

pecto a las cláusulas paraguas; adopta claramente el enfoque de aquellos que reconocen a estas cláusulas el efecto *mirror* o elevador y no entra a rebatir los argumentos de muchos otros tribunales que han tratado esta cuestión en sentido contrario. No obstante, introduce elementos interesantes que pueden servir de ayuda a futuros árbitros. De este modo, tanto el énfasis puesto en el principio de la autonomía de la voluntad contractual como la original interpretación de las cláusulas *umbrella*, en el sentido de que las cláusulas contractuales de atribución de competencia también quedan cubiertas por las mismas, son aportaciones positivas que se deben al mérito de este Tribunal.

***Admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes***

***(Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún/Estado Plurinacional del Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2)***

Ana M. SÁEZ CRESPO

Universidad Complutense de Madrid

1. Con fecha 26 de febrero de 2010, el Centro de Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha emitido su decisión sobre la solicitud de medidas provisionales solicitadas en la demanda interpuesta por Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia<sup>1</sup>. El Tribunal decidió que la demandada debería suspender cualquier proceso penal iniciado contra la demandante, o que se pretenda iniciar en el futuro y que estuviera directamente relacionado con ese arbitraje hasta que el mismo termine o se reconsidere la decisión arbitral.

2. Sumariamente, los hechos alegados por las partes, fueron los siguientes: Nom Metallic Minerals S.A. (en adelante NMM o la codemandante) adquirió once concesiones mineras en Bolivia (“Concesiones Bolivianas”), de la que la empresa chilena “Química e Industrial del Bórax Ltda.” (en adelante Quiborax), creada en 1986, operaba en Bolivia desde el 2001, en el área del Río Grande en el Salar de Uyuni, a través de Non Metallic Minerals, junto

---

<sup>1</sup> Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>.

con Allan Fosc, ambos de nacionalidad chilena, y según afirmaron, titulares de un 51% de NMM en las concesiones.

Dicha concesión les fue revocada mediante Decreto Supremo Presidencial en junio de 2004, según los demandantes, como medida confiscatoria por unas supuestas violaciones a la legislación boliviana. Los demandantes, también sostuvieron que dicho Decreto fue aplicado de forma incorrecta ya que las facultades de revocación de concesiones por parte del Poder Ejecutivo había expirado el 9 de febrero de 2004 por lo que la revocación fue ilegal conforme a la legislación boliviana y una violación de los derechos adquiridos como inversionistas extranjero en Bolivia conforme al Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el "APPRI").

Tras la realización de consultas amistosas, exigidas en el art. X del APPRI y la falta de resolución a las controversias suscitadas, el 4 de octubre de 2005 los codemandantes, realizaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

3. Los demandantes fundamentaron su demanda en las disposiciones del APPRI celebrado el 22 de septiembre de 1994 en la ciudad de la Paz, solicitando que el Tribunal declarase que había existido una violación por parte de la demandada (i) del art. VI, por haber sido privados de las inversiones que estaban llevando a cabo en Bolivia, (ii) del art. IV, al no haberles otorgado un trato justo y equitativo y (iii) del art. III del APPRI por no haber protegido sus inversiones en Bolivia, sometiéndolos a una serie de medidas injustificadas y discriminatorias.

Los demandantes solicitaron en su demandada una suma por los daños que sufrieron como consecuencia de dichas violaciones, así como los intereses, más las costas del arbitraje y todo los demás gastos en los que pudiera haber incurrido la demandada por los referidos actos ilegales.

4. Tras la solicitud de consultas amistosas, Bolivia creó una comisión interministerial para poder evaluar las pretensiones de los demandantes. Las conclusiones a las que llegaron dicha comisión fueron recogidas en un *memorandum*<sup>2</sup> y fueron las siguientes: Que existían indicios de fraude o corrupción, por vicios en la tramitación de las concesiones y que la empresa NMM había sido condenada al pago de 1.200.000 dólares americanos en concepto de impuestos y multas, como consecuencia de diferentes investigaciones tributarias. De hecho, diez meses más tarde, Bolivia emprendió acciones penales contra varias de los codemandantes del procedimiento arbitral, entre ellos Allan Fosc.

