

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

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

Demandantes

y

Estado Plurinacional de Bolivia

Demandada

Caso CIADI N.º ARB/06/2

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Dictada por el Tribunal Arbitral Tribunal conformado 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

Asistente del Tribunal
Gustavo Laborde

Fecha: 27 de septiembre de 2012

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	6
A.	LAS PARTES.....	6
1.	Los Demandantes	6
2.	La Demandada.....	6
II.	LOS HECHOS	7
III.	ANTECEDENTES PROCESALES.....	11
A.	ETAPA INICIAL	11
B.	ETAPA ESCRITA SOBRE JURISDICCIÓN	12
C.	AUDIENCIA SOBRE JURISDICCIÓN	17
IV.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	19
A.	POSICIÓN DE LA DEMANDADA	19
B.	POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES.....	20
V.	ANÁLISIS	21
A.	CUESTIONES PRELIMINARES	21
1.	La relevancia de decisiones o laudos previos.....	21
2.	Derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal	21
3.	Hechos no controvertidos.....	23
4.	Análisis para establecer la jurisdicción	23
B.	ADMISIBILIDAD DE LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y DE LA PRUEBA	24
1.	Posición de los Demandantes	24
2.	Posición de Bolivia	25
3.	Análisis.....	25
3.1.	Admisibilidad de las objeciones a la jurisdicción	25
3.2.	Admisibilidad de la prueba.....	27
C.	OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN	27
1.	Primera objeción: El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione personae</i> con respecto a los Demandantes	28
1.1.	Posición de Bolivia.....	28

1.1.1.	Los hechos y documentos que precedieron a la revocación de las concesiones mineras demuestran que Quiborax y Allan Fosk no eran accionistas de NMM.....	28
1.1.2.	Los documentos internos presentados por los Demandantes para demostrar que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM carecen de valor probatorio.....	30
1.1.3.	Todos los accionistas de NMM son bolivianos y, en consecuencia, NMM no es nacional chilena en los términos del Convenio del CIADI y el Tratado.....	34
1.1.4.	La prueba de los Demandantes sugiere que Quiborax adquirió 50% de las acciones de Río Grande, no de NMM.....	34
1.2.	Posición de los Demandantes.....	35
1.2.1.	Los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk adquirieron concesiones mineras en Bolivia.....	36
1.2.2.	Quiborax y Allan Fosk son accionistas de NMM conforme al derecho boliviano.....	38
1.2.3.	NMM debe considerarse chilena porque se encuentra bajo control chileno	39
1.3.	Análisis	39
1.3.1.	¿Eran Quiborax y Allan Fosk accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004?.....	39
	(i) Carga de la prueba	40
	(ii) La prueba de la calidad de accionistas conforme el derecho boliviano	41
	(iii) La explicación y prueba de los hechos de los Demandantes	44
	(iv) Descripción y prueba de los hechos de la Demandada.....	60
	(v) Conclusión.....	73
1.3.2.	¿NMM era nacional chilena por control extranjero al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004?.....	74
2.	Segunda objeción: El Tribunal carece de jurisdicción <i>ratione materiae</i> sobre la diferencia	75
2.1	Posición de Bolivia.....	75
2.1.1	La definición de "inversión" en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI	75
2.1.2	Los Demandantes no han realizado una "inversión" de acuerdo con el significado contemplado en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI	76
2.2	Posición de los Demandantes.....	77
2.2.1	El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no crea un doble test y, de cualquier manera, su significado no es el que alega la Demandada	77
2.2.2	Los Demandantes han realizado una "inversión" en los términos del Tratado y del Convenio del CIADI	78

2.3	Análisis	79
2.3.1	¿El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI incluye un test de inversión independiente y, por consiguiente, adicional al análisis de inversión del TBI?	79
2.3.2	¿Cuáles son los elementos del test de inversión de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI?.....	82
2.3.3	¿La inversión de los Demandantes cumple con el análisis objetivo del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI?.....	84
3.	Tercera objeción: El Tribunal carece de jurisdicción porque la supuesta inversión de los Demandantes se realizó en violación de las leyes y reglamentos de Bolivia	87
3.1.	Posición de la Demandada	88
3.2.	Posición de los Demandantes.....	90
3.3.	Análisis	94
3.3.1	¿La teoría del <i>estoppel</i> le prohíbe a Bolivia cuestionar la legalidad de la inversión de los Demandantes bajo el Tratado en virtud de su conducta previa?	95
3.3.2	¿Sobre qué parte recae la carga de la prueba respecto de las supuestas violaciones del requisito de legalidad?	95
3.3.3	¿Cuál es el alcance del requisito de legalidad?	96
3.3.4	¿Violaron los Demandantes el requisito de legalidad?.....	98
D.	OBJECIÓN A LA ADMISIBILIDAD.....	103
1.	Posición de la Demandada.....	103
2.	La Posición de los Demandantes	104
3.	Análisis.....	106
E.	SOLICITUD DE SENTENCIA DECLARATIVA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 37 DE LOS ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	108
1.	Posición de los Demandantes	108
2.	Posición de la Demandada.....	109
3.	Análisis.....	110
VI.	DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN.....	111

TABLA DE ABREVIATURAS

Allan Fosk Artículos	Sr. Allan Henry Isaac Fosk Kaplún ("Allan Fosk") Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, noviembre de 2001, Suplemento N.º 10 (A/56/10), cap. IV.E.1, Comisión de Derecho Internacional.
CCB TBI o Tratado	Código de Comercio de Bolivia Tratado Bilateral de Inversión; específicamente, el "Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" celebrado el 22 de septiembre de 1994 y vigente desde el 21 de julio de 1999
SCD	Solicitud de los Demandantes de Condena Declaratoria del 27 de mayo de 2011
Demandantes	Quiborax S.A. ("Quiborax"), Sr. Allan Henry Isaac Fosk Kaplún ("Allan Fosk") y Non-Metallic Minerals S.A. ("NMM")
MC	Contestación a las Objeciones del Estado [la Demandada] a la Jurisdicción del 29 de octubre 2010
DMP	Decisión sobre Medidas Provisionales del 26 de febrero de 2010
An. CD-	Anexos de la Demandante
An. CL-	Anexos legales de la Demandante
An. CPM-	Anexos de la Demandante – Medidas Provisionales
DDIQ	Diapositivas de las Presentaciones Orales de los Demandantes para la audiencia sobre jurisdicción del 12-13 de mayo de 2011
An. R-	Anexos de la Demandada
An. RL-	Anexos legales de la Demandada
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
Mem.	Memorial de los Demandantes del 14 de septiembre de 2009
APS	Acta Resumida de la Primera Sesión del 17 de febrero de 2009
OJ	Objeciones del Estado [la Demandada] a la Jurisdicción del 30 de julio de 2010
NMM	Non-Metallic Minerals S.A.
SdA	Solicitud de Arbitraje de los Demandantes del 4 de octubre de 2005
RP	Resolución Procesal
Quiborax	Quiborax S.A.
CCD	Contestación del Estado Plurinacional de Bolivia [la Demandada] a la Solicitud de los Demandantes de Condena Declaratoria del 10 de junio de 2011
Réplica	Réplica del Estado [la Demandada] a la Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción del 13 de enero 2011
Rep. MP	Réplica de los Demandantes a la Oposición del Estado Plurinacional de Bolivia [la Demandada] a la Solicitud de los Demandantes para que se Adopte Medidas Provisionales del 21 de octubre de 2009
Demandada	Estado Plurinacional de Bolivia ("Bolivia")
SDA	Solicitud de Arbitraje del 4 de octubre de 2005
Dúplica	Dúplica de los Demandantes a la Réplica del Estado a la Jurisdicción del 1 de abril de 2011
Río Grande o RIGSSA	Compañía Minera Río Grande Sur S.A. ("Río Grande" o "RIGSSA")
DPOD	Diapositivas de las Presentaciones Orales de la Demandada para la audiencia sobre jurisdicción del 12-13 de mayo de 2011
Tr. [página:línea]	Transcripción de la audiencia sobre jurisdicción del 12-13 de mayo de 2011
n.	Nota al pie
pág(s).	Página(s)
Párr.(s)	Párrafo(s)
§	Sección

I. INTRODUCCIÓN

A. LAS PARTES

1. Los Demandantes

1. Los Demandantes son Quiborax S.A. ("Quiborax"), una compañía minera chilena; el Sr. Allan Henry Isaac Fosk Kaplún ("Allan Fosk"), nacional de Chile; y Non-Metallic Minerals S.A. ("NMM"), una compañía minera boliviana (conjuntamente, los "Demandantes".)
2. Quiborax, una sociedad creada en virtud de las leyes de Chile, es una compañía minera que se dedica, en particular, a la extracción de ulexita, un mineral no metálico, y a la fabricación de productos derivados de este mineral, incluido el ácido bórico. Opera en el norte de Chile, cerca del límite con Bolivia, y pertenece, en su mayor parte, a la familia Fosk. Allan Fosk es el Gerente de Administración y Finanzas de Quiborax. NMM, una sociedad creada en virtud de las leyes de Bolivia, es una compañía minera que opera en el Delta Río Grande en Bolivia. Una de las cuestiones centrales de esta controversia jurisdiccional consiste en determinar quiénes son los verdaderos propietarios de NMM.
3. Los Demandantes están representados en este procedimiento arbitral por Andrés Jana, Jorge Bofill, Johanna Klein Kranenberg, Ximena Fuentes, Rodrigo Gil y Constanza Onetto de BOFILL MIR & ALVAREZ JANA.

2. La Demandada

4. La Demandada es el Estado Plurinacional de Bolivia ("Bolivia" o la "Demandada".)
5. La Demandada está representada en este procedimiento arbitral por el Sr. Hugo Montero, Procurador General de Bolivia; la Sra. Elizabeth Arismendi Chumacero, Ministra de Defensa Legal del Estado; el Sr. Danny Javier López Soliz, Director General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones (Procuraduría General); y el Sr. Pierre Mayer, el Sr. Eduardo Silva Romero, el Sr. José Manuel García Represa, la Sra. Ana Carolina Simões E Silva, el Sr. Francisco Paredes-Balladares, la Sra. Anna Valdés Pascal y el Sr. Pacôme Ziegler de DECHERT (PARÍS) LLP.

II. LOS HECHOS

6. La presente sección sintetiza los hechos de esta controversia que resultan relevantes para emitir una decisión respecto de las objeciones a la jurisdicción planteadas por Bolivia.
7. Quiborax es el proveedor más grande de boratos en Suramérica. Los boratos son minerales que contienen boro, un elemento semimetálico que siempre se combina con oxígeno y otros compuestos químicos tales como arsénico y cloruro. Sólo algunos pocos de los doscientos tipos de boratos existentes son comercialmente relevantes: la ulexita, el borato que explotan los Demandantes, es uno de ellos. Los boratos se utilizan para diversos productos y procesos de fabricación, tales como la producción de fibra de vidrio, detergentes, productos de limpieza y fertilizantes¹.
8. Quiborax fue constituida en Chile en la década de 1980 por las familias Fosk y Fux. El co-demandante Allan Fosk es el Gerente de Administración y Finanzas de Quiborax. Las actividades de la compañía se concentraban en el norte de Chile, mientras que las oficinas principales se encontraban en la ciudad de Arica. Desde sus comienzos, Quiborax obtuvo el boro de una mina ubicada en una salina en el Salar de Surire, Chile. Los yacimientos de boro son muy poco frecuentes, dado que se forman sólo en regiones extremadamente secas. De hecho, la mayoría de los yacimientos comercialmente relevantes de boro se encuentran solo en un puñado de países: Turquía y los Estados Unidos concentran más de la mitad de las reservas de boro del mundo², seguidos de Rusia, China, Chile, Perú y Bolivia. Por este motivo, el mercado de los boratos es naturalmente oligopólico³.
9. El mercado de los boratos parece tener su mayor potencial de crecimiento en la producción de fertilizantes para uso agrícola. Siguiendo una estrategia de expansión desde mediados de la década de 1990, Quiborax decidió diversificar la producción de boratos para ingresar al mercado de boratos para usos agrícolas. Los recursos de ulexita del Salar de Surire, sin embargo, eran insuficientes para satisfacer la creciente demanda de boro de Quiborax resultante de su estrategia de expansión. Eventualmente, con el fin de buscar fuentes adicionales del mineral, Quiborax dirigió

¹ Mem., párrs. 25-26, 29, 36.

² Efectivamente, la compañía estatal turca Eti Mine y la compañía privada estadounidense Río Tinto son los principales proveedores de boratos en todo el mundo (Mem., párr. 34).

