that "[o]ne way could be to ask for summary judgment in my condition as director of the company and be punished with a sanction that would allow me not going to prison...", and added that, if Allan Fosk did not provide him with the bail money, he would immediately start negotiations for the summary judgment.⁴³
40. On 11 August 2009, the *Fiscal* (Prosecutor) presented a request for a summary judgment against David Moscoso sentencing him to two years of imprisonment, stating that this was done at David Moscoso's request.⁴⁴

³⁹ See Deed of Sequestration, 29 January 2009 (Annex CPM-17).

⁴⁰ Jorge Luis Inchauste, current legal counsel of Claimants in Bolivia, was interrogated about documents related to the arbitration and his relationship with Claimants (See Annex CPM-18). Fernando Rojas, former legal counsel and one of the accused persons within the criminal proceedings, was also interrogated (See Annex CPM-35).

⁴¹ See Formal Indictment, 16 March 2009 (Annex CPM-11).

⁴² See Resolution No. 179/2009 of the Third Criminal Chamber, 8 August 2009 (Annex CPM-57).

⁴³ See E-mail from David Moscoso to Allan Fosk, 7 August 2009 (Annex CPM-58). (Original in Spanish).

⁴⁴ See Resolution No. 01/2009, 11 August 2009, Request for Abbreviated Proceeding (Annex CPM-19).

41. The hearing on David Moscoso's summary proceeding took place on 14 August 2009. The decision rendered as a result of that hearing indicated that Mr. Moscoso had confessed his participation in the forgery of the minutes NMM's shareholders' meeting of 13 September 2001.⁴⁵ The decision noted that such forgery had caused a harm to the Bolivian State by allowing Quiborax to initiate an arbitration against Bolivia and that the existence of harm was an essential requirement for the crimes alleged, but that Mr. Moscoso had not known of the harm that his actions could cause.⁴⁶ As a result of Mr. Moscoso's confession, he was sentenced to two years of imprisonment, receiving immediate judicial pardon based on his previous clean record.⁴⁷ Following his judicial pardon, Mr. Moscoso expressly waived his right to appeal.⁴⁸
42. On that same day, David Moscoso signed an affidavit, given expressly "within the request for Arbitration" initiated by Quiborax and others against Bolivia, where he "freely and spontaneously" confessed to his participation in the crimes of *falsedad ideológica* and *uso de instrumento falsificado*.⁴⁹ In that affidavit, he stated that he first learned of the existence of the minutes of 13 September 2001 at NMM's board meeting held on 21 January 2005.⁵⁰ Although he does not expressly say that the minutes were forged, Mr. Moscoso acknowledges that they were used to replace the minutes of 11 September 2001 in order to revoke previous powers of attorney and grant new ones, including powers of attorney related to the ICSID arbitration initiated by Quiborax "with the purpose of having the claim before ICSID prevail against the Bolivian State."⁵¹ This affidavit contradicts Mr. Moscoso's previous declaration before the criminal courts, rendered on 30 January 2009.⁵²
43. While the proceedings against David Moscoso were under way, the Minister of the State's Legal Defense and the Minister of Institutional Transparency and Defense

⁴⁵ The decision does not cite explicitly to the confession, but rather states that "regarding the existence of the act and the participation of the accused in the same, the Prosecutor has proved clearly with all the literal proof that he has presented to this judicial chamber that the accused has participated in the fabrication [facción] of these minutes that are accused as false..." and that "the accused... has acknowledged his guilt on the illegal acts that the prosecutor accuses him of..." See Resolution No. 313/2009 dated 14 August 2009, pp. 3-4. (Original in Spanish) (Annex CPM-20).

⁴⁶ See Resolution No. 313/2009 dated 14 August 2009, pp. 2-3 (Annex CPM-20).

⁴⁷ *Id.*, p. 4.

⁴⁸ *Id.*, p. 6.

⁴⁹ See Affidavit of David Moscoso, 14 August 2009 (Annex CPM-21). (Original in Spanish).

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.* (Original in Spanish).

⁵² See Informative Declaration before the Prosecutor as Means of Defense of Mr. David Moscoso Ruiz, Case No. 9394/08, 30 January 2009 (Annex CPM-22).

against Corruption presented criminal charges of *prevaricato* (malfeasance in office) against Judge Margot Pérez for failing in her functions by, among others, refusing to grant Bolivia's initial request for Mr. Moscoso's preventive detention.⁵³ The Minister of the State's Legal Defense justified his standing to file this criminal complaint on the basis of his legal responsibilities to "promote, defend and protect the interests of the pluri-national state in jurisdictional proceedings and arbitrations in investment disputes."⁵⁴ Both Ministers accused Judge Pérez of not "taking into consideration the importance of this case that concerns the protection of the goods and interests of the State that are subject of an international arbitration"; "without valuing the procedural risks that continue to exist, and that affect the arbitration that the State of Bolivia confronts before an international tribunal" and by delaying the proceedings "which negatively affects the interests of the Bolivian state, since this causes harm and delay in the international arbitration."⁵⁵

44. On 21 September 2009, the criminal court summoned Fernando Rojas and Dolly Paredes to a hearing on preventive measures.⁵⁶ Claimants feared that their personal liberty and the possible fabrication of evidence were at stake, as they allege had happened in the case of David Moscoso. On 2 October 2009, Claimants filed a request for a "temporary restraining order" to prevent the continuation of criminal proceedings related to this arbitration.⁵⁷ The Tribunal rejected this request, holding that the request did not meet the urgency requirement, and that at that stage it lacked sufficient information to assess whether the requirement of necessity was met or to determine whether any of Claimant's rights required preservation.⁵⁸
45. The hearing on preventive measures that was supposed to take place on 6 October 2009 did not take place. Dolly Paredes submitted a challenge against Judge Margot Pérez for alleged lack of impartiality as a consequence of the criminal proceedings initiated against her by the Minister of the State's Legal Defense.⁵⁹ Judge Pérez accepted the challenge, declaring that her acts "are being controlled within the

⁵³ See Complaint for crimes committed by competent authority, 10 June 2009 (Annex CPM-23), p. 8.

⁵⁴ *Id.* p. 8 (Original in Spanish).

⁵⁵ *Id.*, pp. 3, 5-6. (Original in Spanish).

⁵⁶ See Annex CRO-1.

⁵⁷ Claimants' Request for a Temporary Restraining Order, 2 October 2009.

⁵⁸ See ICSID letter dated 5 October 2009.

⁵⁹ See Challenge filed by Dolly T. Paredes, 5 October 2009 (Annex CPM-54).

proceedings for *prevaricato*, since any decision of this judge may result in further criminal charges as they have done before...”⁶⁰

III. POSITIONS OF THE PARTIES

A. Claimants’ Position

46. Claimants contend that the criminal proceedings are motivated by and aimed at the present arbitration, that they have no self-standing merit, and are instrumental to Bolivia’s defense strategy to avoid arbitration on the merits. Specifically, Claimants allege that “[t]he criminal proceedings are merely instrumental to Bolivia’s goals in the arbitration, which are to (i) deny the condition of Claimants as foreign investors under the BIT; (ii) obtain, manipulate and fabricate evidence that supports Bolivia’s defense strategy, and (iii) ultimately, force Claimants to give up their claims in the arbitration.”⁶¹
47. Claimants also argue that this is a unique case, because Bolivia is prosecuting Claimants and persons related to them for a crime that consists in presenting a claim in an international arbitration.⁶² Claimants support this allegation by asserting that Bolivia has claimed within the criminal proceedings that the harm which is a constituent element of the crimes attributed to the accused persons consists of Bolivia’s exposure to this international arbitration.⁶³
48. Finally, Claimants submit that, just as investors must pass certain tests in order to fall under the protection of the ICSID Convention, States too must abide by certain basic notions of behavior and act in accordance with ICSID rules and guiding principles. Claimants argue that “States cannot be allowed to avail themselves of their intrinsically superior powers under their own domestic legal systems in order to obstruct [an] investor’s legitimate access to ICSID arbitration”, and that coercing Claimants and persons related to their investment in Bolivia by criminal prosecution is an unacceptable means of boycotting the ICSID system that must not be permitted.⁶⁴

⁶⁰ See Resolution No. 389/2009, Decision on challenge, 7 October 2009 (Annex CPM-55). (Original in Spanish).

⁶¹ Claimants’ RPM, ¶ 18.

⁶² Transcript, p. 30, lines 15-20.

⁶³ Transcript, p. 17, lines 2-6; p. 76, lines 18-22; p. 77, lines 1-12.

⁶⁴ Claimants’ RPM, ¶ 64.

1. Rights that require preservation

49. Claimants submit that, in accordance with Art. 47 of the ICSID Convention, provisional measures can only be requested to preserve the rights of either party. Claimants allege that the criminal proceedings initiated by Bolivia impair the following rights that need preservation: (1) the right to preservation of the *status quo* and non-aggravation of the dispute; (2) the right to the procedural integrity of the arbitration proceedings; and (3) the right to exclusivity of the ICSID proceedings in accordance with Art. 26 of the ICSID Convention.⁶⁵
50. Claimants reject Bolivia's argument that the Tribunal may only order provisional measures if Bolivia's actions impair the rights "in dispute". Claimants argue that identity between the object of the coercive measures and the rights in dispute is not required, and that in any event Bolivia's actions do affect the rights "in dispute", because Claimants are not only requesting compensation for the unlawful expropriation but also moral damages for the acts of harassment perpetrated by Bolivia against Claimants, in particular by way of criminal proceedings.⁶⁶

a. Right to the preservation of the status quo and non-aggravation of the dispute

51. Claimants submit that the right to preservation of the *status quo* and the non-aggravation of the dispute is a self-standing right under international law.⁶⁷ Claimants rely on *Burlington v. Ecuador*,⁶⁸ *Electricity Company of Sofia v. Bulgaria*,⁶⁹ and *Amco Asia v. Indonesia*,⁷⁰ among others.
52. Claimants allege that the criminal proceedings have aggravated, and continue to aggravate, the dispute between the Parties. Claimants assert that Bolivia is doing everything in its power to obstruct the ICSID proceedings, and is using the criminal proceedings and other forms of harassment to ultimately force the Claimants to give up their claims.

⁶⁵ Claimants' RPM, ¶ 34.

⁶⁶ Claimants' Reply, ¶¶ 78-79.

⁶⁷ Claimants' RPM, ¶¶ 36-37.

⁶⁸ *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, ("*Burlington v. Ecuador*"), Procedural Order No. 1 of 29 June 2009 ¶ 60.

⁶⁹ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, Judgment of 5 December 1939, PCIJ series A/B No. 79, p. 199.

⁷⁰ *Amco Asia Corporation v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1 ("*Amco Asia v. Indonesia*"), Decision on Request for Provisional Measures of 9 December 1983, p. 412.