Estas conclusiones provocaron que la Superintendencia de Minas de Bolivia en octubre de 2004 anulase las concesiones que ya habían sido anteriormente revocadas, así como la posterior realización de una inspección societaria de NMM en enero de 2005 para poder determinar si los accionistas de dicha empresa eran efectivamente de nacionalidad chilena o Boliviana y de

---

<sup>2</sup> Vid. Memo de 28 de octubre de 2004 (Anexo CPM-5), p. 11.

esta manera poder alegar en su contestación a la demanda ante el Tribunal del CIADI, la falta de jurisdicción del mismo. Como el propio Convenio exige, en su art. 25, únicamente quedan al amparo del APPRI, las inversiones realizadas entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterse al CIADI<sup>3</sup>. Este requisito ha sido esencial en otras ocasiones, para enjuiciar si el Tribunal tenía o no jurisdicción sobre el caso, tal y como ya hizo en el caso *Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Argentina (caso No. ARB/98/2)* en el que el Tribunal concluyó que si tenía jurisdicción por que en el momento de prestar el consentimiento las partes de someterse al arbitraje CIADI, el Estado contratante no poseía la misma nacionalidad del Estado contratado por lo tanto no declinó su jurisdicción. La inspección solicitada por el Ministerio de Relaciones Exteriores concluyó que la inversión quedaba al amparo del APPRI, aunque la documentación societaria mostraba algunas irregularidades e indicios de fraude.

5. En el proceso penal (que se identificó como Caso No. 9394/08), iniciado por los demandados, fueron imputados los codemandantes por falsificación en escritura pública, documentos empresariales, participación en los delitos de falsedad ideológica y uso e instrumento falsificado para conseguir la concesión del Estado Boliviano. Bolivia argumentó que sin la falsificación del acta de la junta de accionistas de NMM, ésta nunca habría podido beneficiarse del APPRI ni habría podido haber adjudicarse la de la licitación de minera. Ya que la empresa de un lado, habría carecido del requisito de poseer una nacionalidad extranjera y de otro tampoco habría reunido los requisitos económicos y estructurales exigidos en el pliego de licitación.

En marzo de 2009 se imputó en dicho procedimiento penal a Sr. David Moscoso, codemandante del arbitraje, y tras su comparecencia ante el juez, éste le notificó que podría quedar en libertad tras depositar una fianza. El Sr. Moscoso pidió el dinero para pagar dicha fianza al Sr. Allan Fosk, codemandante también de este arbitraje, en virtud de los “acuerdos de caballeros” a los que habría llegado el primero con el padre del segundo, según el cual, habría aceptado pagar todos los gastos relacionados con el arbitraje. Si el Sr. Fosk se negase a consignar dicha fianza, el Sr. Moscoso le notificó que emprendería otras acciones legales para poder conseguir su libertad. Ante la negativa de proporcionarle los fondos para la fianza, el Sr Moscoso solicitó negociaciones para poder acceder a un proceso abreviado<sup>4</sup>. En la audiencia de este procedimiento, confesó su participación en la falsificación del acta de la junta de accionistas causando un perjuicio al Estado de Bolivia al permitir a Quilborax iniciar el arbitraje en contra de Bolivia. Como resultado de esta

<sup>3</sup> Vid. Ch.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, University Press, 2001, pp.451 y 452; A. Broches, “Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment”, *The Art Of Arbitration*, Deventer, Kluwer, 1982, pp.63, 67; C.F. Amerasinghe, “Jurisdiction *Ratione Personae* Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States”, *BYIL*, vol. 47, 1974–1975, pp.227,23.