³ Mem., párrs. 18, 20, 22-23, 33-34, 36.

su atención al vecino país de Bolivia, donde se ubica el Salar de Uyuni, rico en ulexita⁴.

10. El Salar de Uyuni, en Bolivia, es el salar más grande del mundo. Contiene aproximadamente 9,5 millones de toneladas de ulexita de reconocida calidad excepcional, es decir, ulexita con altas concentraciones de boro y bajo contenido de impurezas (como por ejemplo, arsénico). La mayor concentración de minerales en el Salar de Uyuni se ubica en la zona de Río Grande. Al momento en que Quiborax se interesó en adquirir ulexita de Bolivia entre 1999-2000, la compañía boliviana Compañía Minera Río Grande Sur S.A. ("Río Grande" o "RIGSSA"⁵) era titular de las concesiones mineras que autorizaban la explotación de los yacimientos de boro en el Salar de Uyuni⁶.
11. Río Grande es una compañía minera constituida en virtud de las leyes de Bolivia en diciembre de 1997. Al momento en que Río Grande y Quiborax tuvieron sus primeros contactos, los accionistas de Río Grande eran David Moscoso, un nacional de Bolivia (50% de las acciones); Edsal Finance Inc., una sociedad constituida en virtud de las leyes de Panamá y representada por Álvaro Ugalde, un nacional de Bolivia (49,5%); y Gonzalo Ugalde, nacional de Bolivia y hermano de Álvaro Ugalde (0,5%)⁷.
12. Las Partes coinciden en sostener que en el año 2001 Quiborax arribó a acuerdos comerciales con Río Grande para asegurarse el suministro de ulexita desde el Salar de Uyuni. Las Partes, sin embargo, discrepan rotundamente acerca de la naturaleza puntual de esos acuerdos, constituyendo ésta la cuestión de hecho clave en disputa en este arbitraje. Fue esencial, para esta cuestión de hecho, el papel que desempeñó la tercera y última co-demandante en este arbitraje: Non-Metallic Minerals S.A. ("NMM"). NMM es una sociedad que se constituyó en virtud de las leyes de Bolivia el 25 de julio de 2001, con domicilio legal en La Paz. A continuación se recapitulan las cuestiones de hecho sobre las cuales las Partes difieren.
13. Según los Demandantes, Quiborax y Allan Fosk se convirtieron en accionistas de NMM en el año 2001. Si bien en enero de 2001 Quiborax y Río Grande celebraron inicialmente un contrato exclusivo por el cual Río Grande se comprometía a suministrar ulexita a Quiborax (el "Contrato de Suministro Exclusivo"), este contrato

⁴ *Íd.*, párrs. 30, 40, 44.

⁵ Los Demandantes denominan a esta compañía "RIGSSA", mientras que la Demandada la llama "Río Grande".

⁶ Mem., párrs. 45, 47.

⁷ *Íd.*, párr. 46, n. 72.

quedó sin efecto dado que los hermanos Ugalde ofrecieron vender su participación accionaria del 50% en Río Grande a Quiborax en marzo de ese mismo año. Quiborax, no obstante, solo estaba interesada en las concesiones mineras, no en las acciones de Río Grande. Por ello, se acordó que Río Grande transferiría sus concesiones mineras a una nueva sociedad vehículo de la cual Quiborax se convertiría en accionista⁸.

14. Los Demandantes afirman que los hermanos Ugalde acordaron vender su participación del 50% en las concesiones mineras a Quiborax por USD 400.000. En agosto de 2001, Quiborax había completado el pago del precio total de la compra. Entretanto, el 25 de julio de 2001 se constituyó Non Metallic Minerals S.A. ("NMM"), una nueva sociedad vehículo, de conformidad con las leyes de Bolivia. Los accionistas originales de NMM eran el Sr. Fernando Rojas (58 acciones), la Sra. Dolly Paredes (1 acción) y la Sra. Gilka Salas (1 acción). Fernando Rojas era el abogado de Quiborax en Bolivia. Dolly Paredes y Gilka Salas formaban parte del personal administrativo del estudio jurídico del Sr. Rojas⁹.
15. Los Demandantes además sostienen que las siguientes transferencias tuvieron lugar en agosto y septiembre de 2001. El 3 de agosto de 2001, Río Grande transfirió sus concesiones mineras a NMM, a cambio de lo cual recibió acciones en NMM (26.680 acciones). El 17 de agosto de 2001, Río Grande transfirió a Quiborax la totalidad de sus acciones en NMM (26.680 acciones). El 4 de septiembre de 2001, Quiborax transfirió a su vez el 50% del total de sus acciones en NMM a David Moscoso (13.370 acciones)¹⁰. También el 4 de septiembre de 2001, después de acordar que Quiborax sería el accionista mayoritario de NMM, David Moscoso vendió el 1% de sus acciones en NMM (267 acciones) a Quiborax por USD 9.985. Finalmente, el 10 de septiembre de 2001, Fernando Rojas y Dolly Paredes transfirieron sus acciones a Quiborax (59 acciones), al tiempo que Gilka Salas transfirió su única acción a Allan Fosk¹¹. En

⁸ *Íd.*, párrs. 55-62. Los Demandantes destacan que este Contrato de Suministro Exclusivo ya estipulaba (i) que Quiborax tenía la opción preferente de compra para adquirir las concesiones mineras de Río Grande en el caso de que Río Grande decidiera venderlas, y (ii) que Quiborax tenía el derecho de adquirir las concesiones mineras en el caso de que Río Grande no cumpliera con el Contrato de Suministro Exclusivo.

⁹ *Íd.*, párrs. 63-64.

¹⁰ NMM emitió un total de 26.740 acciones: 60 acciones originales fueron emitidas a Fernando Rojas, Dolly Paredes y Gilka Salas, mientras que 26.680 acciones fueron emitidas a favor de Río Grande después de que ésta aportó las siete concesiones mineras.

¹¹ Los Demandantes argumentan que esta acción fue transferida a Allan Fosk para cumplir con el requisito impuesto por el derecho boliviano según el cual una sociedad debe tener, por lo menos, tres accionistas.

consecuencia, según los Demandantes, los accionistas de NMM son Quiborax (50,995%), David Moscoso (49%) y Allan Fosk (0,005%)¹².

16. Por su parte, la Demandada sostiene que Quiborax y Allan Fosk *nunca* se convirtieron en accionistas de NMM. En lugar de ello, Quiborax y Río Grande solo tenían una mera relación de distribución exclusiva, según lo refleja el Contrato de Suministro Exclusivo. Cuando surgió esta diferencia entre los Demandantes y la Demandada, los Demandantes fabricaron pruebas con el objetivo de demostrar que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM únicamente para poder iniciar un arbitraje ante el CIADI en virtud del TBI entre Chile y Bolivia (el "Tratado"). En realidad, sin embargo, los accionistas de NMM fueron en todo momento nacionales de Bolivia.
17. En 2002 y 2003, NMM obtuvo cuatro concesiones mineras adicionales para un yacimiento de boro adyacente al área de concesión original. Por lo tanto, en agosto de 2003 NMM contaba con once concesiones mineras en el Salar de Uyuni¹³. Las ventas de NMM se incrementaron considerablemente entre 2001 y mediados de 2004. El 23 de junio de 2004, Bolivia revocó las once concesiones mineras de NMM. En julio de 2004, los Demandantes solicitaron el inicio de consultas amistosas con Bolivia con arreglo al Artículo X del TBI entre Bolivia y Chile. Dado que estas consultas no prosperaron, los Demandantes iniciaron este procedimiento arbitral contra Bolivia en octubre de 2005.
18. En diciembre de 2008, Bolivia inició un procedimiento penal contra Allan Fosk, David Moscoso y otros bajo en razón de que los acusados habrían fabricado pruebas para permitir a los Demandantes establecer la existencia de jurisdicción a efectos de este arbitraje (el "caso penal interno" o los "procedimientos penales internos")¹⁴. Como se explicará a continuación en la sección sobre Antecedentes Procesales, el caso penal llevó a los Demandantes a presentar una solicitud de medidas provisionales y una solicitud de "orden de restricción temporal". En agosto de 2009, el Sr. Moscoso se declaró culpable de los cargos penales que se le habían imputado y admitió que las actas del 13 de septiembre de 2001 eran falsas¹⁵.

¹² Mem., párrs. 65-66.

¹³ *Íd.*, párr. 76.

¹⁴ An. CD-82.

¹⁵ An. R-76, An. CPM-20.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

A. ETAPA INICIAL

19. El 4 de octubre de 2005, los Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), en virtud del Artículo 36 del Convenio del CIADI y del TBI entre Bolivia y Chile. En la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes solicitaron que:

- "a) Se declare que Bolivia ha violado el Artículo III del APPI Bolivia-Chile al no proteger las inversiones de los Demandantes en territorio boliviano;
- b) Se declare que Bolivia ha violado el Artículo III del APPI Bolivia-Chile al adoptar medidas que obstaculizaron [...] las inversiones de los Demandantes en territorio boliviano, y que dicha obstaculización fue realizada por medio de la adopción de medidas injustificadas y discriminatorias;
- c) Se declare que Bolivia ha violado el Artículo IV del APPI Bolivia-Chile al no garantizar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de los Demandantes;
- d) Se declare que Bolivia ha violado el Artículo IV del APPI Bolivia-Chile al adoptar medidas que privan directamente e indirectamente a los Demandantes de su inversión en territorio boliviano;
- e) Se ordene a Bolivia que indemnice a los Demandantes por la totalidad de los daños sufridos por cada uno de ellos como consecuencia de las violaciones cometidas por Bolivia, todo con el pago de los intereses que correspondan;
- f) Se ordene a Bolivia el pago de todos los costos de este proceso arbitral, así como también de todos aquellos gastos en que se ha debido incurrir como consecuencia de las violaciones cometidas por Bolivia”¹⁶.

20. A pesar de haberse iniciado el arbitraje, las Partes continuaron con las negociaciones de conciliación, aunque no pudieron arribar a un acuerdo. En consecuencia, el 21 de noviembre de 2006, los Demandantes nombraron como árbitro al Hon. Marc Lalonde, de nacionalidad canadiense. El 6 de abril de 2007, la Demandada nombró como árbitro a la Prof. Brigitte Stern, de nacional francesa. El 18 de diciembre de 2007, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, nacional de Suiza, como Presidente del Tribunal, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI. Los tres árbitros aceptaron sus nombramientos. Además, el Centro designó a la Sra. Natalí Sequeira como Secretaria

¹⁶ SdA, párr. 74.

del Tribunal. De esta forma, el Tribunal Arbitral quedó constituido y el procedimiento se dio por iniciado a fines de diciembre de 2007.

21. El 20 de marzo de 2008 se llevó a cabo una primera sesión procesal entre el Tribunal y las Partes en las oficinas del Banco Mundial en París. Al comienzo de la primera sesión, las Partes informaron al Tribunal que habían llegado a un “acuerdo oral preliminar”¹⁷ y que esperaban formalizarlo en un documento escrito dentro de los siguientes quince días¹⁸. No obstante ello, las Partes decidieron realizar la primera sesión como se había programado en caso de que las Partes no arribaran a un acuerdo definitivo. Así, las Partes y el Tribunal discutieron y acordaron una serie de cuestiones procesales. A continuación, se suspendió el procedimiento de arbitraje para permitir que se formalizara el acuerdo entre las Partes.
22. Las Partes solicitaron múltiples prórrogas para concluir el acuerdo. Finalmente, el 13 de enero de 2009, los Demandantes solicitaron al Tribunal que se reanudara el arbitraje bajo el supuesto fundamento de que la conducta de la Demandada resultaba “inconsistente” con las negociaciones de conciliación. En consecuencia, el 17 de febrero de 2009, el Tribunal emitió el acta final de la primera sesión, a la que adjuntó el borrador de un calendario sobre el cual las Partes tendrían la posibilidad de hacer observaciones. El 5 de marzo de 2009, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 1, que incluía el calendario final de los procedimientos. Este calendario fue modificado en varias oportunidades a solicitud de ambas Partes.

B. ETAPA ESCRITA SOBRE JURISDICCIÓN

23. El 14 de septiembre de 2009, los Demandantes presentaron su Memorial, que contaba con 99 anexos¹⁹ y 32 anexos legales²⁰. En su Petitorio, los Demandantes solicitaron lo siguiente:

"(1) Que se declare que Bolivia no cumplió con sus obligaciones en virtud del Artículo VI del TBI al expropiar la inversión de los Demandantes en Bolivia de forma ilícita y sin cumplir con los requisitos del Artículo VI;

(2) Que se declare que Bolivia no cumplió con sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI por no dispensar a los Demandantes un tratamiento justo y equitativo al expropiar ilícitamente la inversión de los Demandantes en Bolivia;

¹⁷ APS, pág. 2.