53. Claimants note as an example that the court issued an order of restraint prohibiting David Moscoso from contacting the other accused, including his former legal counsel Fernando Rojas. Claimants allege that “the direct pressure placed on David Moscoso by the government of Bolivia has made him turn against his own business partners, as well as virtually eradicated him as a source of information and a buttress for the cause of Claimants in the arbitration.”⁷¹
54. Claimants allege that Bolivia’s course of action has changed the *status quo* of the dispute, as Claimants have become defendants in Bolivia, and has created serious obstacles for Claimants’ presentation of their claim. Claimants contend that at the time they submitted their Request for Arbitration, the Parties were equal in arms as to their possibility to present their case, but since December 2008 Claimants’ position has been weakened as the persons involved in the criminal proceedings have been forced out from the ICSID proceedings as potential witnesses or sources of information.⁷²
55. Claimants argue that the criminal proceedings are aimed at avoiding discussion on the merits of the dispute and put intolerable pressure on Claimants to drop their claim. As support for this allegation, they cite declarations in the Bolivian press by Bolivian authorities, including Oscar Cámara, former Vice-Minister of the State’s Legal Defense and Executive Director of the *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas* (the agency that has since replaced the *Superintendencia de Empresas*), claiming the existence of an agreement between the Parties without any payment of compensation by Bolivia to Claimants, allegedly due to Claimants acceptance of the criminal accusations against them.⁷³

b. Right to the procedural integrity of the arbitration proceedings

56. Claimants assert that the criminal proceedings impair their right to the procedural integrity of the arbitration proceedings, in particular with respect to their access to evidence and the integrity of the evidence produced.
57. In particular, Claimants allege that Bolivia is impairing Claimants’ access to evidence by sequestering corporate documents and intimidating potential witnesses (including

⁷¹ Claimants’ RPM, ¶ 38.

⁷² Claimants’ RPM ¶ 39, Claimants’ Reply on PM, ¶ 88-90.

⁷³ Claimants’ Reply, ¶¶ 91, 33. See Press Article, “Quiborax withdrew arbitration because the Government found alleged fraud” [“Quiborax levantó arbitraje porque el Gobierno halló presunto fraude”], La Razón - Bolivia, 10 September 2009 (Annex CPM-65).

Claimants' former and current legal counsel) who now fear to testify.⁷⁴ Claimants note that the persons involved in the criminal proceedings have been defined by Bolivia as "indispensable witnesses to reach the historic truth of the facts"⁷⁵ but that, fearing for their situation in Bolivia, they are not prepared to participate in this arbitration.⁷⁶ As a result, Claimants claim they have been left without indispensable witnesses for their case.⁷⁷

58. Claimants specifically point to the fact that David Moscoso is now legally impeded to act as a witness for Claimants, as he has made a confession within the criminal proceedings and any testimony to the contrary in the ICSID proceedings would allow Bolivia to prosecute him for false testimony or false self-incrimination (*autocalumnia*).⁷⁸
59. Claimants allege that by forcing confessions such as that of David Moscoso, Bolivia is manipulating and fabricating *ex post facto* evidence to be used in the ICSID proceedings (in particular with respect to the Claimants' standing as investors under the BIT).⁷⁹ Claimants contend that "[i]f the criminal proceedings are allowed to continue, there is every reason to fear that other potential witnesses will find themselves forced to make false statements to save themselves from imprisonment or otherwise face Bolivia's persecution."⁸⁰
60. Claimants also claim that, by questioning Informe 001/2005 and harassing its authors, Bolivia has destroyed information that supports Claimants' status under the BIT. Claimants maintain that "[t]he intricate maneuvers deployed by Bolivia to diminish the value of the report are only within the means of a sovereign State with investigative and coercive powers and not permissible in international arbitration."⁸¹
61. Claimants reject Bolivia's contention that no harm is done because the Tribunal is free to weigh the evidence as it deems appropriate, arguing that this faculty will be contaminated by Bolivia because the persons involved in the criminal proceedings will no longer be able to render candid testimony.⁸²

⁷⁴ Claimants' RPM, ¶¶ 40, 42; Claimants' Reply on PM, ¶¶ 98-102.

⁷⁵ Formal Indictment, p. 10 (Annex CPM-11). (Original in Spanish).

⁷⁶ Claimants' Reply, ¶ 99.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Claimants' Reply, ¶ 97.

⁷⁹ Claimants' RPM, ¶ 41; Claimants' Reply, ¶¶ 101-102.

⁸⁰ Claimants' RPM, ¶ 42.

⁸¹ *Id.*

⁸² Claimants' Reply, ¶ 95.

c. The right to the exclusivity of the ICSID proceedings under Art. 26 of the ICSID Convention

62. Claimants contend that the criminal proceedings are aimed at destroying Claimants' status as foreign investors under the Bolivia-Chile BIT and are thus parallel proceedings on jurisdiction prohibited by the exclusivity of ICSID jurisdiction under Art. 26 of the ICSID Convention, which provides in relevant part:

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.

63. Claimants submit that "Bolivia is raising and discussing in an alternate forum issues that are aimed at attacking the jurisdiction of the Centre", and that it "has construed the mere existence of being subject to the present arbitration as the object of its domestic criminal prosecution."⁸³ Claimants argue that, as a consequence, the criminal proceedings initiated by Bolivia constitute what Art. 26 of the ICSID Convention calls "other remedy".⁸⁴ Claimants rely on *City Oriente v. Ecuador*, where the Tribunal ordered the Ecuadorian General Prosecutor to refrain from pursuing the criminal investigation of three of City Oriente's executives on charges closely related to the subject of the arbitration.⁸⁵
64. Citing *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Claimants submit that parallel proceedings are prohibited under Art. 26 of the ICSID Convention, if they "relate to the subject matter of the case before the tribunal and not to separate, unrelated issues or extraneous matters."⁸⁶ Relying on *CSOB v. Slovak Republic*, Claimants also argue that it is not necessary for the criminal proceedings to deal with the same subject matter as the ICSID proceeding to constitute such "other remedy", and that it is sufficient that the proceedings refer to matters under consideration by the Tribunal.⁸⁷

⁸³ Claimants' RPM, ¶ 50.

⁸⁴ Claimants' RPM, ¶ 51.

⁸⁵ *City Oriente Ltd. v. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/21 ("*City Oriente v. Ecuador*"), Decision on Provisional Measures of 19 November 2007, ¶ 50.

⁸⁶ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18 ("*Tokios Tokelés v. Ukraine*"), Order No. 3 of 18 January 2005, ¶ 11.

⁸⁷ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4 ("*CSOB v. Slovak Republic*"), Procedural Order No. 4 of 11 January 1999, preamble.

2. Requirements for provisional measures

65. Claimants state that provisional measures must be urgent and necessary for the rights invoked to be protected, and that both requirements are fulfilled in the present case.⁸⁸

a. Urgency

66. Citing *Burlington v. Ecuador* and Prof. Schreuer, Claimants submit that “the criterion of urgency is satisfied when [...] ‘a question cannot await the outcome of the award on the merits’”.⁸⁹
67. According to Claimants, what is essential is that the harm is likely to be produced before the date of the award.⁹⁰ For that reason, the urgency requirement must be assessed in the context of the case, as stated by the tribunal in *Biwater Gauff v. Tanzania*:

In the Arbitral Tribunal’s view, the degree of “urgency” which is required depends on the circumstances, including the requested provisional measures, and may be satisfied where a party can prove that there is a need to obtain the requested measure at a certain point in the procedure before the issuance of an award. [...] The Arbitral Tribunal also considers that the level of urgency required depends on the type of measure which is requested.⁹¹

68. Claimants argue that the requirement of urgency is met in this case.⁹² Specifically, Claimants contend that because the provisional measures are intended to protect against the aggravation of the dispute and to safeguard the jurisdictional powers of the Tribunal and the integrity of the arbitration, they are urgent by definition.⁹³
69. Claimants argue that the urgency of the provisional measures is evidenced by the conviction of David Moscoso,⁹⁴ and that it has become evident that the passage of time in the present case only makes the threat of irreparable harm to Claimants’ rights more imminent.⁹⁵

⁸⁸ Claimants’ RPM, ¶ 35.

⁸⁹ *Burlington v. Ecuador*, Procedural Order No. 1 of 29 June 2009, ¶73; Christoph H. Schreuer. *The ICSID Convention: A Commentary* (2001), p. 751, ¶ 14.

⁹⁰ Claimants’ Reply, ¶ 115.

⁹¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (“*Biwater Gauff v. Tanzania*”), Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, ¶ 76.

⁹² Claimants RPM ¶¶ 52-55.

⁹³ Claimants rely on *Burlington v. Ecuador*, Procedural Order No. 1 of 29 June 2009, ¶ 74 and *City Oriente v. Ecuador*, Decision on Provisional Measures of 19 November 2007, ¶ 69.

⁹⁴ Claimants’ RPM, ¶ 54.

⁹⁵ Claimants’ Reply, ¶ 119.

b. Necessity

70. Claimants submit that “[t]he necessity requirement requires the Tribunal to consider the proportionality of the requested provisional measures to the harm Claimants have already suffered and will continue to suffer in consequence of the actions of Bolivia.”⁹⁶
71. According to Claimants, the appropriate standard to assess the necessity of Claimants’ request for provisional measures is that established in Art. 17A of the UNCITRAL Model Law, which requires the party requesting an interim measure to satisfy the tribunal that:

Harm not adequately repaired by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted.

72. Following this standard, Claimants argue that the provisional measures requested are necessary because the harm caused would not be adequately repaired by an award on damages. Specifically, Claimants allege that “[t]he harm to Claimants caused by the criminal proceedings, consisting of restrictions on the personal liberty of co-Claimant Allan Fosk and the other persons accused, as well as the corruption of evidence relevant to the present arbitration, is not the kind of harm that can be adequately repaired by an award of damages”, and that “[i]t can only be avoided by immediate termination of the criminal proceedings in Bolivia.”⁹⁷ In contrast, Claimants assert that Bolivia suffers no harm if the criminal proceedings are stayed.⁹⁸

B. Respondent’s Position

73. Respondent notes at the outset that provisional measures are exceptional in nature and should not be granted lightly. Respondent cites *Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador*, where the Tribunal held:

It is not contested that provisional measures are extraordinary measures that cannot be recommended lightly. In other words, the circumstances under which provisional measures are required under Article 47 of the ICSID Convention are those in which the measures are necessary to preserve a party’s rights and where the need is urgent in order to avoid irreparable harm. The jurisprudence of the International Court of Justice dealing with provisional measures is well-established: a provisional

⁹⁶ Claimants’ RPM, ¶ 53.

⁹⁷ Claimants’ RPM, ¶ 62.

⁹⁸ Claimants’ RPM, ¶ 63.

measure is necessary where the actions of a party ‘are capable of causing or of threatening irreparable prejudice to the rights invoked’ [...]”⁹⁹

74. In Respondent’s view, Claimants’ request for provisional measures must fail because it meets none of these requirements.