<sup>4</sup> Vid. Resolución n° 01/2009 del 11 de agosto de 2009, Requerimiento conclusivo, solicitud de día y hora de la audiencia de consideración de procedimiento abreviado y otros.

confesión, el Sr. Moscoso fue condenado a dos años de prisión, aunque inmediatamente, se le otorgó el perdón judicial en debido a la falta de antecedentes penales.

6. Mientras se estaba realizando el procedimiento contra D. David Moscoso, el Ministro de Defensa Legal del Estado y la Ministra de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción presentaron una denuncia de prevaricación contra la jueza Margot Pérez por no haber admitido la solicitud de una serie de medidas penales presentadas por el Estado de Bolivia en la que se solicitó entre otras cosas, la detención preventiva del Sr. Moscoso.

En este sentido, el Ministerio de Transparencia legal Institucional y Lucha contra la Corrupción fue creado por mandato constitucional, tras el Referéndum de aprobación de la Constitución Política del Estado (CPE) de Bolivia, tiene entre otros el cometido de fomentar y adoptar medidas sobre transparencia en la gestión pública, acceso a la información, retroactividad de leyes penales de investigación y sanción de actos de corrupción, imprescriptibilidad de los delitos de corrupción pública, acceso a la información, control social y rendición pública de cuentas en la gestión pública, recuperación de activos y ética pública<sup>5</sup>. Y dentro de su ámbito de acción y atendiendo a los nuevos conceptos de corrupción admitidos por la Ley Anticorrupción, Marcelo Quiroga Santa Cruz, que incorpora cinco nuevos conceptos de delitos de corrupción, como, obstrucción a la justicia, enriquecimiento ilícito, soborno transnacional, uso indebido de bienes y servicios públicos, favorecimiento a los delitos de obstrucción a la justicia y enriquecimiento ilícito está legitimado para poder denunciar y enjuiciar a cualquier funcionario público, en este caso la jueza Margot Pérez, así como a cualquier persona física o jurídica del ámbito privado por realizar cualquiera de las conductas citadas anteriormente. Así y atendiendo al concepto de funcionario público dado por la Convención Contra la Corrupción de Naciones Unidas<sup>6</sup> y en la misma línea la definición aportada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la jueza Margot Pérez estaría comprendida en el concepto de funcionaria pública y según el Ministro de Defensa Legal del Estado y la Ministra de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción, habría incurrido en una demora injustificada en el procedimiento y su conducta fue totalmente contraria a los intereses del Estado y provocó un perjuicio y dilación en el arbitraje internacional.

<sup>5</sup> [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_blv\\_cambios.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_cambios.pdf)

<sup>6</sup> Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

7. Ante todas estas acciones legales, llevadas a cabo por la demandada, los codemandantes solicitaron ante el Tribunal del CIADI, Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia para que se suspendieran todas las acciones penales iniciadas contra los demandantes, y como argumentación para dicha solicitud, los demandantes expusieron los siguientes motivos:

a) Que el mencionado proceso penal, tenía como estrategia legal la defensa de Bolivia, con el fin de evitar el arbitraje internacional y de esta manera, poder negar la condición de inversionista extranjeros a los demandantes conforme al APPRI, manipular y fabricar pruebas que sustentasen la estrategia de defensa de Bolivia y por último, provocar que los demandantes ante la coacción de verse inmerso en un procedimiento penal, renunciasen a sus pretensiones en el procedimiento arbitral iniciado.

b) Que este no es un caso único, ya que este Estado ha iniciado en el pasado esta misma estrategia, iniciando acciones penales contra los demandantes y personas relacionadas con ellos.

c) Los demandantes solicitan que no se permita a los Estados parte en un arbitraje internacional actuar contrariamente a los principios y reglas del CIADI y consecuentemente, permitir así que este disponga de un instrumento para coaccionar y evitar los procesos arbitrales.