¹⁸ *Íd.*

¹⁹ An. CD-1 a CD-99.

²⁰ An. CL-1 a CL-32.

- (3) Que se declare que Bolivia no cumplió con sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI por no proteger la inversión de los Demandantes en Bolivia [...] al imponer medidas no razonables y discriminatorias que consistieron en la expropiación ilícita de la inversión de los Demandantes en Bolivia;
- (4) Que se declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del derecho internacional por agravar la diferencia entre las partes al someter a los Demandantes a actos de acoso con el objetivo de impedir que éstos ejerzan sus derechos en virtud del TBI;
- (5) Que se declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo IV del TBI por no dispensar un tratamiento justo y equitativo a los Demandantes al someter a los Demandantes a actos de acoso con el objetivo de impedir que éstos ejerzan sus derechos en virtud del TBI;
- (6) Que se declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo III del TBI al someter a los Demandantes a medidas irrazonables y discriminatorias que consistieron en actos de acoso con el objetivo de impedir que los Demandantes ejerzan sus derechos en virtud del TBI;
- (7) Que se declare que Bolivia violó sus obligaciones en virtud del Artículo 26 del Convenio del CIADI al iniciar una demanda penal paralela en Bolivia;
- (8) Que se ordene que Bolivia indemnice plenamente a los Demandantes por un monto no inferior a USD 61.481.461 al 1º de agosto de 2009 por los daños causados debido a la pérdida de su inversión en Bolivia más los intereses compuestos a la tasa comercial aplicable a ese monto desde dicha fecha hasta la fecha efectiva de pago;
- (9) Que se ordene que Bolivia pague una indemnización por un monto no inferior a USD 5.000.000 para resarcir el daño moral sufrido por los Demandantes debido a los actos ilícitos de acoso perpetrados por Bolivia que siguieron a la pérdida de la inversión de los Demandantes en Bolivia;
- (10) Que se ordene que Bolivia pague todos los costos, honorarios y gastos incurridos por los Demandantes a consecuencia de las violaciones del TBI de parte de Bolivia, incluidos todos los costos, honorarios y gastos resultantes del presente procedimiento arbitral”²¹.

24. Junto con el Memorial, los Demandantes también presentaron una solicitud de medidas provisionales en la que pidieron que la Demandada se abstuviera de tener actitudes o conductas que pudieran agravar la diferencia y solicitaron que se dejaran sin efecto los procedimientos penales en curso en Bolivia. El 2 de octubre de 2009, los Demandantes solicitaron una “orden de restricción temporal” con efecto inmediato, en la que solicitaron que la Demandada desistiera de proseguir con los procedimientos penales en Bolivia hasta que el Tribunal emitiera su decisión sobre la solicitud de

²¹ Mem., § X (Traducción del Tribunal).

medidas provisionales. La Demandada se opuso a este pedido el 5 de octubre de 2009. El Tribunal, por su parte, se negó a conceder la solicitud de “orden de restricción temporal” presentada por los Demandantes.

25. El 13 y el 29 de octubre de 2009, Bolivia presentó escritos contra la solicitud de medidas provisionales de los Demandantes. El 21 de octubre de 2009, los Demandantes presentaron un segundo escrito para respaldar su solicitud de medidas provisionales. El 24 de noviembre de 2009, el Tribunal y las Partes mantuvieron una conferencia telefónica para abordar la cuestión de las medidas provisionales. El 26 de febrero de 2010, el Tribunal emitió su Decisión sobre Medidas Provisionales, según la cual la Demandada debía “tomar todas las medidas necesarias para suspender”²² el proceso penal en Bolivia contra Allan Fosk, David Moscoso y otros, y “abstenerse de iniciar”²³ nuevos procesos penales que pudieran “poner en riesgo la integridad procesal de este arbitraje”²⁴.
26. El 7 de abril de 2010, la Demandada presentó una propuesta para recusar al Tribunal (la “Propuesta”) que resultó en la suspensión temporal del procedimiento. El 19 de abril de 2010, los Demandantes presentaron observaciones a la Propuesta de la Demandada. Cada una de las Partes presentó posteriormente un escrito adicional para respaldar su postura. El 6 de julio de 2010, la Secretaria General del CIADI desestimó la Propuesta de la Demandada. Los procedimientos se reanudaron poco tiempo después y el calendario procesal fue modificado de conformidad.
27. El 12 de julio de 2010, la Demandada informó que presentaría objeciones a la jurisdicción del Tribunal a más tardar el 30 de julio. Al mismo tiempo, la Demandada solicitó una resolución del Tribunal que instruyera a los Demandantes a exhibir los documentos enumerados en la lista de documentos solicitados (*Redfern Schedule*) del 28 de mayo de 2010. El 19 de julio de 2010, los Demandantes presentaron objeciones a las solicitudes de exhibición de documentos presentadas por la Demandada. El 26 de julio de 2010, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, mediante la cual dio a lugar parcialmente las solicitudes de la Demandada relativas a la exhibición de documentos, como indica la lista de documentos (*Redfern Schedule*) que se adjuntó a la resolución.

²² DMP, pág. 46.

²³ *Íd.*

²⁴ *Íd.*

28. El 30 de julio de 2010, la Demandada presentó sus Objeciones a la Jurisdicción del Tribunal, junto con 98 anexos²⁵ y el informe de experto del Prof. Iván Salame. En las Objeciones a la Jurisdicción, la Demandada solicitó al Tribunal:

- "a. Que declare que no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los Demandantes;
- b. Que declare que no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre las reclamaciones planteadas por los Demandantes;
- c. Que declare las reclamaciones de los Demandantes inadmisibles;
- d. Que, en cualquier caso, ordene a los Demandantes reembolsarle integralmente al Estado [la Demandada] los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo"²⁶.

29. El 29 de octubre de 2010, los Demandantes presentaron un Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, al que adjuntaron 42 anexos²⁷, 11 anexos legales²⁸, el dictamen de experto de Carlos Rosenkrantz y el informe del Dr. Juan Pablo de Luca. En el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, los Demandantes solicitaron al Tribunal:

- "(1) Que desestime las Objeciones a la Jurisdicción planteadas por la Demandada;
- (2) Que declare que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de los Demandantes;
- (3) Que se proceda a la etapa del fondo de la cuestión;
- (4) Que ordene a la Demandada el pago de todos los costos, honorarios y gastos incurridos por los Demandantes como resultado de la presentación de las Objeciones a la Jurisdicción por parte de la Demandada"²⁹.

30. El 13 de enero de 2011, la Demandada presentó su Réplica sobre Jurisdicción junto con 35 anexos³⁰ y el segundo informe de experto del Prof. Iván Salame. En la Réplica sobre Jurisdicción, la Demandada reiteró las solicitudes efectuadas en las Objeciones a la Jurisdicción y solicitó, además, que el Tribunal "declare inadmisibile el Informe De

²⁵ An. R-84 a R-181.

²⁶ OJ, párr. 274.

²⁷ An. CD-100 a CD-141.

²⁸ An. CL-33 a CL-43.

²⁹ MC, § IX (Traducción del Tribunal).

³⁰ An. R-182 a R-216.

Luca” y “ordene a l[o]s Demandantes aportar los títulos accionarios originales de NMM para que puedan ser sometidos a un estudio documentológico sobre su autenticidad y datación bajo control del Tribunal Arbitral”³¹.

31. En la Réplica sobre Jurisdicción y una carta del 4 de febrero de 2011, la Demandada solicitó a los Demandantes que exhibieran los títulos accionarios originales de las acciones N° 1 a 11 de Non Metallic Minerals S.A. (los "títulos accionarios originales") para su inspección por parte de un experto que actuara bajo la supervisión del Tribunal a fin de determinar su autenticidad y fecha. El 25 de enero de 2011, los Demandantes presentaron objeciones a la solicitud de inspección documental de la Demandada, aunque afirmaron que pondrían los títulos accionarios a disponibilidad del Tribunal si éste lo consideraba necesario.
32. El 8 de febrero de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, en virtud de la cual se admitía la solicitud de inspección documental planteada por la Demandada y se ordenaba a los Demandantes de presentar los títulos accionarios originales para su inspección. Dado que las Partes no lograron llegar a un acuerdo sobre las cuestiones de carácter práctico de la inspección, el 10 de marzo de 2011, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 en la que establecía instrucciones específicas sobre la fecha, el lugar y la logística de la inspección, así como un cronograma para la presentación de informes de expertos. Conforme este cronograma, la Demandada presentó su informe de experto sobre la inspección documental el 8 de abril de 2011, mientras que los Demandantes hicieron lo propio el 22 de abril de 2011.
33. El 1 de abril de 2011, los Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción, a la que adjuntaron 18 anexos³², 5 anexos legales³³, el segundo informe de experto de Carlos Rosenkrantz, y el segundo informe de Juan Pablo de Luca. En la Dúplica sobre Jurisdicción, los Demandantes reiteraron las solicitudes efectuadas en el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción y solicitaron, además, que el Tribunal “[r]echace la solicitud de la Demandada de declarar inadmisibile el Informe De Luca”³⁴.
34. El 12 de abril de 2011, el Tribunal y las Partes celebraron una conferencia telefónica previa a la audiencia que fue grabada. Dos días después, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5, que contenía instrucciones para la audiencia. Por medio de

³¹ Réplica, párr. 259.

³² An. CD-142 a CD-159.

³³ An. CL-44 a CL-48.

³⁴ Dúplica, § XI, pág. 99 (Traducción del Tribunal).

una carta de fecha 15 de abril de 2011, la Demandada presentó una solicitud para conainterrogar al Sr. Allan Fosk y al Sr. Ricardo Ramos durante la audiencia de jurisdicción. Por medio de una carta del 19 de abril de 2011, los Demandantes se opusieron a la solicitud de la Demandada. En la Resolución Procesal No. 6, el Tribunal declaró, entre otras cosas, la admisibilidad del Informe De Luca, dio lugar a la solicitud de la Demandada de conainterrogar al Sr. Allan Fosk y se reservó su decisión sobre la admisibilidad de la declaración testimonial del Sr. Ramos. Como se indicó en esa resolución, el Tribunal no consideró que la prueba del Sr. Ramos fuera relevante a efectos de la jurisdicción y por ese motivo no se basará en ella en esta decisión; no obstante ello, no advierte razones para desestimar la declaración testimonial del Sr. Ramos en caso de que el arbitraje avanzase a la etapa sobre el fondo. En la Resolución Procesal No. 7, el Tribunal emitió instrucciones relativas a cuestiones logísticas procesales pendientes respecto a la audiencia.

C. AUDIENCIA SOBRE JURISDICCIÓN

35. Del 12 al 13 de mayo de 2011, el Tribunal Arbitral celebró una audiencia sobre jurisdicción en París. Estuvieron presentes, los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaria, el Asistente, y los siguientes representantes de las Partes, testigos y expertos:

(i) En representación de los Demandantes

- Sr. Andrés Jana, Bofill Mir & Alvarez Jana
- Sr. Jorge Bofill, Bofill Mir & Alvarez Jana
- Sra. Johanna Klein Kranenberg, Bofill Mir & Alvarez Jana
- Sr. Rodrigo Gil, Bofill Mir & Alvarez Jana
- Sra. Ximena Fuentes, Bofill Mir & Alvarez Jana
- Sra. Constanza Onetto, Bofill Mir & Alvarez Jana

Testigo de los Demandantes:

- Sr. Allan Henry Isaac Fosk Kaplún

Expertos de los Demandantes:

- Sr. Albert Lyter III
- Sr. Carlos Rosenkrantz

(ii) En representación de la Demandada

- Sr. Hugo Montero Lara, Procurador General del Estado
- Sra. Elizabeth Arismendi Chumacero, Sub Procuradora de Defensa y Representación Legal del Estado
- Sr. Danny Javier López Soliz, Director General de Defensa Jurisdiccional y Arbitral de Inversiones (Procuraduría General)
- Sr. Pierre Mayer, Dechert (París) LLP
- Sr. Eduardo Silva Romero, Dechert (París) LLP
- Sr. José Manuel García Represa, Dechert (París) LLP
- Sra. Ana Carolina Simões E Silva, Dechert (París) LLP
- Sr. Francisco Paredes-Balladares, Dechert (París) LLP
- Sra. Anna Valdés Pascal, Dechert (París) LLP
- Sr. Pacôme Ziegler, Dechert (París) LLP

Experto de la Demandada:

- Sr. Iván Salame González-Aramayo

36. Andrés Jana y Johanna Klein Kranenberg realizaron las presentaciones orales en representación de los Demandantes; Hugo Montero Lara, Pierre Mayer, Eduardo Silva Romero y José Manuel García Represa, por su parte, efectuaron las presentaciones orales en representación de la Demandada.