1. Rights for which protection is sought

75. As a preliminary matter, Respondent contends that provisional measures may not be granted in this case because the criminal proceedings do not affect any of Claimants’ rights in the dispute.¹⁰⁰ Specifically, Respondent claims that “[a] criminal proceeding initiated with full factual and legal justification, exclusively to establish the existence of crimes that affect legal rights protected by Bolivian Law, does not constitute a threat to the arbitral proceeding, its development and its results.”¹⁰¹
76. Respondent also asserts that Claimants have not established “the existence of even a single objective element from which it could be determined that the rights that are significant to this dispute, including the procedural rights that they invoke, may have been affected or could be affected in an imminent and irreparable manner by the legitimate exercise of the powers that Bolivia can engage in as a sovereign state in order to demand compliance with its legislation and to apply current criminal laws in observation of the principle of due process.”¹⁰²
77. In addition, Respondent states that the dispute in this arbitration proceeding would be limited to establishing whether the Claimants have the right to the monetary compensation that they are demanding as a result of the revocation of the mining concessions they claim to have held.¹⁰³ In contrast, the criminal proceedings deal with the prosecution of crimes, specifically the alteration and falsification of documents, the use of a falsified instrument and dereliction of duty by public officers.¹⁰⁴
78. Respondent relies on precedent from the International Court of Justice, in particular the *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v.*

⁹⁹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (“*Occidental v. Ecuador*”), Decision on Provisional Measures of 17 August 2007, ¶ 59.

¹⁰⁰ Respondent’s Objection, ¶¶ 5-7.

¹⁰¹ Respondent’s Objection, ¶ 6.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ Respondent’s Objection, ¶ 7.

¹⁰⁴ Respondent’s Objection, ¶ 8, 30.

France), according to which the power of the Court to indicate provisional measures to maintain the respective rights of the parties is to be exercised only if there is an urgent need to prevent irreparable prejudice to the rights that are the subject of the dispute before the Court has had an opportunity to render its decision.¹⁰⁵

79. Respondent objects to each of Claimants' specific grounds for requesting provisional measures, as described below.

a. *With respect to the right to the preservation of the status quo and non-aggravation of the dispute*

80. As noted above, Respondent contends that there is no aggravation of the dispute or need to preserve the *status quo*, because the criminal proceedings do not affect the rights in dispute. Respondent argues that the fact that the criminal proceedings cause inconveniences and suffering to Claimants does not prove that they interfere with the rights in dispute.¹⁰⁶
81. In this regard, Respondent submits that there is no self-standing right to the preservation of the *status quo* or the non-aggravation of the dispute. Such right exists only when there is an imminent threat that a right in dispute will suffer irreparable harm.¹⁰⁷
82. Even if such self-standing right existed, as held by the tribunal in *Burlington v. Ecuador*, Respondent argues that the sole existence of this right does not necessarily mandate the adoption of provisional measures. Claimants would have to demonstrate that: (a) the initiation of the criminal proceeding alters the *status quo* of the dispute as it was submitted to the Tribunal; (b) the existence of the criminal proceeding produces a threat of irreparable harm that may affect the disputed rights; and (c) if the requested measures are not adopted, harm would be imminent.¹⁰⁸
83. Respondent argues that Claimants' reliance on *Burlington v. Ecuador* is misguided because the circumstances of that case were totally different from those of the present arbitration. In *Burlington*, Ecuador's actions giving rise to the provisional measures related to the same monetary obligations being examined by the arbitral tribunal, there

¹⁰⁵ Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Order of June 17, 2003, ICJ Reports 2003, ¶ 22.

¹⁰⁶ Respondent's Objection, ¶ 45.

¹⁰⁷ Respondent's Objection, ¶¶ 11; 46-48.

¹⁰⁸ Respondent's Objection, ¶ 51.

was an ongoing business relationship between the parties that the tribunal deemed worth protecting, and the contract governing that relationship gave rise to an obligation of specific performance that also merited protection. None of those elements is present here.

84. In any event, Respondent claims that there is no change to the *status quo*, because claimant Allan Fosk has not been formally accused and his procedural status has not changed since December 2008. Respondent also notes that none of the persons involved in the criminal proceedings has been called as a witness by Claimants, so their procedural status is not relevant to this arbitration.¹⁰⁹
85. In addition, Respondent claims that there has been no aggravation of the dispute because Claimants have not identified any measure by Bolivia that could exercise a prejudicial effect on the execution of the decision or aggravate or extend the dispute.¹¹⁰
86. Relying on *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*,¹¹¹ Respondent also argues that even when the conduct of one of the parties allegedly aggravates or prolongs the dispute, provisional measures may only be ordered if there is evidence of some irreparable harm to the rights of the other party. As this is not the case here, provisional measures may not be granted.

b. With respect to the right to the integrity of the arbitral proceedings

87. Respondent contends that there is no threat to the integrity of the proceedings, particularly with respect to the production of evidence.
88. Respondent notes that Claimants have already presented substantial evidence, including corporate documentation, both in their Request for Provisional Measures and in their Memorial on the merits. Thus, provisional measures directed to protect Claimants' right to present evidence would serve no purpose.¹¹²
89. If Claimants refer to the evidence that may be presented by Bolivia, Respondent claims that there is no urgency or necessity to support the granting of provisional measures because any evidence that Bolivia presents will be examined, criticized and verified by

¹⁰⁹ Respondent's Objection, ¶¶ 54-61.

¹¹⁰ Respondent's Objection, ¶¶ 64-69.

¹¹¹ *Pulp Mills on the River Uruguay, (Argentina v. Uruguay)*, Order of January 23, 2007, ICJ Reports 2007, ¶ 50.

¹¹² Respondent's Objection, ¶¶ 12, 72.

Claimants and freely evaluated by the Tribunal.¹¹³ Indeed, Respondent argues that any provisional measure intended to prevent such evidence from being presented would be equivalent to ruling on and rejecting such evidence without having examined it, which would affect Bolivia's right to defense.¹¹⁴

90. In this regard, Respondent states that provisional measures directed to prevent the "contamination" of evidence are appropriate only where such evidence is likely to disappear, be destroyed or become unavailable. In these cases, provisional measures are appropriate because they protect the Tribunal's ability to examine evidence in the future. Respondent argues that what Claimants seek is the opposite, that is, the issuance of provisional measures that would prevent particular evidence from ever being submitted to the Tribunal.¹¹⁵
91. Respondent rejects Claimants' accusation that the criminal proceedings were artificially instituted by Bolivia to destroy or distort the evidentiary value of certain documents relevant to proving their condition as investors. This would imply falsely accusing Bolivia of a crime. Respondent asserts that the Bolivian State is governed by the principle of separation of powers and that the Executive branch does not interfere in the administration of justice. Respondent contends that the factual circumstances that motivated the criminal proceedings fully justify such proceedings.¹¹⁶

c. With respect to the exclusivity of the ICSID proceedings

92. Respondent maintains that the exclusivity of the ICSID proceedings may only be threatened by a parallel proceeding, i.e., one that deals with the same matter. Respondent relies on *Tokios Tokelés v. Ukraine*¹¹⁷ and *City Oriente v. Ecuador*¹¹⁸, where the rights subject to the parallel proceedings were the same rights submitted to the consideration of the tribunal in the ICSID proceedings.¹¹⁹
93. Respondent rejects Claimants' argument that the criminal proceedings are directed to denying Claimants' condition as investors protected by the BIT or deciding on the Tribunal's jurisdiction. To the contrary, Respondent argues that the purpose of the

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Respondent's Objection, ¶ 72.

¹¹⁵ Respondent's Objection, ¶¶ 70, 73.

¹¹⁶ Respondent's Objection, ¶ 12

¹¹⁷ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Order No. 1, July 1, 2003, ¶ 3.

¹¹⁸ *City Oriente v. Ecuador*, Decision on Provisional Measures of 19 November 2007, ¶¶ 49- 54.

¹¹⁹ Respondent's Objection, ¶¶ 74-76.

criminal proceedings is to establish whether the individuals prosecuted committed certain crimes and, if so, to sanction such criminal conduct. Thus, the criminal proceedings do not interfere with the sphere of jurisdiction and competence of the Tribunal.¹²⁰

94. As a result, Respondent contends that the criminal proceedings are not parallel to the ICSID proceedings. While the criminal proceedings seek to sanction crimes that may have been committed, the ICSID arbitration is directed to determining whether the Claimants have the right to the relief they invoke and the compensation they are claiming. Respondent argues that “[t]he circumstance that the documents whose falsification is being investigated are related to the Claimants' status as shareholders in a Bolivian company does not transform the criminal proceeding into a proceeding that is parallel to the ICSID arbitration, because the results of the criminal proceeding will be the application, or not, of penalties for falsification pursuant to Bolivian law, regardless of the decision of the Arbitral Tribunal regarding the relevance of the claims under the BIT with Chile.”¹²¹
95. In addition, Respondent claims that the proceedings are legitimate *per se*, and not motivated by the ICSID arbitration. Indeed, Respondent argues that by requesting provisional measures Claimants seek to prevent Bolivia from exercising its sovereign right to prosecute crimes within its own territory.¹²² Respondent asserts that the existence of documentation with indications of forgery offers sufficient grounds to merit the initiation of criminal proceedings. In addition, Respondent claims that public officials are required by law to report the commission of a crime.¹²³ The fact that Bolivia paid more attention to NMM's corporate structure after Claimants filed their Request for Arbitration and thereby discovered irregularities does not mean that the criminal proceedings are a reaction to the ICSID arbitration.¹²⁴

2. Requirements for provisional measures

96. Respondent submits that provisional measures may be granted only in situations in which there exists an urgent need to safeguard rights that are in imminent danger of

¹²⁰ Respondent's Objection, ¶¶ 76-77.

¹²¹ Respondent's Rejoinder, ¶ 22.

¹²² Respondent's Rejoinder, ¶ 6.

¹²³ Respondent's Rejoinder, ¶ 6. Respondent's Rejoinder is accompanied by the Expert Report of Dr. Mary Elizabeth Carrasco Condarco, which describes the principles of Bolivian criminal procedure.

¹²⁴ Respondent's Rejoinder, ¶ 28.

irreparable harm, in such a way that the party could find the party's rights irreparably affected before a decision is made on the merits.¹²⁵ Respondent relies on *Occidental v. Ecuador*,¹²⁶ *Tokios Tokelés v. Ukraine*¹²⁷ and the Aegean Sea Continental Shelf Case (*Greece v. Turkey*).¹²⁸

97. In this case, Respondent claims that the provisional measures requested are neither urgent nor necessary, because there is no imminent threat of an irreparable harm.

a. Urgency

98. With respect to the urgency requirement, Respondent states that the threat of irreparable harm must be present and imminent. If the threat is not present or the harm is not imminent, there is no need to decide anything before the award or decision is issued. The urgency must be assessed at the time of the request, and should not be a speculation on the future.¹²⁹ Respondent relies on the *Case Concerning Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France)*.¹³⁰
99. According to Respondent, Claimants' allegations that they will not be able to access key documents or witnesses to present their case on jurisdiction (particularly their fear that key witnesses will be deprived of their liberty) are mere speculations conditional on future events, and thus are incompatible with the notion of urgency.¹³¹

b. Necessity

100. Respondent denies that the measures are necessary to prevent irreparable harm to Claimants' rights. As a preliminary matter, Respondent claims that the requirement of necessity is premised on the existence of a right that requires protection from an irreparable harm. As explained above, Respondent denies that such a right exists in this case.