8. Según alegaron los demandantes, la solicitud de Medidas Provisionales, tenía su fundamento jurídico en el art. 47 del Convenio del CIADI, ya que el proceso penal iniciado contra ellos, perjudicaban una serie de derechos esenciales para ellos como era la preservación del status quo, el agravamiento de la controversia y la falta de su derecho a mantener la integridad procesal del proceso arbitral.

En cuanto a los requisitos esenciales para la solicitud de medidas provisionales, que sean urgentes y necesarias para la protección de los derechos invocados, los demandantes alegaron que en su solicitud quedaban verificados ambos.

La urgencia de las medidas provisionales quedaba perfectamente comprobada por la condena de D. David Moscoso y que la dilación del arbitraje solo podría haber ocasionado daños irreparables a los demandantes. Daños, por otro lado que no podrían ser reparados ni resarcidos mediante una indemnización posterior de los mismos, mientras que los demandados, no sufrirían ningún daño por suspender el proceso penal.

En cuanto al requisito de la necesidad, los demandantes alegaron que el Tribunal debería considerar la proporcionalidad que podría existir entre las medidas provisionales solicitadas y los daños que una posible denegación por parte del Tribunal podría haber provocado en los demandantes, daños que ya estaban sufriendo como consecuencia de las actuaciones que había llevado a cabo Bolivia.

9. Por su parte, los demandados argumentaron que la suspensión del proceso penal, como medida cautelar para la protección del arbitraje internacio-

nal, era de todo punto innecesaria, ya que dicho proceso fue iniciado con justificación tanto fáctica como jurídica y éste fue iniciado en el ejercicio legítimo de las facultades que el Estado tiene como soberano para poder exigir el cumplimiento de su propia legislación y por lo tanto, hacer respetar las leyes penales vigentes en su país.

Así mismo, los demandantes afirmaron que la controversia del arbitraje internacional únicamente se centraba en establecer si los codemandantes tenían derecho o no a una indemnización monetaria como reparación por la revocación y posterior anulación de las concesiones mineras. Sin embargo el procedimiento criminal instado contra los demandantes se relacionó con delitos de "alteración y falsificación de documentos, el uso de dicho documento falsificado e incumplimiento de deberes por parte de funcionarios públicos".

En relación a la preservación del derecho del status quo y a evitar el agravamiento de la controversia, la demandada señaló que los demandantes no demostraron en medida alguna que el proceso penal pudiera alterar el status quo de la controversia ni que este pudiera causar un daño irreparable en los derechos controvertido. Además dicho proceso debería considerarse paralelo ni relacionado con los del arbitraje ante el CIADI ya que el primero tenía como objeto la imposición de sanciones penales por la comisión de posibles delitos mientras que el segundo la protección que fue invocada y la indemnización solicitada. Por lo que los requisitos de urgencia y necesidad que fueron argumentados por la demandante no existían y consecuentemente las medidas solicitadas carecían de sentido.

10. Expuestos los argumentos por las partes del conflicto, el Tribunal analizó y concluyó que según el art. 47 del Convenio CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que él era competente para adoptar medidas provisionales a fin de proteger los intereses de cualquiera de las partes y en estas medidas podría adoptarlas en cualquier momento del proceso arbitral.

105. Las normas relevantes se encuentran en el Art. 147 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 Art. 147 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.

El Tribunal coincidió con la opinión vertida por los demandantes al considerar que los derechos preservados mediante medidas provisionales serían todos aquellos que quedasen dentro de la controversia y además se extende-

rían a los del proceso penal ya que éste se inició como consecuencia del inicio del propio arbitraje.

120. A pesar de que el objeto del proceso penal es la persecución de delitos de falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, estafa, destrucción de cosas propias para defraudar e incumplimiento de deberes, la acusación fáctica subyacente es que el acta de fecha 13 de septiembre de 2001 de NMM se falsificó para probar la afirmación de los Demandantes de que eran accionistas de NMM al momento en que se originó la controversia presentada ante este Tribunal, lo que les habría permitido acceder al arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI entre Chile y Bolivia. Se ha reconocido expresamente que dicho acceso al arbitraje ante el CIADI constituye el perjuicio causado a Bolivia que se requiere como uno de los elementos constitutivos del tipo penal de los delitos imputados. 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.