37. La audiencia se grabó tanto en audio como en video. Se elaboró, asimismo, una transcripción textual de la audiencia sobre jurisdicción que fue posteriormente distribuida a las Partes. Luego de la audiencia, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 8, que confirmó, como se discutió al final de la audiencia, que no habría escritos posteriores a la audiencia, y estableció un calendario para la presentación de escritos sobre el pedido de los Demandantes de que el Tribunal emita una declaración en virtud del Artículo 37 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados. Los Demandantes efectuaron estas presentaciones el 27 de mayo de 2011, mientras que la Demandada presentó su respuesta el 10 de junio de 2011.

* * *

38. El Tribunal, luego de deliberar y considerar cuidadosamente los argumentos planteados por las Partes en sus presentaciones escritas y orales, emite la presente decisión sobre jurisdicción. En primer lugar, el Tribunal resumirá brevemente las posiciones de las Partes (Sección IV), luego analizará los fundamentos que respaldan

tales posiciones (Sección V), y finalmente emitirá una decisión sobre la jurisdicción (Sección VI).

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

39. En sus presentaciones orales y escritas, Bolivia ha esgrimido las siguientes objeciones:

- (i) Los Demandantes no son "inversionistas" de acuerdo con el significado que tiene este término bajo el Tratado. Los Demandantes han incurrido en una grave violación del principio de buena fe dado que fabricaron pruebas para demostrar que Quiborax y Allan Fosk son accionistas de NMM con el solo objetivo de poder acceder al sistema de arbitraje del CIADI.
- (ii) Los Demandantes no realizaron una "inversión" en los términos del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI dado que los Demandantes (a) no efectuaron contribución alguna en territorio boliviano, y (b) la supuesta inversión no ha contribuido al desarrollo económico de la zona.
- (iii) Además, la supuesta inversión de los Demandantes violó las leyes y normas bolivianas.
- (iv) En cualquier caso, las reclamaciones de los Demandantes resultan inadmisibles dado que Quiborax y Allan Fosk ocultaron su participación en NMM, con lo cual cometieron un abuso de nacionalidad contrario al principio de buena fe.

40. Por estos motivos, Bolivia solicita al Tribunal:

- "a. Que declare que no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los Demandantes;
- b. Que declare que no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre las reclamaciones planteadas por los Demandantes;
- c. Que declare las reclamaciones de los Demandantes inadmisibles;
- d. Que, en cualquier caso, ordene a los Demandantes reembolsarle integralmente al Estado los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo"³⁵.

³⁵ OJ, párr. 274.

B. POSICIÓN DE LOS DEMANDANTES

41. En sus presentaciones orales y escritas, los Demandantes han respondido a las objeciones planteadas por Bolivia de la siguiente manera:

- (i) Los tres Demandantes son “inversionistas” de acuerdo con el significado que el Tratado atribuye a este término.
- (ii) Los Demandantes actuaron en todo momento de buena fe y no falsificaron pruebas de que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM para poder así acceder al sistema de arbitraje del CIADI.
- (iii) Los Demandantes realizaron una “inversión” en Bolivia, que consistió en la adquisición de acciones y once concesiones mineras en la zona de Río Grande, según el significado establecido en el Tratado y el Convenio del CIADI.
- (iv) La inversión de los Demandantes fue realizada “de conformidad con las leyes [...] de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”, como establece el Tratado.
- (v) Quiborax y Allan Fosk no ocultaron su calidad de accionistas de NMM antes de que la Demandada procediera a expropiar la inversión.
- (vi) Las objeciones a la jurisdicción de la Demandada constituyen un abuso del principio de debido proceso y deben, por lo tanto, declararse inadmisibles.

42. Por estos motivos, los Demandantes solicitaron al Tribunal:

- "(1) Que desestime las Objeciones a la Jurisdicción planteadas por la Demandada;
- (2) Que declare que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de los Demandantes;
- (3) Que se proceda a la etapa del fondo de la cuestión;
- (4) Que ordene a la Demandada el pago de todos los costos, honorarios y gastos incurridos por los Demandantes como resultado de la presentación de las Objeciones a la Jurisdicción por parte de la Demandada”³⁶.

43. El Tribunal elaborará las posiciones y los argumentos de las Partes en mayor detalle durante el transcurso de su análisis.

³⁶ MC, § IX (Traducción del Tribunal).

V. ANÁLISIS

A. CUESTIONES PRELIMINARES

44. Antes de entrar en el fondo de las posiciones de las Partes, el Tribunal abordará las siguientes cuestiones preliminares: la relevancia de decisiones o laudos previos (1); el derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal (2); los hechos no controvertidos (3); y el test para establecer la jurisdicción (4).

1. La relevancia de decisiones o laudos previos

45. Ambas Partes han utilizado decisiones o laudos previos para respaldar sus posiciones, ya sea para concluir que debería aplicarse la misma solución al presente caso, o para explicar por qué este Tribunal debería apartarse de esa solución.

46. El Tribunal considera que no tiene obligación de seguir decisiones previas³⁷. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de tribunales internacionales. Específicamente, el Tribunal estima que, a menos que existan razones de peso en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Además considera que, sujeto a las especificidades del Tratado y a las circunstancias del caso en cuestión, su deber consiste en contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones, con el objeto de cumplir con las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversionistas en promover la seguridad jurídica del Estado de derecho. La árbitro Stern, por su parte, no comparte este análisis en cuanto al rol del árbitro, ya que opina que su deber consiste en decidir cada caso en razón de sus propias características e independientemente de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.

2. Derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal

47. Las Partes concuerdan, acertadamente, en que la jurisdicción del Tribunal se rige por el Convenio del CIADI, por el TBI entre Bolivia y Chile (el "Tratado" o el "TBI") y, en la medida que el TBI se refiere a éste, por el derecho boliviano. Las Partes también coinciden en que la interpretación tanto del Convenio del CIADI, como del Tratado, está sujeta al derecho internacional consuetudinario consagrado en la Convención de

³⁷ Ver, por ejemplo, *Saipem SpA. c. la República Popular de Bangladesh* (en lo sucesivo, "Saipem"), Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, párr. 67; *AES Corporation c. República Argentina* (en lo sucesivo, "AES"), Decisión sobre Jurisdicción, 13 de julio de 2005, párr. 30-32.

Viena sobre el Derecho de los Tratados. A continuación, se citan las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI y del TBI.

48. La jurisdicción bajo el Convenio del CIADI se rige por el Artículo 25(1), el cual establece lo siguiente:

"La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".

49. De conformidad con los términos del Artículo II del TBI entre Bolivia y Chile, la diferencia debe estar comprendida en el marco de aplicación *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* del Tratado:

"El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas antes y después de la entrada en vigencia del Acuerdo, por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia"³⁸.

50. En caso de que surja una diferencia entre una Parte Contratante y el inversionista de otra Parte Contratante, el Artículo X dispone el siguiente mecanismo de resolución:

- "1. Las controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo, entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de lo posible, solucionadas por medio de consultas amistosas.
2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia:
 - a) al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o
 - b) a arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965"³⁹.

³⁸ An. CL-1.

³⁹ *Íd* (Original en español).

51. De conformidad con el Artículo I(2) del TBI entre Bolivia y Chile, "inversión" es "toda clase de bienes o derechos" relacionados con una "inversión" siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las "leyes y reglamentos" del Estado receptor, lo cual incluye acciones de sociedades:

"Para los efectos del presente Acuerdo:

[...]

2. El término "inversión" se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con una inversión siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

[...]

b) Las acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades" (énfasis agregado)⁴⁰.

52. Por lo tanto, el derecho boliviano resulta aplicable para determinar (i) si Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004, y (ii) si la supuesta inversión de los Demandantes se realizó "de conformidad con las leyes y reglamentos" y las "disposiciones legales" de Bolivia (en lo sucesivo, "de conformidad con el derecho boliviano" o "el requisito de legalidad"). Ambas Partes coinciden en que estas cuestiones se rigen por el derecho boliviano⁴¹.

3. Hechos no controvertidos

53. Los siguientes son los hechos no controvertidos del caso: (i) NMM se constituyó conforme al derecho boliviano⁴²; (ii) Río Grande transfirió como contribución siete concesiones mineras a NMM y se convirtió en el accionista mayoritario de NMM⁴³; y (iii) NMM posteriormente adquirió cuatro concesiones mineras adicionales⁴⁴.

4. Análisis para establecer la jurisdicción

54. En la etapa jurisdiccional, los Demandantes deben probar (i) que se han cumplido los requisitos jurisdiccionales del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Tratado, lo que incluye demostrar los hechos necesarios para satisfacer estos requisitos, y (ii) que tienen *prima facie* un derecho de acción en virtud del Tratado, es decir, que los hechos

⁴⁰ *Íd.*

⁴¹ OJ, párr. 58; MC, § II(2).

⁴² *Íd.*, párr. 6; MC, párr. 34.

⁴³ *Íd.*, párr. 6; MC, párrs. 40-43.

⁴⁴ *Íd.*, párr. 6; Dúplica, párrs. 2, 78, 187.

alegados podrían constituir una violación del Tratado si fuesen probados⁴⁵. El Tribunal considera, que este análisis logra un equilibrio adecuado entre un estándar más riguroso que requeriría que se examinen las cuestiones de fondo en la etapa jurisdiccional, y un estándar menos riguroso que atribuiría un peso excesivo a la caracterización de las Demandantes de sus propias reclamaciones.

B. ADMISIBILIDAD DE LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN Y DE LA PRUEBA

1. Posición de los Demandantes

55. Según los Demandantes, el Tribunal debe declarar inadmisibles las objeciones a la jurisdicción debido al comportamiento de la Demandada en este arbitraje. Asimismo, consideran que el Tribunal debe declarar la inadmisibilidad de cualquier prueba que se haya obtenido en violación del derecho internacional, es decir, en razón de la condena de David Moscoso. Basan su posición en que las objeciones a la jurisdicción de la Demandada constituyen un abuso del proceso y en que la Demandada no debería beneficiarse de sus propios ilícitos (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). El Tribunal tiene la facultad inherente de rechazar las objeciones de la Demandada para preservar la integridad del procedimiento⁴⁶.
56. En primer lugar, la Demandada construyó un caso sobre objeciones a la jurisdicción. En segundo lugar, dañó la integridad de este arbitraje al iniciar un proceso penal contra personas involucradas en este asunto. Por este motivo, testigos claves de los Demandantes se rehúsan a declarar y ningún abogado boliviano desea aportar pruebas en representación de los Demandantes. En tercer lugar, al proseguir con las demandas penales a pesar de que la Decisión sobre Medidas Provisionales emitida por el Tribunal dispuso lo contrario, la Demandada violó normas de derecho internacional. En cuarto lugar, la Demandada, valiéndose de diferentes mecanismos procesales, no sufragó la parte que le correspondía del adelanto de costos a fin de

⁴⁵ Sobre el test *prima facie* para determinar si se produjo un incumplimiento del tratado a los efectos de la jurisdicción, ver entre otros, *United Parcel Services (UPS) c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (NAFTA), Laudo sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párrs. 33-37; *Siemens c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párr. 180; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (en lo sucesivo, “*Plama*”), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrs. 118-120, 132; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VeSanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (en lo sucesivo, “*Bayindir*”), Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 185-200; *El Paso International Company c. República Argentina* (en lo sucesivo, “*El Paso*”), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párrs. 40-45, 109; *Jan de Nul y Dredging International N.C.c. República Árabe de Egipto* (en lo sucesivo, “*Jan de Nul*”), Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, párrs. 69-71; *Telenor Mobile Communications AS c. Hungría* (en lo sucesivo, “*Telenor*”), Laudo, 13 de septiembre de 2006, párrs. 34, 53, 68, 80; *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, Laudo, 15 de abril de 2009, párrs. 60-64.

⁴⁶ MC, párrs. 199, 218, 222-223; Dúplica, § IX.

disuadir a los Demandantes en su intención de proseguir con el arbitraje. Por todos estos motivos, la Demandada ha perdido su derecho a objetar la jurisdicción del Tribunal⁴⁷.