¹²⁵ Respondent's Objection, ¶ 40.

¹²⁶ *Occidental v. Ecuador*, Decision on provisional measures of 17 August 2007, ¶ 61

¹²⁷ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Order No. 3, January 18, 2005, ¶ 8.

¹²⁸ *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, Order of September 11, 1976, ICJ Reports 3, ¶¶ 25, 33.

¹²⁹ Respondent's Rejoinder, ¶ 38.

¹³⁰ *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France*, 2003), Order of June 17, 2003, ICJ Reports 2003, ¶ 35.

¹³¹ Respondent's Rejoinder, ¶¶ 34-37, 41, 44.

101. In any event, as outlined in the preceding section, Respondent denies that there is any threat of harm to any of the rights invoked by Claimants. Thus, the requirement of necessity is not met.
102. Notwithstanding the above and to support its claims that no provisional measures are necessary, Respondent has committed to:
 - (a) Provide certified copies of the corporate documentation sequestered by the Bolivian authorities; and
 - (b) Collaborate so the persons involved in the criminal proceedings can be called as witnesses in the arbitration.
103. With respect to documents, Respondent stated in its Rejoinder that “as a clear sign that it has no intention of putting obstacles in the way of the Claimants’ probative task, Bolivia has agreed to obtain from the Prosecutor’s Office certified copies of any documents identified by the Claimants, if they should have any difficulty in doing so.”¹³² During the telephone conference that took place on 24 November 2009, Respondent stated that more than a commitment, this was an expression of Claimants’ unrestricted right to access to documents under Bolivian law.¹³³ This said, after being specifically asked by the President of the Tribunal, Respondent confirmed the commitment undertaken in the Rejoinder with respect to access to documents.¹³⁴
104. With respect to access to witnesses, Respondent stated in its Rejoinder that the persons involved in the criminal proceedings “could be witnesses if they wanted. In fact, since Respondent would certainly be interested in questioning them to see if it would finally be possible to clarify the famous issue of the ‘formal errors’, it would cooperate as necessary so that they could offer their testimony to the Tribunal.”¹³⁵ This commitment was confirmed by Respondent during the telephone conference.¹³⁶

¹³² Respondent’s Rejoinder, ¶ 33.

¹³³ Transcript, p. 81, lines 16-22; p. 82, lines 1-11.

¹³⁴ Transcript, p. 86, lines 10-22; p. 87, lines 1-14; p. 92, lines 12-22.

¹³⁵ Respondent’s Rejoinder, ¶ 35.

¹³⁶ Transcript, p. 89, lines 13-16; p. 90, lines 2-22; p. 91, line 1, 18-22.

IV. DISCUSSION

A. Applicable Standards

1. Legal framework

105. The relevant rules are found in Article 47 of the ICSID Convention and Rule 39 of the ICSID Arbitration Rules, which are generally considered to grant wide discretion to the Arbitral Tribunal on the issue of provisional measures.

106. Article 47 of the ICSID Convention provides that:

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

107. Rule 39 of the ICSID Arbitration Rules (effective as of January 1, 2003) provides in relevant parts:

- (1) At any time during the proceeding a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.
- (2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1).
- (3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.
- (4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.

[...]

2. *Prima facie* jurisdiction

108. It is undisputed by the Parties that the Arbitral Tribunal has the power to order provisional measures prior to ruling on its jurisdiction. The Tribunal will not exercise such power, however, unless there is a *prima facie* basis for jurisdiction.

109. The Tribunal is satisfied that it has *prima facie* jurisdiction for the purposes of rendering this decision. The Request for Provisional Measures was filed by Claimants in this arbitration. Claimants claim to be Chilean nationals, and Chile is a signatory to the

ICSID Convention. At the date when Claimants' Request for Arbitration was filed, as well as at the date when the Request for Arbitration was registered by the ICSID Secretariat, Bolivia was still a signatory to the ICSID Convention. Thus, the Tribunal has *prima facie* jurisdiction *ratione personae*.

110. Claimants claim that the disputes brought before this Tribunal arise from breaches by Bolivia of its obligations with respect to Claimants' investments in Bolivia under the Chile-Bolivia BIT. To this date, Bolivia has not contested this allegation. Thus, the Tribunal has *prima facie* jurisdiction *ratione materiae*.
111. Further, Claimants allege that the dispute arose in June 2004, long after the entry into force of the BIT in 1999. Bolivia has not contested this allegation. The Tribunal therefore also has *prima facie* jurisdiction *ratione temporis*.
112. Finally, by ratifying the Chile-Bolivia BIT, Bolivia consented in writing to the jurisdiction of the Centre over disputes such as those brought by Claimants. Claimants consented in writing to the jurisdiction of the Centre by filing their Request for Arbitration. Consequently, the Tribunal has *prima facie* jurisdiction *ratione voluntatis*, on the basis of the Parties' consent.

3. Requirements for provisional measures

113. There is no disagreement between the Parties, and rightly so, that provisional measures can only be granted under the relevant rules and standards, if rights to be protected do exist (Section B below), and the measures are urgent (Section C below) and necessary (Section D below), this last requirement implying an assessment of the risk of harm to be avoided by the measures. By contrast, the Parties disagree on the type and existence of the rights to be protected. The Parties further disagree on whether the measures are urgent and/or necessary. The Tribunal will now review the different requirements for provisional measures set out and the Parties' divergent positions in this respect.

B. Existence of Rights Requiring Preservation

114. Claimants allege that the following three rights need preservation by way of provisional measures: (i) the right to preservation of the *status quo* and non-aggravation of the dispute; (ii) the right to the procedural integrity of the arbitration proceedings, and (iii) the right to exclusivity of the ICSID proceedings in accordance with Art. 26 of the ICSID Convention.

115. As a preliminary matter, the Tribunal will deal first with Bolivia's contention that the rights that may be protected by provisional measures may only be the rights "in dispute", and specifically whether under the circumstances of this case the rights invoked by Claimants may be preserved by provisional measures (Section 1 below). The Tribunal will then review the right to exclusivity of the ICSID proceedings (Section 2 below); then the right to preservation of the *status quo* and non-aggravation of the dispute (Section 3 below); and finally the right to the procedural integrity of the arbitration proceedings (Section 4 below).

1. Rights that may be protected by provisional measures

116. Bolivia contends that provisional measures may not be granted in this case because the criminal proceedings do not affect any of Claimants' rights "in dispute", understood as the rights that are the subject matter of the ICSID arbitration. In contrast, Claimants argue that identity between the object of the coercive measures from which protection is sought and the rights in dispute is not required.
117. The Tribunal agrees with Claimants' position. In the Tribunal's view, the rights to be preserved by provisional measures are not limited to those which form the subject matter of the dispute, but may extend to procedural rights, including the general right to the preservation of the *status quo* and to the non-aggravation of the dispute. As stated by the Tribunal in *Burlington v. Ecuador*, these latter rights are self-standing rights.¹³⁷ The Tribunal in *Biwater Gauff v. Tanzania* reached a similar conclusion.¹³⁸
118. In the Tribunal's view, the applicable criterion is that the right to be preserved bears a relation with the dispute. This was the standard adopted by the tribunal in *Plama v. Bulgaria*:

The rights to be preserved must relate to the requesting party's ability to have its claims and requests for relief in the arbitration fairly considered and decided by the arbitral tribunal and for any arbitral decision which grants to the Claimant the relief it seeks to be effective and able to be carried out. Thus the rights to be preserved by provisional measures are circumscribed by the requesting party's claims and requests for relief. They may be general rights, such as the rights to due process or the right not to have the dispute aggravated, but those general rights must be

¹³⁷ *Burlington v. Ecuador*, ¶ 60.

¹³⁸ See *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural Order No. 1, 31 March 2006, ¶ 71 ("The type of rights capable of protection by means of provisional measures are not only substantive rights but also procedural rights").

related to the specific disputes in arbitration, which, in turn, are defined by the Claimant's claims and requests for relief to date.¹³⁹

119. It is evident from the record that the criminal proceedings are related to, and may even be motivated by, the ICSID arbitration. Most of the documents in the criminal proceedings refer expressly to the ICSID arbitration. To cite one example, when David Moscoso made his alleged confession, such confession specifically stated to be issued "within the Request for Arbitration initiated by [Quiborax]."¹⁴⁰
120. Although the subject matter of the criminal proceedings is the prosecution of crimes of forgery, use of forged documents, fraud, destruction of personal property to defraud and dereliction of duties, the factual accusation underlying these proceedings is that the minutes of 13 September 2001 of NMM were forged to support Claimants' contention that they were shareholders of NMM at the time the dispute brought before this Tribunal arose, thus allowing them to gain access to ICSID arbitration under the Chile-Bolivia BIT.¹⁴¹ This access to ICSID arbitration is expressly deemed to constitute the harm caused to Bolivia that is required as one of the constituent elements of the crimes prosecuted.¹⁴² Thus, the criminal proceedings are related to this arbitration because both the conduct alleged and the harm allegedly caused relate closely to Claimants' standing as investors in the ICSID proceeding.
121. In addition, although the Tribunal has every respect for Bolivia's sovereign right to prosecute crimes committed within its territory, the evidence in the record suggests that the criminal proceedings were initiated as a result of a corporate audit that targeted Claimants *because* they had initiated this arbitration. Indeed, the *Querella Criminal* expressly states that the alleged irregularities in Claimants' corporate documentation were detected in consideration of ("en atención a") the Request for Arbitration filed by Claimants against Bolivia.¹⁴³ Lorena Fernández, one of the authors of Informe

¹³⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24 ("Plama v. Bulgaria"), Order, 6 September 2005, ¶ 40.

¹⁴⁰ Affidavit of David Moscoso (Annex CPM-21). (Original in Spanish).

¹⁴¹ See, e.g. Request for Abbreviated Proceeding (Annex CPM-19), p. 5 ("For the above reasons [and] the existing evidence Mr. David Moscoso recognizes freely and spontaneously the falsity introduced in the minutes of 13 September of 2001, whose only objective was to make the Chilean company QUIBORAX a participant in the incorporation of the company N.M.M. and to use this to benefit from the Bolivia-Chile bilateral treaty and in this way sue the Bolivian State and cause a harm to it.") (Original in Spanish).