El Tribunal recordó su derecho a la exclusividad de los procesos ante su jurisdicción y que este podría ser protegido a través de medidas cautelares, tal y como ya en su momento lo expresó en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*.

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

Sobre el derecho a la integridad procesal del proceso arbitral el Tribunal manifestó su conformidad con las alegaciones aportadas por la demandante respecto a la disponibilidad y la integridad de las pruebas al haber sido secuestrados algunos de sus recursos probatorios tanto documentales como testificales. Aunque el Tribunal hizo hincapié en el total respeto que le merecía el derecho penal boliviano, igualmente consideró preocupante que el Sr. Moscoso no confesara hasta que constató que su fianza no iba a ser abonada por ninguno de sus socios. Y por otro lado también le resultó alarmante al Tribunal que dicha fianza fuera denegada por la jueza Margot Pérez y que la misma no fuera fijada hasta que fue denunciada y recusada por el Ministerio de Transparencia legal Institucional y Lucha contra la Corrupción.

La supuesta falta de imparcialidad imputada a la jueza Margot Pérez tuvo como consecuencia que ésta fuera apartada del caso penal y fuera acusada de prevaricación por dicho Ministerio cuyo principal objetivo era y es el de la lucha contra la corrupción.

El Tribunal dictaminó que existía una amenaza sobre el proceso arbitral y consecuentemente, estimó que existía el requisito de urgencia para poder imponer medidas cautelares y de este modo poder preservar y proteger ese arbitraje internacional.

“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”.

Y la necesidad de las mismas para evitar que el proceso penal pusiera en peligro el arbitraje y le pudiera causar daños irreparables.

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.

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 Art. 17 A de la Ley Modelo CNUDMI. Dicho art. 1 dispone que el solicitante de las medidas deba 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.

Una vez expuestos los razonamientos del Tribunal arbitral, en su decisión determinó que la demandada, el Estado de Bolivia debería suspender el proceso penal incoado contra los codemandantes y abstenerse de iniciar cualquier otro que pudiera lesionar ese procedimiento arbitral.

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.

11. Este laudo sobre medidas cautelares se aleja mucho de la línea jurisprudencial a la que nos tiene acostumbrados los Tribunales del CIADI. Podemos analizar estos últimos diez años, y concluir que hasta ahora, el Tribunal ha evitado en la medida de lo posible, interferir en la labor realizada por cualquier órgano judicial de un Estado. De hecho, ha esperado a que éste dicte sentencia firme, para aceptar la alegación de fraude o corrupción hecha por cualquiera de las partes sobre un asunto que se esté suscitando ante él, así quedó constatado en el caso *TSA Spectrum De Argentina S.A. /La República Argentina*, CIADI Caso No. ARB/05/5. En el que el Tribunal no admitió la excepción presentada contra la demandante por los delitos de corrupción y cohecho.

El Tribunal de Arbitraje observó que las investigaciones sobre los delitos en relación con la Concesión adjudicada a TSA se iniciaron en la Argentina. Dicho procedimiento se está llevando a cabo, pero aún no ha terminado. Dos personas asociadas con TSA –Neuss y D’Ancezune– fueron acusados por complicidad en el ejercicio indebido de cargo público, pero no se ha emitido sentencia, y la cuestión del cohecho todavía se está investigando.

“...Por otro lado, las investigaciones y los procedimientos iniciados en la Argentina todavía se están llevando a cabo.”



En esta misma línea de actuaciones, los Tribunales del CIADI, han considerado que la acusación de fraude o corrupción es una acusación muy grave y debe ser probada de manera irrefutable por la parte que la alega así concluyó en el caso *African Holding Company Of America, Inc Et Société Africaine De Construction Au Congo S.A.R.L.* caso CIADI No ARB/05/21.