2. Posición de Bolivia

57. Según Bolivia, el pedido de los Demandantes de que sus objeciones a la jurisdicción sean desestimadas, sin siquiera ser consideradas, es sorprendente y descabellado por las cinco razones que se exponen a continuación⁴⁸.
58. En primer lugar, las objeciones de la Demandada son sólidas en cuanto a los hechos y el derecho. En segundo lugar, los Demandantes no han podido explicar por qué el hecho de que la Demandada continúe con la demanda penal en Bolivia y no haya cumplido con las medidas provisionales recomendadas debería redundar en la pérdida de su derecho a presentar objeciones a la jurisdicción. En tercer lugar, el principio *Kompetenz-Kompetenz* prevalece sobre cualquier facultad inherente al Tribunal de desestimar una objeción a la jurisdicción planteada por una parte cuando ésta incurre en un abuso del proceso. De cualquier manera, la Demandada no cometió abuso de proceso alguno⁴⁹.
59. En cuarto lugar, la invocación por parte de los Demandantes del principio *nemo auditur* es desacertada dado que el derecho de la Demandada de cuestionar la jurisdicción de un Tribunal surge del Tratado. En quinto lugar, las pruebas que emergen de los procesos penales en Bolivia – sobre las cuales los propios Demandantes se apoyan – no deberían ser declaradas inadmisibles. Dejar de lado esta prueba no sólo constituiría una aplicación errónea del principio *nemo auditur*; también resultaría contrario al principio de que el Tribunal tiene plena discrecionalidad para evaluar la prueba en virtud de la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje. El objetivo real de esta solicitud es el de establecer jurisdicción donde no la hay⁵⁰.

3. Análisis

3.1. Admisibilidad de las objeciones a la jurisdicción

60. Los Demandantes solicitan que las objeciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada sean declaradas inadmisibles dado que la Demandada ha perdido su

⁴⁷ MC, párrs. 200-221; Dúplica, párrs. 244-255.

⁴⁸ Réplica, párrs. 247-250.

⁴⁹ *Íd.*, párrs. 251-253.

⁵⁰ *Íd.*, párrs. 254-258.

derecho de objetar la jurisdicción como resultado de su conducta durante el arbitraje. La Demandada se opone a esta solicitud.

61. La jurisdicción del CIADI en los arbitrajes iniciados en virtud de tratados depende de ciertos requisitos objetivos (nacionalidad, diferencia de naturaleza jurídica, inversión), establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y en el TBI en cuestión, y de un requisito subjetivo, el consentimiento, el cual constituye un requisito bajo el Artículo 25(1) y el que generalmente es otorgado por el Estado en el TBI y por el inversionista al presentar una solicitud de arbitraje.
62. El Artículo 41(1) del Convenio del CIADI establece que “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia”. En otras palabras, es el Tribunal quien determina si los requisitos jurisdiccionales establecidos en los tratados se cumplen o no.
63. Esta es una expresión del principio ampliamente reconocido de *Kompetenz-Kompetenz*⁵¹. Según este principio, las entidades tienen tanto la facultad como el deber de resolver sobre su propia jurisdicción. En consecuencia, el Tribunal no puede renunciar a su deber de determinar si se han satisfecho los requisitos jurisdiccionales.
64. Los Demandantes se amparan en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) del caso de *Nuclear Tests* para argumentar que el Tribunal tiene la facultad inherente de preservar la integridad del procedimiento⁵². Esto es ciertamente correcto. Sin embargo, la CIJ declaró expresamente que el objetivo de esta facultad inherente era “asegurar que el ejercicio de su jurisdicción, *si y cuando fuera establecida*, no sea frustrado”⁵³ (énfasis agregado). En otras palabras, esa facultad inherente no le permite a un tribunal abstenerse de determinar si tiene jurisdicción. Esto confirma el deber de este Tribunal de analizar si se cumplen los requisitos jurisdiccionales del tratado, independientemente de la conducta procesal de la Demandada. Así, pues, al Tribunal no puede sino denegar la solicitud de los Demandantes de declarar inadmisibles las objeciones a la jurisdicción.

⁵¹ *Sociedad Anónima Eduardo Viera c. República de Chile*, (en lo sucesivo, “Pey”), Laudo, 21 de agosto de 2007, párr. 203.

⁵² *Caso de pruebas nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, 15 de junio de 1962, Informes de la CIJ, 1974, pág. 457.

⁵³ *Íd.* (Traducción del Tribunal).

3.2. Admisibilidad de la prueba

65. Las Partes también están en desacuerdo acerca de si la prueba que surge del proceso penal en Bolivia debe ser admitida o no. Los Demandantes solicitan que esta prueba sea declarada inadmisibile. La Demandada, por su parte, se opone a esta solicitud.
66. La Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje reza:
- "El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera [sic] prueba rendida y de su valor probatorio".
67. En virtud de esta Regla, el Tribunal tiene amplia discreción para pronunciarse sobre la admisibilidad de cualquier prueba presentada. El Tribunal no considera que declarar la admisibilidad de la evidencia reunida en los procesos incoados en Bolivia pueda darle a la Demandada una ventaja indebida. Tampoco entiende que admitir esta evidencia dañaría la integridad de este arbitraje. El Tribunal estima que, en el caso de que deba considerarla, y en el momento en que deba hacerlo, procederá a sopesar su valor probatorio tomando en cuenta otras pruebas en el expediente así como las circunstancias que la rodean. En el ejercicio de esta discreción conforme la Regla 34(I) de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal atribuirá a esta prueba mayor o menor peso o ningún peso en absoluto.
68. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la prueba de los procesos en Bolivia es admisible, precisando al mismo tiempo que su valor probatorio se analizará si y cuando fuese necesario para resolver cuestiones en disputa.

C. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

69. Bolivia objeta la jurisdicción del Tribunal por los siguientes tres motivos:
- (i) El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* con respecto a los Demandantes.
 - (ii) El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre la diferencia.
 - (iii) En cualquier caso, el Tribunal carece de jurisdicción porque la supuesta inversión de los Demandantes fue realizada en violación de las leyes y los reglamentos bolivianos.
70. Las Partes no discrepan respecto de los demás requisitos jurisdiccionales en virtud del Convenio del CIADI y el TBI. En particular, no cuestionan el hecho de que Bolivia haya sido un Estado Contratante del CIADI al momento en que surgió la diferencia, que

Quiborax y Allan Fosk sean nacionales de Chile (otro Estado Contratante del CIADI), y que exista una diferencia de naturaleza jurídica. Tampoco se controvierte que Bolivia haya prestado su consentimiento al arbitraje de diferencias comprendidas en el marco del TBI. El Tribunal coincide en que se han satisfecho estos requisitos, y procederá a continuación a examinar aquellos requisitos sobre los cuales las Partes sí disienten.

1. Primera objeción: El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* con respecto a los Demandantes

1.1. Posición de Bolivia

71. Bolivia sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción porque Quiborax y Allan Fosk no son “inversionistas” y NMM no es un nacional de Chile según el significado que el Tratado atribuye a este término. Al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004, Quiborax y Allan Fosk no eran accionistas de NMM⁵⁴, y NMM, al no estar bajo el control de inversionistas chilenos, no era por ende nacional de Chile en virtud del Convenio del CIADI y el Tratado⁵⁵. Así, pues, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* respecto de Quiborax, Allan Fosk y NMM.
72. En realidad, los Demandantes han fabricado pruebas para crear la impresión de que NMM estaba bajo el control de los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk. De esta manera, los Demandantes se valieron indebidamente del TBI entre Bolivia y Chile. Esta conducta inadecuada constituye una violación grave del principio de buena fe⁵⁶.
73. Los hechos y documentos anteriores a la revocación de las concesiones mineras demuestran que Quiborax y Allan Fosk *no* eran accionistas de NMM al momento en que la diferencia surgió en junio de 2004 (1.1.1 *infra*). Los únicos documentos presentados por los Demandantes que muestran que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM son documentos internos posteriores a junio de 2004 que no tienen valor probatorio alguno (1.1.2 *infra*)⁵⁷.
- 1.1.1. Los hechos y documentos que precedieron a la revocación de las concesiones mineras demuestran que Quiborax y Allan Fosk no eran accionistas de NMM
74. La explicación de los Demandantes de cómo fue que Quiborax y Allan Fosk se convirtieron en accionistas de NMM no tiene credibilidad ni lógica alguna. En la misma

⁵⁴ OJ, párr. 14.

⁵⁵ *Íd.*, párr. 19.

⁵⁶ Réplica, párrs. 133-136.

⁵⁷ OJ, párrs. 27-29.

fecha, Quiborax vendió y compró a David Moscoso 267 acciones de NMM y David Moscoso habría pagado USD 9985 por 267 acciones de NMM, el mismo precio que Allan Fosk habría pagado por una única acción de NMM⁵⁸.

75. Si bien la carga de la prueba recae sobre los Demandantes, éstos no han presentado evidencia alguna con fecha anterior a la diferencia que demuestre que Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones en NMM en agosto y septiembre de 2001⁵⁹. Han omitido presentar las pruebas más elementales de sus argumentos, como contrato(s) de compraventa y comprobantes de pago de las acciones⁶⁰.
76. La versión de los hechos que dan los Demandantes carece de sustento probatorio. La transferencia de las acciones tuvo que haber dejado algún tipo de rastro físico, es decir, el endoso de los títulos accionarios originales y las anotaciones explicativas en el registro de accionistas, o algún contrato de compraventa de acciones. Además, para que Quiborax haya adquirido válidamente las acciones de NMM, tendría que constar el poder del mandatario que actuó en su nombre en el Registro de Comercio. Sin embargo, no hay pruebas de que Quiborax haya registrado poder alguno. Asimismo, el estatuto de NMM establece que las acciones deben ofrecerse primero a sus propios accionistas antes que a terceros. No hay pruebas en el expediente de que se haya seguido este procedimiento. Tampoco hay pruebas de que Quiborax y Allan Fosk presentaron declaraciones fiscales o realizaron pago de impuestos, lo que deberían haber hecho si hubieran recibido dividendos de NMM. Además, el balance general de Río Grande para el año 2003, que se presentó ante el Registro de Comercio, demuestra que Río Grande aún era titular de las acciones en NMM⁶¹. Por último, si realmente Río Grande se desprendió gratuitamente de las acciones que detentaba en NMM en beneficio de Quiborax, debería existir un registro del pago del impuesto a las transmisiones gratuitas⁶². No existe tal constancia. Análogamente, si esta transferencia comprendía la mayor parte del capital de Río Grande, debería existir una constancia de esa reducción de capital en el Registro de Comercio. Sin embargo, no existe tal registro⁶³.

⁵⁸ *Íd.*, párr. 33.

⁵⁹ *Íd.*, párrs. 39-46.

⁶⁰ *Íd.*, párrs. 47-57.

⁶¹ *Íd.*, párrs. 58-70; Réplica, párrs. 48-49.

⁶² Réplica, párr. 206; Tr. 67:16:68:14.

⁶³ Réplica, párr. 49.

77. Por el contrario, los documentos que sí existen y tienen fecha anterior a la diferencia muestran que Quiborax y Allan Fosk no adquirieron acciones de NMM en agosto y septiembre de 2001. Río Grande no pudo haber transferido a Quiborax acciones de NMM el 17 de agosto de 2001 pues, para esa fecha, Río Grande todavía no era titular de acciones de NMM. Conforme al derecho boliviano, una sociedad incrementa su capital mediante la emisión de nuevas acciones únicamente después de obtener la aprobación del Registro de Comercio. En este caso, el Registro de Comercio aprobó el incremento de capital de NMM recién el 28 de agosto de 2001, es decir, 11 días *después* de que Río Grande supuestamente transfiriera sus acciones en NMM a Quiborax. Y *antes* de la aprobación del Registro de Comercio, Río Grande debería haber registrado en el Registro Minero y en el Registro de Derechos Reales la transferencia de sus siete concesiones mineras a NMM, lo que no se hizo sino hasta diciembre de 2001. En suma, Quiborax no podría haber adquirido acciones de NMM de parte de Río Grande el día 17 de agosto de 2001⁶⁴.
78. Además, el estatuto de NMM prohibía la venta de acciones a una compañía competidora como Quiborax. Por ello, Quiborax no podía adquirir acciones de NMM sin violar las disposiciones del estatuto de NMM. Además, el balance de NMM para el año 2001 y el balance de Río Grande para el año 2003 muestran que los accionistas de NMM eran exclusivamente bolivianos, y que Río Grande era uno de ellos. Análogamente, los poderes para representar a NMM, que estaban registrados en el Registro de Comercio, confirman que todos los accionistas de NMM eran bolivianos y que Río Grande formaba parte de este grupo⁶⁵.
- 1.1.2. Los documentos internos presentados por los Demandantes para demostrar que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM carecen de valor probatorio
79. En primer lugar, Bolivia destaca que los Demandantes actuaron de mala fe al exhibir pruebas de su supuesta “inversión” por partes y de forma fragmentada. En cualquier caso, dotar de valor probatorio a esta documentación interna, consistente en simples documentos privados, violaría el principio según el cual las partes no pueden procurar su propia evidencia. Los Demandantes en este caso han omitido presentar el documento clave en el que este caso se basa íntegramente: el contrato de compraventa de acciones entre Río Grande y Quiborax⁶⁶.