¹⁴² See Querella Criminal (Annex CPM-9) pp. 1209-1210; Formal Indictment (Annex CPM-11), pp. 4-5; Request for Abbreviated Proceeding (Annex CPM-19), p. 5; Resolution No. 313/2009 (Annex CPM-20), p. 3; Complaint for crimes committed by competent authority (Annex CPM-23), p. 2.

¹⁴³ See Querella Criminal (Annex CPM-9), p. 1209 ("In consideration of the request for arbitration filed by the company Química e Industrial del Bórax Ltda., Non Metallic Minerals S.A. and Mr. Allan Isaac Fosk Kaplún, against the Bolivian State, a series of irregularities had been detected because certain documentation appeared

001/2005, testified that the corporate audit was made at the request of the Ministry of Foreign Affairs in the context of an arbitration proceeding and was aimed at establishing whether the shareholders in NMM were Chilean nationals.¹⁴⁴ Indeed, the very content of Informe 001/2005 suggests that the underlying motivation for the audit was to serve Bolivia in the defense of this arbitration claim, as it contained specific recommendations for such defense.¹⁴⁵

122. The Tribunal cannot fail to note that these actions were taken after an inter-ministerial committee specifically recommended in the 2004 Memo that Bolivia should try to find flaws in Claimants' mining concessions as a defense strategy for the ICSID arbitration.¹⁴⁶ Seen jointly with the 2004 Memo, the corporate audit and the criminal proceedings appear to be part of a defense strategy adopted by Bolivia with respect to the ICSID arbitration.
123. Whether such defense strategy amounts to harassment, as Claimants allege, is not clear to the Tribunal. Bolivia has the sovereign power to prosecute conduct that may constitute a crime on its own territory, if it has sufficient elements justifying prosecution. Bolivia also has the power to investigate whether Claimants have made their investments in Bolivia in accordance with Bolivian law and to present evidence in that respect. But such powers must be exercised in good faith and respecting Claimants' rights, including their *prima facie* right to pursue this arbitration.
124. What is clear to the Tribunal is that there is a direct relationship between the criminal proceedings and this ICSID arbitration that may merit the preservation of Claimants' rights in the ICSID proceeding. The Tribunal will now examine specifically whether any or all of the three rights invoked by the Claimant merit such protection in the specific circumstances of the case.

to have been fabricated in order to mislead the *Superintendencia de Empresas*, during audits carried out to such company due to the incomplete documentation that was presented to the auditing entity, so that it would certify that the company Non Metallic Minerals had foreign capital so that it could benefit from the Bilateral Investment Treaty signed with the Republic of Chile and thus not [have to] go before Bolivian courts."). (Original in Spanish)

¹⁴⁴ See Declaration of Lorena Fernández (Annex CPM-37), pp. 2, 4.

¹⁴⁵ See Informe 001/2005 (Annex CPM-14), pp. 6-7.

¹⁴⁶ See 2004 Memo (Annex CPM-5).

2. Right to exclusivity of the ICSID proceedings in accordance with Art. 26 of the ICSID Convention

125. Claimants argue that provisional measures are necessary to preserve the exclusivity of the ICSID proceedings under Article 26 of the ICSID Convention, which provides in relevant part:

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.

126. Claimants argue that the criminal proceedings are aimed at destroying their status as foreign investors under the Bolivia-Chile BIT and thus constitute “other remedy” for purposes of Art. 26 of the ICSID Convention. Bolivia rejects this argument by pointing out that the subject matter of the ICSID proceeding (determining whether Bolivia has breached its obligations under the BIT and Claimants are entitled to the relief sought) is distinct from the subject matter of the criminal proceedings (prosecuting and punishing crimes in accordance with Bolivian law).
127. The Tribunal has no doubt that the right to exclusivity of the ICSID proceedings is susceptible of protection by way of provisional measures. In the words of the *Tokios Tokelés v. Ukraine* tribunal:

Among the rights that may be protected by provisional measures is the right guaranteed by Article 26 to have the ICSID arbitration be the exclusive remedy for the dispute to the exclusion of any other remedy, whether domestic or international, judicial or administrative.¹⁴⁷

128. The question that arises is whether the continuation of the criminal proceedings referred to in this decision threatens the exclusivity of the ICSID proceedings. The Tribunal considers that it does not. Although it finds that the criminal proceedings are related to the ICSID arbitration, that does not *per se* threaten the exclusivity of the arbitration proceedings under Article 26 of the ICSID Convention. Pursuant to Article 25 of the ICSID Convention, the Centre has jurisdiction to resolve investment disputes. Thus, the exclusivity of the ICSID proceedings applies only to investment disputes, i.e. here to the determination of whether Respondent has breached its international obligations under the BIT and whether Claimants are entitled to the relief they seek.

¹⁴⁷ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Order No. 3 of 18 January 2005, ¶ 7, citation omitted.

129. Consequently, the exclusivity of the ICSID proceedings does not extend to criminal proceedings. Criminal proceedings deal with criminal liability and not with investment disputes, and fall by definition outside the scope of the Centre's jurisdiction and the competence of this Tribunal. Neither the ICSID Convention nor the BIT contain any rule enjoining a State from exercising criminal jurisdiction, nor do they exempt suspected criminals from prosecution by virtue of their being investors.
130. Thus, the Tribunal finds that the criminal proceedings initiated by Respondent do not threaten the exclusivity of the ICSID proceedings. Even if the criminal proceedings result in evidence that is later used by Respondent in this arbitration, that would not undermine the Tribunal's jurisdiction to resolve Claimants' claims, if such jurisdiction is established at the appropriate procedural instance.
131. In this respect, the Tribunal notes that the practice of ICSID tribunals has been to consider that other proceedings are parallel for purposes of Art. 26 of the ICSID Convention when such proceedings deal with the same subject matter as the ICSID dispute. This was the criterion adopted by the tribunal in *Perenco v. Ecuador*¹⁴⁸, for instance.

3. The right to the preservation of the *status quo* and the non-aggravation of the dispute

132. Claimants allege that the criminal proceedings are aggravating the dispute because they put intolerable pressure on them to abandon their claim and are thus aimed at avoiding the resolution of the dispute. Claimants also allege that the criminal proceedings have changed the *status quo* of the dispute, as they have become defendants in Bolivia, and have created serious obstacles for Claimants' presentation of their claim. Respondent opposes that there is no self-standing right to the preservation of the *status quo* or the non-aggravation of the dispute and that, in any event, there is no aggravation of the dispute or need to preserve the *status quo*, because the criminal proceedings do not affect the rights in dispute.
133. As noted above, the Tribunal considers that although the criminal proceedings do not deal with the same subject matter as the ICSID proceeding, they are sufficiently related to merit the protection of Claimants' rights to the non-aggravation of the dispute and the preservation of the *status quo*, which the Tribunal considers to be self-standing rights.

¹⁴⁸ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/6) ("Perenco v. Ecuador"), Decision on Provisional Measures, 8 May 2009, ¶ 61.

134. The existence of the right to the preservation of the *status quo* and the non-aggravation of the dispute is well-established at least since the case of the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*.¹⁴⁹ In the same vein, the *travaux préparatoires* of the ICSID Convention referred to the need “*to preserve the status quo between the parties pending [the] final decision on the merits*” and the commentary to the 1968 edition of the ICSID Arbitration Rules explained that Article 47 of the Convention “*is based on the principle that once a dispute is submitted to arbitration the parties should not take steps that might aggravate or extend their dispute or prejudice the execution of the award.*”¹⁵⁰
135. In ICSID jurisprudence, this principle was first affirmed in *Holiday Inns v. Morocco*¹⁵¹ and then reiterated in *Amco v. Indonesia*. In the latter case, the tribunal acknowledged “*the good and fair practical rule, according to which both Parties to a legal dispute should refrain, in their own interest, to do anything that could aggravate or exacerbate the same, thus rendering its solution possibly more difficult*”¹⁵².
136. The principle was re-affirmed in *Plama v. Bulgaria*¹⁵³ (although with a somewhat more limited approach), *Occidental v. Ecuador*¹⁵⁴, *City Oriente v. Ecuador*¹⁵⁵, and *Burlington v. Ecuador*.¹⁵⁶
137. Having established the existence of these rights, the question that arises is whether the criminal proceedings are in fact aggravating the ICSID dispute or have changed the *status quo*.
138. The Tribunal agrees with Claimants that the criminal proceedings exacerbate the climate of hostility in which the dispute is unfolding. However, it also notes that Claimants have no more activities or presence in Bolivia. Their mining concessions have been revoked, so there is no ongoing investment to protect. Co-Claimant Allan Fosk – the only Claimant implicated in the criminal proceedings – has not been formally

¹⁴⁹ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, Judgment of 5 December 1939, PCIJ series A/B, No 79, p.199. See also the *LaGrand* case (*Germany v. United States*), Judgment of 27 June 2001, ¶ 103, ICJ Reports 2001, p. 466.

¹⁵⁰ 1 ICSID Reports, p. 99.

¹⁵¹ *Holiday Inns S.A. and others v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1), Order of 2 July 1972, not public but commented in Pierre Lalive, “The First ‘World Bank’ Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems”, BYIL, 1980.

¹⁵² *Amco Asia v. Indonesia*, Decision on request for provisional measures of 9 December 1983, ICSID Reports, 1993, p. 412.

¹⁵³ *Plama v. Bulgaria*, Order of 6 September 2005, ¶ 40.

¹⁵⁴ *Occidental v. Ecuador*, Decision on provisional measures of 17 August 2007, ¶ 96.

¹⁵⁵ *City Oriente v. Ecuador*, Decision on provisional measures of 19 November 2007, ¶ 55.

¹⁵⁶ *Burlington v. Ecuador*, Procedural Order No, 1 of 29 June 2009, ¶¶ 61-68.

accused and does not live in Bolivia. Thus, the Tribunal cannot agree with Claimants that the criminal proceedings place “intolerable pressure” on Claimants to drop their claims. Likewise, the Tribunal cannot concur with Claimants’ argument that the criminal proceedings have changed the *status quo* of the dispute because they have turned them into defendants in Bolivia. If there are legitimate grounds for the criminal proceedings, Claimants must bear the burden of their conduct in Bolivia.