*Le Tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale.*

En el caso que nos ocupa, podemos identificar dos tipos de competencias del Tribunal arbitral, uno el de resolver sobre la facultad que tiene para decidir sobre cuestiones litigiosas y la competencia ante él planteadas y otra, para resolver acerca del fondo del asunto.

Con respecto a la primera, y según el art. 41 Convenio CIADI, el Tribunal en reconocimiento del principio *kompetenz-kompetenz* tiene facultad para resolver sobre su propia competencia, y así lo hizo, sin embargo, cuando pasó a conocer sobre el fondo del asunto, y atendiendo a las pruebas presentadas por la demandada, entre ellas, la sentencia emitida por un Tribunal boliviano contra el Sr. David Moscoso por manipular y falsear documentos financieros societarios para poder adaptarse a los requisitos exigidos en las bases de la licitación y por la que éste fue condenado por dicho Tribunal a dos años de cárcel, quizás el CIADI, debería haber considerado que esta era una prueba bastante contundente para considerar que la inversión se había realizado de forma fraudulenta y por lo tanto no fue realizada de conformidad con la legislación boliviana por lo cual éste debería haber declinado dictar medidas cautelares a favor de la demandante, como ya hizo en situaciones similares. Así en el caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, el Tribunal estimó que la empresa Inceysa, al igual que la empresa NMM, falseó los estados financieros y la información contenida en su oferta de licitación para conseguir el contrato de licitación, lo que llevó al Tribunal a declarar su falta de jurisdicción por concluir que al estar corrupto el contrato que dio lugar al consentimiento del arbitraje y dado que sin este no habría existido la relación contractual entre las partes.

103. El análisis de los argumentos y pruebas ofrecido por las partes, en sus actuaciones escritas y orales, permite a este Tribunal resolver que los estados financieros presentados por Inceysa en su oferta en la Licitación no reflejaron la situación financiera real de la Demandante, toda vez que la información contenida en ellos no es la correcta. [...]

160. Si bien el argumento de que la inversión de Inceysa no está protegida por el Acuerdo, por tratarse de una inversión que no fue realizada de conformidad con la legislación de El Salvador, pudiera identificarse como una defensa sustantiva relativa al fondo del asunto, dicha presunción es incorrecta. En efecto, si se determinara que la inversión no está protegida por el Acuerdo, se estaría reconociendo que el presupuesto necesario para que el Tribu-

nal de Arbitraje asumiera válidamente su competencia no se cumplió. Por lo tanto, a fin de cuentas, se estaría resolviendo sobre la propia competencia del Tribunal de Arbitraje y no sobre las pretensiones indemnizatorias de la Demandante. [...]

338. En este caso el Tribunal de Arbitraje ha analizado minuciosamente la forma incorrecta en que la Demandante procedió en lo referente a la Licitación Pública número 05/2000, para la Contratación de Servicios de Instalación, Administración y Operación de Plantas de Revisión Técnica Vehicular, en la cual se originaron las diferencias que ella pretendió resolver en este procedimiento arbitral. Mediante esa conducta indebida, logró que se le adjudicara esa licitación lo que, evidentemente, no hubiera sucedido si el MARN de El Salvador hubiera conocido la realidad de los hechos. A sabiendas de que habían procedido indebidamente en el trámite de la licitación dicha, inició este arbitraje en el que, de nuevo, ocultó hechos de enorme trascendencia para la resolución de este asunto.

Por todo lo anterior, y a la vista de las pruebas aportadas, concluyo que el Tribunal quizás debería haberse abstenido de pedir a un Tribunal de justicia de un Estado que suspenda un procedimiento que está siendo enjuiciado por el mismo. Así como de ordenarle que renuncie a iniciar cualquier otro procedimiento criminal que interfiera contra este arbitraje. Máxime cuando no debemos de olvidar que para cualquier ejecución de medidas cautelares, el Tribunal arbitral necesitará del auxilio judicial para hacerlas efectivas.