⁶⁴ OJ, párrs. 73-83; Réplica, párrs. 43-45.

⁶⁵ OJ, párrs. 84-98; Réplica, párrs. 39-42, 46-47.

⁶⁶ Réplica, párrs. 72-78.

80. La existencia de la documentación interna en la que los Demandantes se apoyan sólo se manifestó luego de que surgió la diferencia en junio de 2004. No fue sino hasta el 22 de julio de 2004 que Bolivia vino en conocimiento por primera vez, y con gran sorpresa, de que NMM tenía accionistas chilenos. El 13 de agosto de 2004, Bolivia solicitó a Allan Fosk que presentara pruebas de que Quiborax y el propio Allan Fosk eran accionistas de NMM. Puesto que la respuesta de Allan Fosk resultó insuficiente, Bolivia decidió investigar el asunto⁶⁷.
81. Los Demandantes se apoyaron en tres tipos de documentos internos, ninguno de los cuales logra respaldar sus versiones de los hechos: (i) el registro de accionistas, (ii) los títulos accionarios de NMM, y (iii) las actas de juntas generales de accionistas del 17 de agosto y 13 de septiembre de 2001.
82. En primer lugar, los Demandantes alegan que la calidad de accionista ha de ser probada mediante el registro de accionistas. Para la Demandada, esta afirmación no tiene sostén bajo el derecho boliviano. Como afirma el Prof. Salame, el registro de accionistas crea meramente una presunción de la condición de accionista que puede refutarse mediante cualquier prueba que demuestre quiénes son los verdaderos accionistas⁶⁸. Esto coincide con decisiones previas del CIADI, que toman en cuenta diferentes elementos de prueba cuando se trata de verificar la calidad de accionista de una persona. Con respecto a las acciones nominativas o registradas, que es el caso de las acciones de NMM, la prueba pertinente es la prueba de la compra por endoso y la constancia de pago⁶⁹.
83. El registro de accionistas de NMM presenta varias anomalías: (i) se observan espacios en blanco, que están prohibidos; (ii) falta información, por ejemplo con respecto a la emisión de nuevas acciones; y (iii) hay inconsistencias en la forma en que se hace constar la transferencia de acciones⁷⁰.
84. Contrariamente a lo que los Demandantes sostienen, la inscripción en el registro de accionistas no constituye un prerequisite esencial para adquirir la calidad de accionista. En su argumento, los Demandantes hacen referencia erróneamente al Artículo 251 del Código de Comercio, el cual rige las relaciones entre sociedades y sus

⁶⁷ OJ, párrs. 105-119.

⁶⁸ Este es el motivo por el cual Bolivia argumenta que no pueden tomarse en cuenta las conclusiones a las que arribó la Superintendencia en febrero de 2005: la Superintendencia tuvo únicamente en cuenta el registro de accionistas.

⁶⁹ OJ, párrs. 120-123, 127-128.

⁷⁰ *Íd.*, párr. 124.

accionistas, cuando deberían invocar el Artículo 254 de ese código, que rige la relación entre accionistas y terceros. Conforme al Artículo 254 del Código de Comercio, el prerequisite para convertirse en accionista es la transferencia de acciones mediante endoso. El registro de accionistas sólo tiene la función de notificar esa calidad a terceros⁷¹.

85. Sin embargo, los Demandantes confunden los *efectos legales* de la inscripción en el registro de accionistas con la cuestión de su *valor probatorio*. Incluso asumiendo por un momento que la inscripción en el registro de accionistas constituya un prerequisite esencial para convertirse en accionista, ello no implica que esa inscripción pueda considerarse prueba irrefutable de tal condición. De otra manera, el tenedor del registro de accionistas se convertiría en un notario público. Además, una presunción irrefutable de esa índole facilitaría el fraude dado que negaría el valor probatorio de otras pruebas que podrían indicar la existencia de fraude. Esto afectaría la facultad del Tribunal de evaluar la evidencia en virtud de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje. Del mismo modo, sería contrario al derecho boliviano, que establece que un registro de accionistas no constituye evidencia irrefutable de la calidad de accionista, precisándose que sobre este punto el derecho boliviano coincide el derecho de otros países tales como España, Inglaterra y Argentina. Por último, la interpretación de la Demandada no pondría en riesgo la seguridad de las transacciones legales⁷².
86. En segundo lugar, los títulos accionarios exhibidos por los Demandantes tienen un escaso valor probatorio, si es que lo tienen en absoluto, por los siete motivos que se exponen a continuación. Primero, llama la atención que los títulos accionarios hayan sido emitidos nuevamente cuando podrían haber sido transferidos simplemente por endoso, y que falten los títulos accionarios 1 a 7⁷³. Segundo, no hay evidencia alguna de que los títulos accionarios hayan existido antes de que surgiera la diferencia. Efectivamente, los títulos 1 a 7 se exhibieron por primera vez después de que surgió la diferencia. Tercero, estos documentos son simplemente para uso interno. Cuarto, los documentos exhibidos no son los originales⁷⁴. Quinto, es ridículo que los títulos

⁷¹ Réplica, párrs. 87-96.

⁷² *Íd.*, párrs. 82, 85; párrs. 97-111.

⁷³ Debe tenerse en cuenta que la Demandada planteó este argumento en las Objeciones a la Jurisdicción, en cuyo momento los Demandantes sólo habían exhibido copias de los títulos accionarios Nos. 8 a 11. Posteriormente, sin embargo, los Demandantes exhibieron los títulos accionarios de Nos. 1 a 3, 5 y 7. Por lo tanto, este argumento parece haber perdido su razón de ser, salvo en lo que concierne los títulos accionarios N.º 4 y 6.

⁷⁴ Los Demandantes exhibieron todos los títulos accionarios originales, a excepción de los títulos N.º 4 y 6. Estos originales fueron objeto de una inspección documental en París, luego de la cual cada Parte presentó sus informes de experto (el informe del Sr. Lyter, en representación

accionarios 1 a 5 hayan sido transferidos por endoso y luego fueran, en el mismo día, anulados y emitidos de nuevo. Sexto, la secuencia de transacciones entre Quiborax y David Moscoso es igualmente absurda: Quiborax transfirió a David Moscoso dos lotes diferentes de acciones de NMM (uno de 267 acciones y el otro de 13.103 acciones) y, si bien David Moscoso no pagó monto alguno por estas acciones, sí recibió USD 9.985 cuando devolvió el lote de 267 acciones a Quiborax en la misma fecha. Séptimo y último, la firma de Dolly Paredes en estos títulos es diferente a la que figura en otros documentos⁷⁵.

87. En tercer lugar, las actas de las juntas generales de accionistas del 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2001 fueron falsificadas. Al 17 de agosto de 2001, NMM no había solicitado aún la aprobación del Registro de Comercio para incrementar su capital. Por lo tanto, Río Grande no podría haber participado en una junta general de accionistas de NMM y no se podría haber aprobado la venta de acciones de NMM a Quiborax. Además, el acta de la junta general del 17 de agosto no se registró en el protocolo notarial y en el Registro de Comercio sino hasta *después* de que surgió la diferencia en 2004. Esto es especialmente sospechoso si se tiene en cuenta que las actas de la junta general de accionistas de NMM del 3 de agosto de 2001 fueron registradas en el protocolo notarial y en el Registro de Comercio algunas semanas después. Finalmente, el libro de actas de NMM contiene graves irregularidades dado que se han anexado páginas sueltas al libro. En el contexto del proceso penal que tiene lugar en Bolivia, el experto en autenticidad de documentos concluyó que el acta del 17 de agosto no es la que se incluyó originalmente en el libro de actas de NMM⁷⁶.
88. Los Demandantes también falsificaron el acta de la junta general de accionistas del 13 de septiembre de 2001. Esto surge claramente cuando se tienen en cuenta las siguientes observaciones.
89. Primero, el acta del 13 de septiembre de 2001, en la que Quiborax y Allan Fosk figuran como accionistas de NMM, es inconsistente con el acta del 11 de septiembre de 2001, en la que ellos no figuran. Mientras el acta del 11 de septiembre de 2001 fue registrada en el Registro de Comercio en 2001, el acta del 13 de septiembre de 2001 nunca se registró y fue enviada a la Superintendencia por primera vez en enero de 2005, es decir, después de que surgió esta diferencia. Segundo, Allan Fosk, cuya

de los Demandantes, y el informe del Sr. Clément, en representación de la Demandada). Por este motivo, salvo por los títulos accionarios N.º 4 y 6, este argumento parece haber perdido su razón de ser.

⁷⁵ OJ, párrs. 129-135; Réplica, párrs. 112-122.

⁷⁶ OJ, párrs. 136-147.

presencia se menciona en el acta, no se encontraba en Bolivia el 13 de septiembre de 2001 y, por lo tanto, no podría haber asistido a la junta. Tercero, David Moscoso admitió que el acta del 13 de septiembre de 2001 fue falsificada. Cuarto, la firma de Dolly Paredes en esta actas es diferente a la que figura en otros documentos. Quinto, el experto en autenticidad de documentos también concluyó que el acta del 13 de septiembre de 2001 no es la que se incluyó originalmente en el libro de actas de NMM. Sexto, el acta del 13 de septiembre de 2001 firmada por Allan Fosk hace referencia a Quiborax "S.A.". Sin embargo, la verdadera razón social de la compañía es Quiborax "Ltd."; sorprendentemente, Allan Fosk no advirtió este error al momento de suscribir el acta⁷⁷.

90. Los Demandantes también han presentado tres certificados emitidos por autoridades chilenas. Estos certificados, sin embargo, no son anteriores a la diferencia y fueron, de hecho, expresamente emitidos a los efectos de este arbitraje. Estos certificados demuestran simplemente que Quiborax declaró ante las autoridades chilenas haber invertido en NMM⁷⁸.

1.1.3. Todos los accionistas de NMM son bolivianos y, en consecuencia, NMM no es nacional chilena en los términos del Convenio del CIADI y el Tratado

91. NMM es una compañía cuyos propietarios son únicamente accionistas bolivianos. Se deduce, entonces, que NMM no puede ser considerada nacional chilena conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI ni con arreglo al Artículo X(4) del TBI entre Bolivia y Chile⁷⁹. Por lo tanto, como ocurre con Quiborax y Allan Fox, NMM no es una "inversionista" según la definición del Tratado⁸⁰.

1.1.4. La prueba de los Demandantes sugiere que Quiborax adquirió 50% de las acciones de Río Grande, no de NMM

92. En su Réplica, Bolivia argumentó por primera vez que la prueba de los Demandantes, en particular el contrato registrado para la compra de Río Grande (el "Contrato Río

⁷⁷ OJ, párrs. 148-159; Réplica, párrs. 123-129.

⁷⁸ Réplica, párrs. 51-52.

⁷⁹ El Artículo X del TBI entre Bolivia y Chile se titula "Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante". El Artículo X(4), por su parte, establece: "Para los efectos de este artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes Contratantes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la controversia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al artículo 25 2) b) de la referida Convención de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante" (An. CL-1).

⁸⁰ OJ, párrs. 161-186; Réplica, párrs. 130-132.

Grande⁸¹) y los pagos a Álvaro Ugalde y Edsal Finance⁸², sugiere que lo que Quiborax realmente compró fue el 50% de las acciones de Río Grande, no de NMM. Aunque los Demandantes sostienen que el Contrato Río Grande fue invalidado por el contrato entre Leonardo Fosk y David Moscoso (el “Contrato Fosk-Moscoso”), este contrato no resulta válido porque: (i) las partes de este contrato son diferentes a las partes que suscribieron el Contrato Río Grande; (ii) a diferencia del Contrato Río Grande, el Contrato Fosk-Moscoso no se suscribió ante notario público; (iii) el Contrato Fosk-Moscoso es de dudosa autenticidad dado que establece inverosímilmente en su cláusula tercera que el Contrato Río Grande “no ha sido suscrito entre las Partes”; (iv) los pagos efectivamente se realizaron de conformidad con el Contrato Río Grande; y (v) el Contrato Fosk-Moscoso se presentó únicamente junto con el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción⁸³.