4. Right to the procedural integrity of the arbitration proceedings

139. Claimants assert that the criminal proceedings impair their right to the procedural integrity of the arbitration proceedings, in particular with respect to their access to evidence and the integrity of the evidence. Specifically, Claimants claim that through the criminal proceedings Respondent has obstructed their access to indispensable evidence by sequestering their corporate records and alienating potential witnesses; that Respondent has fabricated *ex post facto* evidence by forcing false confessions out of a potential witness and thus making him unavailable to testify, and seeks to do the same with other potential witnesses; and that Respondent attempts to destroy the probative value of certain documents, such as Informe 001/2005.
140. Respondent denies that the criminal proceedings pose a threat to the procedural integrity of the arbitration proceedings, in particular with respect to the production of evidence. If Claimants’ allegation refers to the evidence to be presented by Claimants, Respondent submits that Claimants have already presented substantial evidence, and that Respondent is in no way restricting its access to documentary evidence or potential witnesses. To the contrary, Respondent submits that granting provisional measures would deprive it of the possibility to present its own case, because the criminal proceedings may result in evidence that could be submitted to this Tribunal. Respondent also rejects Claimants’ accusation that the criminal proceedings were artificially instituted by Bolivia to destroy or distort the evidentiary value of certain documents relevant to proving their condition as investors.
141. The Tribunal has no doubt that it has the power to grant provisional measures to preserve the procedural integrity of the ICSID proceedings, in particular the access to and integrity of the evidence. Such measures were granted in *Biwater Gauff v. Tanzania*¹⁵⁷ and *Agip v. Congo*¹⁵⁸ with respect to documentary evidence.

¹⁵⁷ *Biwater Gauff v. Tanzania*, ¶¶ 84- 98.

142. The Tribunal considers that the criminal proceedings may indeed be impairing Claimants' right to present their case, in particular with respect to their access to documentary evidence and witnesses. Claimants have been deprived of their corporate records and, although it appears from the record that Claimants have had access to copies of certain documents, it is unclear whether they are still missing relevant documentation that might assist them in presenting their case on jurisdiction or the merits.
143. The Tribunal is also troubled by the effect that the criminal proceedings may have on potential witnesses. The record shows that Respondent has pressed formal charges against several persons involved in Claimants' operation in Bolivia, including its business partner, former counsel, the authors of Informe 001/2005, and the judge who refused to order the preventive detention of Mr. Moscoso. It is true that Claimants have already produced evidence with their Memorial and that these persons have not been named as witnesses. However, Claimants have not answered any possible objections to jurisdiction yet nor submitted their Reply to Respondent's Counter-Memorial on the merits, if any. If such objections are raised, then the record as it stands seems to indicate that these persons may indeed be privy to relevant facts and be asked to give evidence.
144. Respondent denies that it has exercised any undue pressure on these persons that could prevent them from acting as witnesses in this arbitration. However, at least one of them – David Moscoso – is as a result of the criminal proceedings legally prevented from testifying for Claimants in the ICSID proceedings because he cannot testify against his own confession.
145. In addition, the way in which the criminal proceedings against David Moscoso developed suggests that Respondent indeed may be exercising undue pressure against potential witnesses. The record shows that David Moscoso had first denied participation in the crimes charged and confessed only after bail of US\$300,000 was set on his personal liberty. Such bail had first been denied by the competent judge, and was only set after that judge was charged with malfeasance in office for having neglected to consider the importance of the case for the State of Bolivia. The Tribunal also finds it troubling that although the Bolivian authorities first insisted on Mr.

¹⁵⁸ *Agip SpA v. People's Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Decision, 18 January 1979, reported in the Award of 30 November 1979, 1 ICSID Reports, p. 310.

Moscoso's preventive detention, once he had confessed he was immediately pardoned, which seems to suggest that the restriction on his personal liberty was meant as an intimidation measure and not because the nature or circumstances of the crime required Mr. Moscoso's detention.

146. Even if no undue pressure is exercised on potential witnesses, the very nature of these criminal proceedings is bound to reduce their willingness to cooperate in the ICSID proceeding. Given that the existence of this ICSID arbitration has been characterized within the criminal proceedings as a harm to Bolivia, it is unlikely that the persons charged will feel free to participate as witnesses in this arbitration.
147. The Tribunal is not persuaded by Respondent's argument that if provisional measures are granted this would affect Respondent's ability to present its case in this ICSID arbitration. Somewhat paradoxically, Respondent itself has argued that the criminal proceedings are not directed to determine the jurisdiction of this Tribunal. In any event, whether Claimants made an investment in Bolivia that is covered by the Chile-Bolivia BIT will not be proved or disproved by criminal proceedings, but by evidence related to ownership and to the manner in which the investment was made, among others. Even if the criminal proceedings could potentially result in evidence of facts related to this Tribunal's jurisdiction, the Tribunal would not be bound by it.
148. Thus, the Tribunal finds that Claimants have shown the existence of a threat to the procedural integrity of the ICSID proceedings, in particular with respect to their right to access to evidence through potential witnesses. In the words of the *Plama* tribunal, the Tribunal finds that, under the particular circumstances of this case, the rights invoked by Claimants and analyzed in this Section relate to Claimants' "ability to have [their] claims and requests for relief in the arbitration fairly considered and decided by the arbitral tribunal".¹⁵⁹

C. Urgency

149. The Parties agree that there is urgency when there is a need to safeguard rights that are in imminent danger of irreparable harm before a decision is made on the merits. They disagree, however, on whether the present facts meet the urgency requirement.

¹⁵⁹ *Plama v. Bulgaria*, Order, 6 September 2005, ¶ 40.

150. The Arbitral Tribunal agrees with Claimants that the criterion of urgency is satisfied when “a question cannot await the outcome of the award on the merits”¹⁶⁰. This is in line with the practice of the International Court of Justice (“ICJ”)¹⁶¹. The same definition has also been given in *Biwater Gauff v. Tanzania*:

In the Arbitral Tribunal’s view, the degree of ‘urgency’ which is required depends on the circumstances, including the requested provisional measures, and may be satisfied where a party can prove that there is a need to obtain the requested measures at a certain point in the procedure before the issuance of an award.¹⁶²

151. Claimants argue that the requirement of urgency is met in this case. Specifically, Claimants contend that because the measures are intended to protect against the aggravation of the dispute and to safeguard the jurisdictional powers of the Tribunal and the integrity of the arbitration, they are urgent by definition.

152. By contrast, Respondent argues that there is no imminent threat to any of Claimants’ rights because the alleged harm to such rights is mere speculation.

153. The Tribunal agrees with Claimants that if measures are intended to protect the procedural integrity of the arbitration, in particular with respect to access to or integrity of the evidence, they are urgent by definition. Indeed, the question of whether a Party has the opportunity to present its case or rely on the integrity of specific evidence is essential to (and therefore cannot await) the rendering of an award on the merits.

D. Necessity

154. The Tribunal has found that the criminal proceedings threaten the procedural integrity of the ICSID proceeding, and that provisional measures are urgent. The Tribunal will now examine if provisional measures such as those requested by Claimants are necessary.

¹⁶⁰ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 751, ¶ 14.

¹⁶¹ In the words of the ICJ, “[w]hereas the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency in the sense that there is a real risk that action prejudicial to the rights of either party might be taken before the Court has given its final decision (see, for example, *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, ICJ Reports 1991, p. 17, ¶ 23; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measures, Order of 17 June 2003, ICJ Reports 2003, p. 107, ¶ 22; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Preliminary Objections, Order of 23 January 2007, p. 11, ¶ 32), and whereas the Court thus has to consider whether in the current proceedings such urgency exists”, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 October 2008, ¶ 129.

¹⁶² *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, ¶ 76.

155. The Parties agree that provisional measures must be necessary, in other words, that they must be required to avoid harm or prejudice being inflicted upon the applicant. However, they disagree on the qualification of the harm, whether serious or irreparable, and also whether the criminal proceedings present a harm to Claimants' rights that requires avoidance by granting provisional measures.

156. The Tribunal considers that an irreparable harm is a harm that cannot be repaired by an award of damages. Such a standard has been adopted by several ICSID tribunals and embodied in Art. 17A of the UNCITRAL Model Law.¹⁶³ That provision requires the party requesting an interim measure to satisfy the tribunal that:

Harm not adequately repaired by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted.

157. Following this standard, Claimants submit that the provisional measures requested are necessary because the harm caused would not be adequately repaired by an award of damages. The Tribunal agrees with Claimants in this respect: any harm caused to the integrity of the ICSID proceedings, particularly with respect to a party's access to evidence or the integrity of the evidence produced could not be remedied by an award of damages.

158. However, Claimants have accurately pointed out that the necessity requirement requires the Tribunal to consider the proportionality of the requested provisional measures. The Tribunal must thus balance the harm caused to Claimants by the criminal proceedings and the harm that would be caused to Respondent if the proceedings were stayed or terminated.

159. Respondent claims that its sovereignty would be harmed if the Tribunal orders the provisional measures sought by Claimants, as this would unduly interfere with its right to prosecute crimes committed on its territory. Respondent also argues that the criminal proceedings may provide evidence that it could present in the ICSID proceedings, and that granting the measures requested by Claimants would prevent such evidence from ever reaching the Tribunal and would thus affect its right to present its case.

¹⁶³ See *City Oriente v. Ecuador*, Decision on Revocation of Provisional Measures, 13 May 2008, ¶ 72, n. 21; *Sergei Paushok v. Republic of Mongolia*, Order on Interim Measures of 2 September 2008 ¶¶ 68-69; *Burlington v. Ecuador*, Procedural Order No. 1 of 29 June 2009, ¶¶ 81-82.

160. In addition, Respondent has committed to collaborate with Claimants' access to documentary evidence and witnesses. Specifically, it has committed to:
- (a) "obtain from the Prosecutor's Office certified copies of any documents identified by the Claimants, if they should have any difficulty in doing so";¹⁶⁴
 - (b) "cooperate as necessary so that [the persons charged in the criminal proceedings] could offer their testimony to the Tribunal".¹⁶⁵
161. In Claimants' view, these commitments are not sufficient. Claimants insist that they require the entire set of original documents sequestered by Bolivia, and that they have serious difficulties accessing documents from the criminal proceedings, so Respondent's assurance that the criminal documents are available to them is an empty promise.¹⁶⁶
162. With respect to witnesses, Claimants contend that Respondent's assurances are insufficient because it is not in Respondent's power to grant them access to the witnesses. Claimants assert that the persons involved in the criminal proceedings cannot or are not willing to appear as witnesses in this arbitration, either because they are legally impeded from rendering testimony contrary to their prior testimony in the criminal proceedings (as is the case of David Moscoso), or because they fear that their participation in the arbitration will worsen their status in the criminal proceedings. Thus, Claimants argue that the only way to make these persons available would be to stop the criminal proceedings so that these persons can testify freely and without fear.¹⁶⁷
163. The Tribunal takes due notice of Respondent's commitments set out in paragraph 160 above. Nonetheless, the Tribunal agrees with Claimants that in the particular circumstances of this case the commitment with respect to witnesses is insufficient. Regardless of whether the criminal proceedings have a legitimate basis or not (an issue which the Tribunal is not in a position to determine), the direct relationship between the criminal proceedings and this ICSID arbitration is preventing Claimants from accessing witnesses that could be essential to their case. No assurance of cooperation from Respondent can guarantee that persons who are being prosecuted for having allegedly caused harm to Respondent by permitting Claimants to present

¹⁶⁴ Respondent's Rejoinder ¶ 33; see also Transcript, p. 81, lines 16-22; p. 82, lines 1-11.

¹⁶⁵ Respondent's Rejoinder ¶ 35; see also Transcript, p. 86, lines 10-22; p. 87, lines 1-14; p. 92, lines 12-22.

¹⁶⁶ Transcript, p. 86-88.

¹⁶⁷ Transcript, p. 93-95.

this arbitration will be willing to participate as witnesses in this very same arbitration. Under these circumstances, the Tribunal considers that Claimants' access to witnesses may improve if the criminal proceedings are stayed until this arbitration is finalized or this decision is reconsidered.

164. The Tribunal has given serious consideration to Respondent's argument that an order granting the provisional measures requested by Claimants would affect its sovereignty. In this respect, the Tribunal insists that it does not question the sovereign right of a State to conduct criminal cases. As mentioned in paragraph 129 above, the international protection granted to investors does not exempt suspected criminals from prosecution by virtue of their being investors. However, the situation encountered in this case is exceptional. The Tribunal has been convinced that there is a very close link between the initiation of this arbitration and the launching of the criminal cases in Bolivia. It has become clear to the Tribunal that one of the Claimants is being subjected to criminal proceedings precisely because he presented himself as an investor with a claim against Bolivia under the ICSID/BIT mechanism. Likewise, the Tribunal has been convinced that the other persons named in the criminal proceedings are being prosecuted because of their connection with this arbitration (be it as Claimants' business partners or counsel, or as authors of a report ordered by a state agency). Although Bolivia may have reasons to suspect that the persons being prosecuted could have engaged in criminal conduct, the facts presented to the Tribunal suggest that the underlying motivation to initiate the criminal proceedings was their connection to this arbitration, which has been expressly deemed to constitute the harm caused to Bolivia that is required as one of the constituent elements of the crimes prosecuted.
165. In addition, the Tribunal is of the opinion that a mere stay of the criminal proceedings would not affect Respondent's sovereignty nor require conduct in violation of national law. Respondent's expert in criminal procedure, Dr. Mary Elizabeth Carrasco Condarco, notes that the prosecutor may request the competent judge to refrain from prosecuting a criminal action in certain cases, such as when the event is of little social relevance or judicial pardon is foreseeable.¹⁶⁸ The fact that David Moscoso was

¹⁶⁸ Dr. Carrasco Condarco states: "The exercise of the public criminal action may not be suspended, interrupted, nor ceased, except in the cases expressly provided by law. The prosecutor's office shall have the obligation to exercise the public criminal action in all the cases where it applies, however, it may request the Judge that exercises jurisdictional control to dispense with criminal persecution of one or more of the events prosecuted, with respect to one or more participants, only in the following cases: 1.- When it is an event of little social relevance due to its minimal effect on the legally protected interest, 2.- When the prosecuted person has suffered as a

immediately pardoned, allegedly on the basis of a clean record, suggests that others in a similar situation may be pardoned as well, and that Respondent does not consider them a threat to society. In any event, the harm that such a stay would cause to Bolivia is proportionately less than the harm caused to Claimants if the criminal proceedings were to continue their course. Once this arbitration is finalized, Respondent will be free to continue the criminal proceedings, subject to the Tribunal terminating or amending this Decision prior to the completion of this arbitration.

V. DECISION

On this basis, the Arbitral Tribunal makes the following decision:

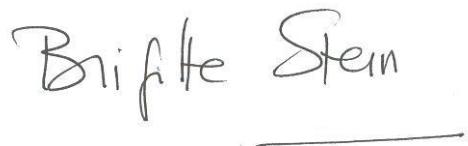
1. Respondent shall take all appropriate measures to suspend the criminal proceedings identified as Case Nº 9394/08, initiated against Allan Fosk, David Moscoso, Fernando Rojas, María del Carmen Ballivián, Daniel Gottschalk, Dolly Teresa Paredes de Linares, Gilka Salas Orozco, María Mónica Lorena Fernández Salinas, Yury Alegorio Espinoza Zalles, Tatiana Giovanna Terán de Velasco and Ernesto Ossio Aramayo, and any other criminal proceedings directly related to the present arbitration, until this arbitration is completed or until reconsideration of this decision, whether at the request of a Party or of the Tribunal's own motion.
2. Respondent shall also refrain from initiating any other criminal proceedings directly related to the present arbitration, or engaging in any other course of action which may jeopardize the procedural integrity of this arbitration.
3. Claimants' other requests for provisional measures are denied.
4. Costs are reserved for a later decision or award.

consequence of the event a physical or moral damage more serious than the sentence to be imposed; 3.- When the sentence that is expected for the crime which prosecution is dispensed with lacks importance in consideration of a sentence that has already been imposed for another crime, 4.- When judicial pardon is foreseeable and 5.- When the expected sentence lacks importance considering those of other crimes, or that which would be imposed in a proceeding taking place abroad and the requested extradition may be granted (article 21 of the [Code of Criminal Procedure])." Expert Report of Mary Elizabeth Carrasco Condarco, p. 3. (Original in Spanish).



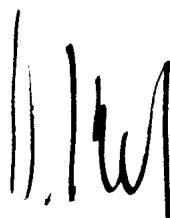
Hon. Marc Lalonde

Date: 01.02.2010



Prof. Brigitte Stern

Date: 01.02. 2010



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, President

Date: 01.02.2010

**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

I.	OBJETO DE LA PRESENTE DECISIÓN.....	3
II.	ANTECEDENTES DE HECHO Y PROCESALES	4
A.	ORIGEN DE LA CONTROVERSIAS 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
III.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	18
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
IV.	ANÁLISIS	33
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
V.	DECISIÓN	50

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 CIADI¹.
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 penal².
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 solicitud³.

¹ SMP de los Demandantes, pág. 22.

² Réplica de los Demandantes, párr. 126.

³ 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 Bolivia⁴. La comisión ideo 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 concesiones⁵.
9. El 28 de octubre de 2004, la Superintendencia de Minas de Bolivia anuló las concesiones que ya habían sido revocadas⁶. 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

⁴ Ver Memo de 2004 (Anexo CPM-5), pág. 11.

⁵ *Idem*, págs. 10-11.

⁶ 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 Objecciones 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 presentarán 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 Duplicia 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 Duplicia 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 Objecciones 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 chilenos⁷. La inspección parece haber sido ordenada a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores⁸.
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 acción⁹. 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 TBI¹⁰. El informe también determinó que la documentación societaria mostraba signos de manejo y cuidado inadecuados¹¹. 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

⁷ 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).

⁸ 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).

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

¹⁰ *Ídem*, pág. 6.

¹¹ *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 RIGSSA¹².

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 sociedad¹³.
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 Fosk¹⁴.

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 NMM¹⁵.
28. En particular, el gobierno boliviano detectó la existencia del acta de la junta de accionistas de NMM del 11 de septiembre de 2001¹⁶, 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

¹² *Idem*, págs. 6-7.

¹³ 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).

¹⁴ 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).

¹⁵ Oposición de la Demandada, párrs. 21-29.

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

de 2001¹⁷. 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 falsificada¹⁸. En función de esta sospecha, el 8 de diciembre de 2008, el Superintendente de Empresas interpuso una querella criminal contra las siguientes personas¹⁹:
- (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

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

¹⁸ Oposición de la Demandada, párr. 29.

¹⁹ Ver todas las acusaciones de la Querella Criminal del 8 de diciembre de 2008, Caso No. 9394/08 (“Querella 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 Querella, 14 de abril 2009 (“Modificación de Querella”, Anexo CPM-10).

ilegítima. Específicamente, Bolivia acusa a las personas antes mencionadas de los siguientes delitos²⁰:

- (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 siguientes²¹:

- (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*²².
- (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 respetado²³.
- (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 documentos²⁴.

²⁰ Ver Querella Criminal (Anexo CPM-9) y Modificación de Querella (Anexo CPM-10).

²¹ 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).

²² Ver, por ejemplo, Anexos 9 y 10 de la Oposición de la Demandada.

²³ 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).

²⁴ Ver Querella 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 2001²⁵.
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 2001²⁶. Esta adquisición se registró en el acta de la junta de accionistas de NMM celebrada el 17 de agosto de 2001²⁷. 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 junta²⁸.
 - (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 mineras²⁹. Dicho aumento de capital se formalizó mediante escritura pública del 10 de agosto de 2001³⁰. 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 NMM³¹.
 - (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 2001³². 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.

²⁵ Duplicia de la Demandada, párr. 5.

²⁶ Ver Registro de Accionistas de NMM (Anexo 11 de la Oposición de la Demandada).

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

²⁸ Ver Anexo 14 de la Oposición de la Demandada y Anexo 2 de la Duplicia de la Demandada.

²⁹ 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).

³⁰ 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.

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

³² 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 accionario³³. 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.³⁴
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 sociedad³⁵.
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 sociedad³⁶.
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

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

³⁴ 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).

³⁵ Réplica de los Demandantes, párrs. 60-63.

³⁶ 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 actos³⁷. Ese mismo día, el Directorio revocó los poderes y otorgó poderes nuevos³⁸.

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 societarios³⁹; 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 Bolivia⁴⁰.
37. El 16 de marzo de 2009, se imputó formalmente a David Moscoso, Fernando Rojas, Dolly Paredes, Lorena Fernández y Yury Espinoza⁴¹.
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 horas⁴².
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

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

³⁸ *ídem*.

³⁹ Ver Acta de Secuestro, 29 de enero de 2009 (Anexo CPM-17).

⁴⁰ 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).

⁴¹ Ver Imputación Formal, 16 de marzo de 2009 (Anexo CPM-11).

⁴² 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 abreviado⁴³.

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 Moscoso⁴⁴.
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 2001⁴⁵. 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 conducta⁴⁶. 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 penales⁴⁷. Posteriormente a dicho perdón judicial, el Sr. Moscoso hizo renuncia expresa a su derecho a apelar⁴⁸.
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 falsificado⁴⁹. En dicha declaración jurada manifestó que recién tuvo conocimiento de la existencia del acta del 13 de septiembre 2001 en la

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

⁴⁴ 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).

⁴⁵ 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).

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

⁴⁷ *Ídem*, pág. 4.

⁴⁸ *Ídem*, pág. 6.

⁴⁹ 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 2005⁵⁰. Si bien no dijо 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”⁵¹. Dicha declaración jurada contradice los dichos del Sr. Moscoso vertidos con anterioridad ante el tribunal penal el 30 de enero de 2009⁵².

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 cosas⁵³. 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”⁵⁴. 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”⁵⁵.
44. El 21 de septiembre de 2009, el tribunal penal emplazó a Fernando Rojas y Dolly Paredes a comparecer a una audiencia sobre medidas cautelares⁵⁶. 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

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² 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).

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

⁵⁴ *Idem*, pág. 8

⁵⁵ *Idem*, págs. 5-6.

⁵⁶ Ver Anexo CRO-1.

que se emitiera una “orden de restricción temporal” a fin de impedir la continuación del proceso penal relacionado con este arbitraje⁵⁷. 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 preservación⁵⁸.