93. En cualquier caso, incluso asumiendo que el Contrato Fosk-Moscoso fuese válido, ello no confirmaría la versión de los hechos de los Demandantes porque bajo tal contrato Quiborax adquiriría el 50% de las *concesiones mineras* de Río Grande, no de NMM; y porque bajo ese contrato las partes consideraban la posibilidad de constituir una sociedad en la que cada parte contratante fuera titular del 50% de las acciones, no una en la que Quiborax fuera accionista mayoritario⁸⁴.

1.2. Posición de los Demandantes

94. Los Demandantes argumentan que han realizado una “inversión” protegida y que, por lo tanto, los tres Demandantes son “inversionistas” según el significado tanto del Tratado como del Convenio del CIADI. Afirman que los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk adquirieron concesiones mineras en Bolivia, que Quiborax y Allan Fosk son accionistas de NMM conforme el derecho boliviano, y que NMM debe considerarse de nacionalidad chilena porque está controlada por nacionales chilenos⁸⁵. La Demandada nunca ha cuestionado que NMM sea propietaria del 100% de once concesiones mineras en la zona de Río Grande, aunque sí argumenta que Quiborax y Allan Fosk nunca se convirtieron en accionistas de NMM⁸⁶.

⁸¹ An. CD-17.

⁸² An. CD-116.

⁸³ Réplica, párrs. 59-64.

⁸⁴ Réplica, párrs. 65-69.

⁸⁵ MC, §§ II, V.

⁸⁶ Dúplica, párr. 2.

1.2.1. Los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk adquirieron concesiones mineras en Bolivia

95. En 1999, David Moscoso y Álvaro Ugalde, propietarios de Río Grande, se pusieron en contacto con Quiborax para proponerle desarrollar conjuntamente un proyecto que involucraba siete concesiones mineras en la zona de Río Grande. Los accionistas de Río Grande eran Moscoso (50%); Edsal Finance Inc. (“Edsal Finance”), una compañía constituida en virtud de las leyes de Panamá y representada por Álvaro Ugalde (49,5%); y Gonzalo Ugalde, hermano de Álvaro Ugalde (0,5%). Los únicos activos de Río Grande eran las siete concesiones mineras. Los Sres. Moscoso y Ugalde estaban buscando un socio estratégico que pudiera aportar *know-how* y capital para desarrollar sus negocios⁸⁷.
96. Luego de examinar la viabilidad del proyecto y la legislación boliviana, que resultaba atrayente para los inversionistas, Quiborax aceptó negociar. De esta forma, Quiborax, por un lado, y los Sres. Moscoso y Ugalde, por el otro, comenzaron a explorar formas de estructurar su colaboración. Se analizaron y finalmente descartaron propuestas de contratos de riesgo compartido y de arrendamiento. El 12 de enero de 2001, Río Grande y Quiborax celebraron un contrato de suministro exclusivo con un plazo de 15 años (el “Contrato de Suministro Exclusivo”). Conforme a este Contrato de Suministro Exclusivo, Quiborax tenía la opción preferente de compra de las concesiones mineras de Río Grande, así como el derecho de adquirir las concesiones mineras en el caso de que un árbitro determinara que Río Grande no había cumplido con el contrato⁸⁸.
97. Un mes después de que se celebró el Contrato de Suministro Exclusivo, Álvaro y Gonzalo Ugalde ofrecieron vender su participación accionaria del 50% en Río Grande a Quiborax dado que Álvaro Ugalde tenía la intención de reunir capital para otros proyectos. Quiborax aceptó la oferta. El 12 de marzo de 2001, Quiborax, por un lado, y Edsal y Gonzalo Ugalde, por otro, celebraron un acuerdo por el cual Edsal y Gonzalo Ugalde venderían el total de sus acciones en Río Grande (50%) a Quiborax (el “Contrato de Compraventa de Acciones”). El precio de compra acordado fue de USD 400.000, a pagarse en seis cuotas⁸⁹.
98. Finalmente, para evitar los riesgos inherentes a una sociedad ya existente, Quiborax decidió estructurar la operación a través de una nueva compañía en lugar de hacerlo como accionista de Río Grande. Por este motivo, el 12 de mayo de 2001, Leonardo

⁸⁷ MC, párrs. 14-15.

⁸⁸ MC, párrs. 16-24.

⁸⁹ *Íd.*, párrs. 25-27.

Fosk, en representación de Quiborax, y David Moscoso, en representación de Río Grande, anularon el Contrato de Compraventa de Acciones y celebraron un nuevo acuerdo con el fin de suscribir un contrato de *joint venture* o crear una nueva sociedad (el “Contrato Fosk-Moscoso”). Quiborax contrató a Fernando Rojas, de C.R. & F. Rojas Abogados (el “estudio jurídico Rojas”), como su abogado local para implementar el Contrato Fosk-Moscoso⁹⁰.

99. El estudio jurídico Rojas ideó un esquema para implementar el Contrato Fosk-Moscoso en tres etapas. En primer lugar, el Sr. Moscoso y los hermanos Ugalde transferirían las concesiones mineras de Río Grande a una nueva sociedad. En segundo lugar, Quiborax reemplazaría a los hermanos Ugalde como accionista de la nueva sociedad. En tercer lugar, Quiborax adquiriría un 1% de capital accionario adicional del Sr. Moscoso para asegurar el control de la nueva sociedad, mientras que Allan Fosk recibiría una acción para cumplir con el requisito del derecho boliviano según el cual las sociedades deben tener un mínimo de tres accionistas⁹¹.
100. El 25 de julio de 2001, el estudio jurídico Rojas constituyó la sociedad NMM. Los accionistas fundadores de NMM fueron Fernando Rojas (con 58 acciones), Dolly Paredes (1 acción) y Gilka Salas (1 acción). Las Sras. Paredes y Salas se desempeñan como secretarías en el estudio jurídico Rojas. NMM fue inscrita en el Servicio de Impuestos Nacionales de Bolivia y en el Registro de Comercio. El 3 de agosto de 2001, luego de la aprobación de Río Grande y NMM, Río Grande transfirió sus siete concesiones mineras a NMM. El 8 de agosto de 2001, Álvaro Ugalde recibió el último pago por la venta de su participación del 50% en las concesiones mineras, con lo que se completó el pago del precio total de compra de USD 400.000⁹².
101. El 17 de agosto de 2001, Río Grande recibió 26.680 acciones de NMM a cambio de las siete concesiones mineras que había transferido a NMM. Ese mismo día, Río Grande transfirió todas sus acciones en NMM (26.680) a Quiborax por endoso, como surge del título accionario No. 4. Si bien el Sr. Moscoso tenía derecho al 50% de estas acciones, él y Quiborax acordaron que Quiborax sería titular del 51% de las acciones de NMM y el Sr. Moscoso del 49%. Por lo tanto, el 4 de septiembre de 2001, Quiborax transfirió el 50% de las acciones de NMM al Sr. Moscoso en dos lotes: uno de 13.013 acciones (equivalente al 49% de las acciones de NMM) y uno de 267 acciones (equivalente al 1% de las acciones de NMM). En la misma fecha, el Sr. Moscoso

⁹⁰ *Íd.*, párrs. 27-31.

⁹¹ *Íd.*, párrs. 32-34.

⁹² *Íd.*, párrs. 35-42, 44.

vendió el lote de 267 acciones a Quiborax por USD 9.985. Los títulos accionarios Nos. 4, 5, 6, 10 y 11 reflejan estas transferencias. Finalmente, el 10 de septiembre de 2001, los accionistas fundadores transfirieron sus acciones a Quiborax y Allan Fosc: Fernando Rojas y Dolly Paredes transfirieron sus acciones a Quiborax, mientras que Gilka Salas transfirió su única acción a Allan Fosc. Estas transferencias fueron documentadas en los títulos accionarios Nos. 8 y 9⁹³.

102. En consecuencia, la composición accionaria de NMM al 10 de septiembre de 2001 era la siguiente: Quiborax detentaba el 50,995% de las acciones; David Moscoso el 49%; y Allan Fosc el 0,005%. Así, a partir de ese momento Quiborax, nacional de Chile, se convirtió en el accionista mayoritario de NMM⁹⁴.

103. En la Réplica a la Jurisdicción, la Demandada manifestó, por primera vez, que las pruebas demostrarían que Quiborax adquirió 50% de las acciones de Río Grande y no de NMM. La Demandada reconoce que Río Grande era titular del 99% de las acciones de NMM. Por lo tanto, incluso si la teoría de la Demandada fuese correcta, Quiborax sería propietaria del 49,5% de las acciones de NMM, sólo el 1,5% menos del 51% que siempre alegó tener. Esto alcanza para conferirle legitimación a Quiborax para iniciar este arbitraje⁹⁵.

1.2.2. Quiborax y Allan Fosc son accionistas de NMM conforme al derecho boliviano

104. En virtud del derecho boliviano, especialmente los Artículos 251 y 268 del Código de Comercio de Bolivia ("CCB"), la calidad de accionista se demuestra exclusivamente mediante el registro de accionistas⁹⁶. Dicho de otra forma, aquellas personas que figuren en el registro de accionistas de una compañía *son* sus accionistas. Quiborax y Allan Fosc aparecen en el registro de accionistas de NMM. Por lo tanto, los Demandantes han satisfecho el único requisito que necesitaban satisfacer para probar su calidad de accionistas en virtud del derecho boliviano⁹⁷.

105. Contrariamente a lo que la Demandada y el Prof. Salame sostienen, la inscripción en el registro de accionistas no genera meramente una presunción *iuris tantum* de la calidad de accionista. Más bien, tal inscripción en sí misma crea la calidad de accionista. Esto ha sido confirmado por un comentarista jurídico, por el experto Prof.

⁹³ *Íd.*, párrs. 43-55.

⁹⁴ *Íd.*, párrs. 56-57.

⁹⁵ Dúplica, párr. 40.

⁹⁶ *Íd.*, párr. 46.

⁹⁷ MC, párrs. 58-70.

Rosenkrantz y por el mismísimo gobierno boliviano. El Prof. Salame simplemente malinterpreta o ignora el Artículo 268 del CCB⁹⁸.

106. De cualquier forma, existen abundantes pruebas adicionales que demuestran que Quiborax y Allan Fosk son accionistas de NMM: los títulos accionarios emitidos por las autoridades chilenas; los estados financieros de Quiborax auditados por PriceWaterhouseCoopers en Chile; todas las actas de las juntas generales de accionistas de NMM celebradas desde septiembre de 2001; el estudio de campo realizado por el Sr. Juan Pablo de Luca y el informe pericial del Prof. Rosenkrantz⁹⁹.

1.2.3. NMM debe considerarse chilena porque se encuentra bajo control chileno

107. Dado que Quiborax es el accionista mayoritario de NMM, NMM es también un nacional de Chile a efectos del Tratado. Como nacional chileno, NMM está legitimado para actuar como demandante en este arbitraje¹⁰⁰.

1.3. Análisis

108. El Tribunal debe determinar si Quiborax, Allan Fosk y NMM son “inversionistas” según los términos del Tratado. A tal efecto, el Tribunal debe comprobar (1.3.1) si Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia entre las Partes, es decir, en junio de 2004; y, de ser así, (1.3.2) si se debe considerar que NMM era nacional chilena en ese momento en razón de que sus accionistas mayoritarios eran los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk.

1.3.1. ¿Eran Quiborax y Allan Fosk accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004?

109. Para determinar si Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004, el Tribunal analizará (i) sobre cuál de las Partes recae la carga de la prueba con relación a los diversos alegatos planteados; (ii) cómo se debe establecer la calidad de accionista de conformidad con el derecho boliviano; (iii) el relato y prueba de los hechos ofrecida por los Demandantes; y (iv) el relato y prueba de los hechos ofrecida por la Demandada. Sobre la base de este análisis, (v) el Tribunal pronunciará su conclusión.

⁹⁸ *Íd.*, párrs. 62-74; Dúplica párrs. 149-152.

⁹⁹ MC, párrs. 75-82.

¹⁰⁰ *Íd.*, párrs. 159-166.