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 Estado⁵⁹. 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...”⁶⁰.

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”⁶¹.
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

⁵⁷ Solicitud de los Demandantes de una Orden de Restricción Temporal, 2 de octubre de 2009.

⁵⁸ Ver Carta del CIADI del 5 de octubre de 2009.

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

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

⁶¹ SMP de los Demandantes, párr. 18. (Original en inglés).

internacional⁶². 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 internacional⁶³.

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 permitida⁶⁴.

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 CIADI⁶⁵.
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

⁶² Transcripción, pág. 30, líneas 15-20.

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

⁶⁴ SMP de los Demandantes, párr. 64. (Original en inglés).

⁶⁵ 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 penales⁶⁶.

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 internacional⁶⁷. Los Demandantes se fundan en los casos *Burlington c. Ecuador*⁶⁸, *Electricity Company of Sofia c. Bulgaria*⁶⁹ y *Amco Asia c. Indonesia*⁷⁰, 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”⁷¹.
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

⁶⁶ Réplica de los Demandantes, párrs. 78-79.

⁶⁷ SMP de los Demandantes, párrs. 36-37.

⁶⁸ *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.

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

⁷⁰ *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.

⁷¹ 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 información⁷².

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 ellos⁷³.

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 testimonio⁷⁴. 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”⁷⁵ pero que, por temor a su situación en Bolivia, no están preparados para participar en este proceso arbitral⁷⁶. Por ende, los Demandantes reclaman que han sido despojados de testigos indispensables para su caso⁷⁷.

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

⁷³ 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).

⁷⁴ SMP de los Demandantes, párrs. 40, 42; Réplica de los Demandantes, párrs. 98-102.

⁷⁵ Imputación Formal, pág. 10 (Anexo CPM-11).

⁷⁶ Réplica de los Demandantes, párr. 99.

⁷⁷ *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 autocalumnia⁷⁸.
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)⁷⁹. 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”⁸⁰.
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”⁸¹.
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 sincera⁸².

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:

⁷⁸ Réplica de los Demandantes, párr. 97.

⁷⁹ Oposición de los Demandantes, párr. 41; Réplica de los Demandantes, párrs. 101-102.

⁸⁰ Oposición de los Demandantes, párr. 42. (Original en inglés).

⁸¹ *Idem*.

⁸² 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”⁸³. 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”⁸⁴. 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 arbitraje⁸⁵.
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.”⁸⁶ Además, invocan el caso *CSOB c. Repùblica 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 Tribunal⁸⁷.

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 caso⁸⁸.

⁸³ SMP de los Demandantes, párr. 50. (Original en inglés).

⁸⁴ SMP de los Demandantes, párr. 51. (Original en inglés).

⁸⁵ *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.

⁸⁶ *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).

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

⁸⁸ 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’”⁸⁹.
67. Según los Demandantes, el elemento principal es que exista la posibilidad de que el daño se produzca antes de la fecha del laudo⁹⁰. 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 solicitada⁹¹.

68. Los Demandantes argumentan que en este caso se cumple el requisito de urgencia⁹². 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 definición⁹³.
69. Los Demandantes argumentan que la urgencia de las medidas provisionales queda comprobada por la condena de David Moscoso⁹⁴, 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 inminente⁹⁵.

⁸⁹ *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).

⁹⁰ Réplica de los Demandantes, párr. 115.

⁹¹ *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).

⁹² SMP de los Demandantes, párrs. 52-55.

⁹³ 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.

⁹⁴ SMP de los Demandantes, párr. 54.

⁹⁵ 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”⁹⁶.
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”⁹⁷. Asimismo, los Demandantes afirman que Bolivia no sufriría ningún daño si se suspendiera el proceso penal⁹⁸.

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,

⁹⁶ SMP de los Demandantes, párr. 53. (Original en inglés).

⁹⁷ SMP de los Demandantes, párr. 62. (Original en inglés).

⁹⁸ SMP de los Demandantes, párr. 63.

cuento 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” [...]⁹⁹

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 controversia¹⁰⁰. 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”¹⁰¹.
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”¹⁰².
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 tenido¹⁰³. 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

⁹⁹ *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.

¹⁰⁰ Oposición de la Demandada, párrs. 5-7.

¹⁰¹ Oposición de la Demandada, párr. 6.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Oposición de la Demandada, párr. 7.

instrumento falsificado y el incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos¹⁰⁴.

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 decisión¹⁰⁵.
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 controvertidos¹⁰⁶.
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 irreparable¹⁰⁷.
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

¹⁰⁴ Oposición de la Demandada, párrs. 8, 30.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Oposición de la Demandada, párr. 45.

¹⁰⁷ 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 inminente¹⁰⁸.

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 arbitraje¹⁰⁹.
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 controversia¹¹⁰.
86. La Demandada invoca el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*¹¹¹ 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.

¹⁰⁸ Oposición de la Demandada, párr. 51.

¹⁰⁹ Oposición de la Demandada, párrs. 54-61.

¹¹⁰ Oposición de la Demandada, párrs. 64-69.

¹¹¹ *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 nada¹¹².
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 Tribunal¹¹³. 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 Bolivia¹¹⁴.
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 Tribunal¹¹⁵.
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 proceso¹¹⁶.

¹¹² Oposición de la Demandada, párrs. 12, 72.

¹¹³ *Ídem*.

¹¹⁴ Oposición de la Demandada, párr. 72.

¹¹⁵ Oposición de la Demandada, párrs. 70, 73.

¹¹⁶ 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*¹¹⁷ y *City Oriente c. Ecuador*¹¹⁸, 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 CIADI¹¹⁹.
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 Tribunal¹²⁰.
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 “[...]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.”¹²¹.
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

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

¹¹⁸ *City Oriente c. Ecuador*, párrs. 49-54.

¹¹⁹ Oposición de la Demandada, párrs. 74-76.

¹²⁰ Oposición de la Demandada, párrs. 76-77.

¹²¹ Duplicata de la Demandada, párr. 22.

su derecho soberano a iniciar acciones penales dentro de su propio territorio¹²². 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 delito¹²³. 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 CIADI¹²⁴.

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 fondo¹²⁵. La Demandada se basa en los casos *Occidental c. Ecuador*¹²⁶, *Tokios Tokelés c. Ucrania*¹²⁷ y el Caso Aegean Sea Continental Shelf (Grecia c. Turquía)¹²⁸.
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

¹²² Dúplica de la Demandada, párr. 6.

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

¹²⁴ Dúplica de la Demandada, párr. 28.

¹²⁵ Oposición de la Demandada, párr. 40.

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

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

¹²⁸ 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 futuro¹²⁹. La Demandada se basa en el Caso sobre *Ciertos Procesos Penales en Francia (República del Congo c. Francia)*¹³⁰.

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 urgencia¹³¹.

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 tuvieran alguna dificultad para hacerlo”¹³². 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

¹²⁹ Dúplica de la Demandada, párr. 38.

¹³⁰ 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.

¹³¹ Dúplica de la Demandada, párrs. 34-37, 41, 44.

¹³² Dúplica de la Demandada, párr. 33.

derecho irrestricto de los Demandantes a acceder a información en virtud de las leyes bolivianas¹³³. 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 documentos¹³⁴.

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”¹³⁵. La Demandada confirmó este compromiso durante la conferencia telefónica¹³⁶.

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.

¹³³ Transcripción, pág. 81, líneas 16-22; pág. 82, líneas 1-11.

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

¹³⁵ Dúplica de la Demandada, párr. 35.

¹³⁶ 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 autónomos¹³⁷. El Tribunal en el caso *Biwater Gauff c. Tanzania* llegó a una conclusión similar¹³⁸.
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 fecha¹³⁹.

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,

¹³⁷ *Burlington c. Ecuador*, párr. 60.

¹³⁸ 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”).

¹³⁹ *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]"¹⁴⁰.

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 Bolivia¹⁴¹. 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 imputados¹⁴². 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 Bolivia¹⁴³. Lorena Fernández, una de las autoras del Informe 001/2005, declaró que la inspección se

¹⁴⁰ Declaración Jurada de David Moscoso (Anexo CPM-21).

¹⁴¹ 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").

¹⁴² 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.

¹⁴³ 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 República 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 Chile¹⁴⁴. 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 sentido¹⁴⁵.

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 CIADI¹⁴⁶. 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:

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

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

¹⁴⁶ 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 administrativo¹⁴⁷.

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

¹⁴⁷ *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*¹⁴⁸, 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.

¹⁴⁸ *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*¹⁴⁹. 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”¹⁵⁰.
135. En la jurisprudencia del CIADI, este principio fue asentado por primera vez en *Holiday Inns c. Marruecos*¹⁵¹ 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*”¹⁵².
136. El principio fue ratificado en *Plama c. Bulgaria*¹⁵³ (aunque con alcance un tanto más limitado), en *Occidental c. Ecuador*¹⁵⁴, *City Oriente c. Ecuador*¹⁵⁵ y en *Burlington c. Ecuador*¹⁵⁶.
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

¹⁴⁹ *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.

¹⁵⁰ 1 ICSID Reports, pág. 99.

¹⁵¹ *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.

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

¹⁵³ *Plama c. Bulgaria*, Orden del 6 de septiembre de 2005, párr. 40.

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

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

¹⁵⁶ *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*¹⁵⁷ y *Agip c. Congo*¹⁵⁸ 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

¹⁵⁷ *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrs. 84-98.

¹⁵⁸ *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”¹⁵⁹.

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”¹⁶⁰. Ello está en consonancia con la práctica de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”).¹⁶¹ En el caso *Biwater Gauff c. Tanzania* también se ha dado 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.¹⁶²

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.

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

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

¹⁶¹ 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)*, Objecciones 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.

¹⁶² *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 CNUDMI¹⁶³. Dicho artículo dispone que el solicitante de la 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

¹⁶³ 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 tuvieran alguna dificultad para hacerlo”¹⁶⁴;
 - (b) “[colaborar] en lo que fuere necesario para que [los acusados en el proceso penal] puedan brindar su testimonio ante el Tribunal”¹⁶⁵.
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 contenido¹⁶⁶.
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.

¹⁶⁴ Duplicia de la Demandada, párr. 33; ver también Transcripción, pág. 81, líneas 16-22; pág. 82, líneas 1-11.

¹⁶⁵ Duplicia de la Demandada, párr. 35; ver también Transcripción, pág. 86, líneas 10-22; pág. 87, líneas 1-14; pág. 92, líneas 12-22.

¹⁶⁶ 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 miedo¹⁶⁷.

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

¹⁶⁷ 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 agencias 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 judicial¹⁶⁸. 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.

¹⁶⁸ 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.

Brigitte Stern

Marc Lalonde

Hon. Marc Lalonde

Fecha: 01.02.2010

Prof. Brigitte Stern

Fecha: 01. 02. 2010



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidente

Fecha: 01.02.2010