(i) *Carga de la prueba*

110. La cuestión principal en esta diferencia sobre jurisdicción radica en determinar si Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM en junio de 2004. Los Demandantes alegan que Quiborax y Allan Fosk adquirieron colectivamente 51% de las acciones de NMM en agosto y septiembre de 2001, y han sido desde entonces los accionistas mayoritarios de NMM. La Demandada, por otra parte, argumenta que los Demandantes fabricaron pruebas que demuestran que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia únicamente para poder acceder a la jurisdicción del CIADI.
111. Las Partes coinciden, correctamente, en que la carga de probar que Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones de NMM en agosto y septiembre de 2001 recae sobre los Demandantes. Durante la audiencia, el abogado de la Demandada expresó que “a fin de establecer [...] la jurisdicción del Tribunal, [los Demandantes] deben satisfacer cierta carga de la prueba y establecer, primero, que son inversores. Y, segundo, que se trata realmente de una inversión [...]”¹⁰¹. El abogado de los Demandantes coincidió: “Aceptamos, como siempre lo hemos hecho, que la carga de la prueba para comprobar que hay inversión nos incumbe [a los Demandantes]”¹⁰².
112. Sin embargo, no hay acuerdo respecto a la alegación de la Demandada según la cual los Demandantes fabricaron pruebas para dar inicio a este arbitraje. Durante la audiencia, el abogado de la Demandada sostuvo: “[A] pesar de que consideramos que su Tribunal quedará totalmente convencido [...] de que Quiborax y el señor Fosk no compraron estas acciones, quisiéramos decir que aun si sólo hubiese surgido una duda sobre esto, eso ya sería suficiente porque son [los] demandantes, les incumbe la carga de la prueba y cuando hay lugar a duda, la carga de la prueba no está satisfecha [...]. [E]n *Cementownia c. Turquía*, [...] [el] tribunal concluyó que la transacción que habría constituido la inversión [...] 'nunca tuvo lugar' y 'esta demanda es un fraude.' Y eso es lo que creemos. Esta demanda es un fraude.”¹⁰³. En otras palabras, la Demandada no considera que debe probar sus alegatos de fraude, siendo suficiente que tales alegatos “planteen una duda”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Tr. 21:2-6.

¹⁰² *Íd.*, 546:5-7.

¹⁰³ *Íd.*, 23:2-11, 24:13-18.

¹⁰⁴ *Íd.*, . 23:7-8; *ver también* Réplica, pág. 10, n. 23: “no es necesario que el Estado pruebe que [l]os Demandantes han fabricado fraudulentamente su condición de inversionistas para que el Tribunal Arbitral se declare incompetente, sino que basta con que no considere suficientes las pruebas presentadas”.

113. En contraste, los Demandantes aseveran que la Demandada tiene la carga de probar sus alegatos de fraude. Durante las presentaciones orales, el abogado de los Demandantes sostuvo que aunque "la carga de la prueba para comprobar que hay una inversión nos incumbe [a los Demandantes], [...] en cuanto al supuesto fraude [...] le corresponde la carga de la prueba a la demandada, que nunca lo aceptó. Esa es la diferencia. No basta simplemente crear dudas"¹⁰⁵. El abogado de los Demandantes además expresó que "la [D]emandada tiene no sólo la carga de la prueba, sino también la responsabilidad y [...] el deber de probar sus acusaciones. Y estas acusaciones y las pruebas deben estar sujetas a un estricto estándar probatorio"¹⁰⁶.
114. La cuestión que el Tribunal debe resolver es si los Demandantes son "inversionistas" en virtud del tratado y, en particular, si Quiborax y Allan Fosk se convirtieron en accionistas mayoritarios de NMM en agosto y septiembre de 2001. Así, pues, el Tribunal examinará en primer lugar si los Demandantes han probado efectivamente su calidad de "inversionistas". Asumiendo que la respuesta fuese afirmativa, analizará a continuación si la Demandada ha logrado refutar o generar dudas suficientes sobre la afirmación de los Demandantes de su calidad de "inversionistas". Finalmente, sobre la base de la totalidad de este, emitirá su conclusión respecto a si los Demandantes revisten o no la antedicha calidad de "inversionistas".

(ii) *La prueba de la calidad de accionistas conforme el derecho boliviano*

115. Las Partes discrepan acerca de lo que debe probarse para demostrar la calidad de accionistas de conformidad con el derecho boliviano. Según los Demandantes, las leyes de Bolivia establecen que la calidad de accionistas se prueba únicamente mediante el registro de accionistas de la compañía en cuestión:

"La única prueba que resulta suficiente para demostrar la calidad de accionista es [...] el Registro de Accionistas"¹⁰⁷. Dado que Quiborax y Allan Fosk aparecen en el Registro de Accionistas de NMM, no puede discutirse que, de conformidad con el derecho boliviano, Quiborax y Allan Fosk son accionistas de NMM [...]. Por este motivo, cualquier prueba adicional solicitada por la Demandada es irrelevante y carece de todo objeto"¹⁰⁸.

116. La Demandada, por el contrario, argumenta que el registro de accionistas simplemente crea una presunción de la calidad de accionista, la que puede sin embargo refutarse

¹⁰⁵ Tr., 546:6-13.

¹⁰⁶ *Íd.*, 107:17-21.

¹⁰⁷ Réplica MP, párr. 5.

¹⁰⁸ MC, párrs. 65, 73 (Traducción del Tribunal).

por “cualquier medio que permita establecer quién es el verdadero accionista”¹⁰⁹. Por ello, es incorrecto sostener, como lo hacen los Demandantes, que el registro de accionistas da lugar a una presunción irrefutable (presunción *iuris et de iure*). Incluso si fuese cierto (no lo es) que la inscripción en el registro de accionistas es un requisito esencial para adquirir la calidad de accionista, esto no significaría que el valor probatorio del registro de accionistas sea incuestionable¹¹⁰.

117. Las disposiciones pertinentes del Código de Comercio de Bolivia (“CCB”) establecen:

Art. 251

“La sociedad considera como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el título y en el registro de las acciones”¹¹¹

Art. 268

“Tiene la calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad, si las acciones son nominativas, y el tenedor, si son al portador”¹¹².

118. Sobre la base de estas disposiciones, el Tribunal no está convencido de que la calidad de accionista pueda probarse exclusivamente mediante el registro de accionistas. En primer lugar, el Artículo 251 hace referencia no sólo al registro de accionistas sino también a los títulos accionarios. Incluso si se considera que esta disposición apunta únicamente a la relación entre la sociedad y sus accionistas¹¹³, su llana lectura pareciera excluir cualquier argumento de que el registro de accionistas es la única fuente por la que se puede probar la calidad de accionista.

119. En segundo lugar, es cierto que el Artículo 268 del CCB, en el cual se apoyan en gran medida los Demandantes, establece que es accionista todo aquél “inscrito en el registro de accionistas de la sociedad”¹¹⁴. No obstante, no se sigue necesariamente de ello que el registro de accionistas sea la *única* fuente que prueba quién goza de la condición de accionista. El Artículo 268 del CCB no excluye otros medios de prueba que puedan establecer la calidad de accionista. El Tribunal, por lo tanto, coincide con el experto legal de la Demandada, el Prof. Salame, en sostener que el registro de accionistas “solo crea una presunción *iuris tantum* [...] a favor de la persona inscrita en

¹⁰⁹ OJ, párr. 121.

¹¹⁰ Dúplica, párrs. 85, 97-111.

¹¹¹ MC, pág. 28, n. 76; que se omitió en el Anexo CD-1.

¹¹² Anexo CD-1.

¹¹³ MC, párrs. 147, 149.

¹¹⁴ *Supra*, párr. 117.

él”¹¹⁵, y “no impide o agota la discusión sobre quién es realmente el accionista de la sociedad”¹¹⁶.

120. En tercer lugar, los efectos legales de la inscripción en el registro de accionistas deben distinguirse del valor probatorio del registro. Incluso asumiendo a efectos del argumento que la inscripción en el registro de acciones nominativas fuera un requisito para adquirir la calidad de accionista, ello no implicaría que los hechos que constan en el registro no puedan ser cuestionados. En este sentido, el Tribunal está de acuerdo con el Prof. Salame, quien explica que:

“[L]a eficacia jurídica de la inscripción en el libro de registro de accionistas y su valor probatorio [son] dos cuestiones distintas [...]. Mientras que en el primer punto nos situamos en el plano jurídico, en el segundo nos hallamos en el de los hechos y las presunciones.

Incluso si [...] la inscripción en el registro de accionistas cumple una función constitutiva, ello no significa que los hechos consignados en dicho libro no pueden ser desmentidos mediante otras pruebas [...]”¹¹⁷.

121. En cuarto lugar, como los Demandantes mismos reconocen, el “registro de accionistas refleja la titularidad de las acciones; no puede modificarla”¹¹⁸. Sin embargo, como también aceptan los Demandantes, este “reflejo” puede ser inexacto: podría haber una “discrepancia entre los títulos [accionarios] y el registro”¹¹⁹, es decir, entre el registro y la realidad. Quizás por este motivo los Demandantes aceptan que el registro de accionistas no tendría efecto alguno “en caso de fraude, coerción, engaño o cualquier otra causal de anulación de actos jurídicos”¹²⁰. En el caso que nos ocupa, Bolivia reclama, precisamente, que ha habido fraude. Bajo estas circunstancias, resulta difícil entender por qué la calidad de accionistas de Quiborax y Allan Fosk debería establecerse únicamente mediante el registro de accionistas.
122. Por los motivos expuestos precedentemente, el Tribunal analizará si Quiborax y Allan Fosk se convirtieron en accionistas de NMM no sólo sobre la base del registro de accionistas, sino también sobre la base de la totalidad del expediente.

¹¹⁵ Informe de Salame I, párr. 75.

¹¹⁶ *Íd.*, párr. 81.

¹¹⁷ Informe de Salame II, párrs. 9, 13.

¹¹⁸ Dúplica, párr. 151 (Traducción del Tribunal).

¹¹⁹ *Íd.*, párr. 141 (Traducción del Tribunal).

¹²⁰ *Íd.*, párr. 144 (Traducción del Tribunal).

(iii) *La explicación y prueba de los hechos de los Demandantes*

123. En este apartado, el Tribunal examinará las explicaciones de hechos y la documentación respaldatoria de los Demandantes.
124. Según los Demandantes, en 1999, David Moscoso y Álvaro Ugalde, propietarios de Río Grande, se pusieron en contacto con Quiborax “para desarrollar un proyecto comercial que involucraba las siete concesiones mineras [de Río Grande]”¹²¹ en Bolivia. El primer contacto documentado entre Quiborax y Río Grande es una carta presuntamente escrita por David Moscoso y Álvaro Ugalde y dirigida al Ing. Carlos Shuffer de Quiborax el 26 de enero de 2000, y que según parece fue enviada por fax desde Bolivia a Chile al día siguiente:

"Estimados señores,

Ratificando los términos de las recientes conversaciones telefónicas, por la presente tenemos a bien confirmar nuestro interés de participar con ustedes en el desarrollo, explotación y comercialización de nuestro yacimiento de ulexita de Río Grande, suscribiendo un contrato de asociación o un contrato de riesgo compartido, por el que QUIBORAX podría asumir la administración y el 50% o más de las acciones y derechos de nuestra Compañía; invirtiendo a cambio los recursos económicos y financieros necesarios para la implementación y puesta en marcha de[l] proyecto [...].

Tomando en cuenta de que nuestras concesiones mineras se encuentran fuera de los 50 kilómetros de la frontera limítrofe, no existe restricción de ninguna naturaleza para que una compañía extranjera pueda adquirir parte o la totalidad de dichas concesiones, o en su caso el 100% de las acciones de nuestra Compañía.

A la espera de vuestros comentarios, saludamos a Uds. muy atentamente.

David Moscoso Ruiz Álvaro Ugalde Canedo” (énfasis agregado)¹²².

125. En ese momento, Quiborax y Río Grande estaban aparentemente explorando “alternativas diferentes”¹²³ para dar forma a sus planes para la explotación conjunta de los yacimientos de ulexita en la zona de Río Grande. En el marco de este proceso, David Moscoso envió una carta a Allan Fosk y al Ing. Shuffer el 29 de marzo de 2000, que según parece fue enviada por fax desde Bolivia en la misma fecha:

"Estimados señores,

En primer término, queremos expresar nuestra complacencia por el fructífero y valioso intercambio de puntos de vista sobre la explotación

¹²¹ MC, párr. 15 (Traducción del Tribunal).

¹²² An. CD-9.

¹²³ MC, párr. 19 (Traducción del Tribunal).

del yacimiento de Río Grande de propiedad de nuestra Compañía, con sus estimados Alan Fosk y Carlos Shuffer.

Nuestro acuerdo en principio era, que el procedimiento más adecuado para llegar a un acuerdo de explotación de la ulexita, sería el de un arrendamiento de la propiedad con una opción de compra dentro de un período de tres años, a un precio pre-establecido. Luego de una discusión y evaluación entre socios [...], hemos acordado elevar ante Uds. la siguiente propuesta: [...].

A la espera de sus valiosos comentarios los saluda atentamente,

David Moscoso" (énfasis agregado)¹²⁴.

126. Sin embargo, la propuesta de arrendamiento y opción de compra no prosperó. Finalmente, el 12 de enero de 2001, Quiborax y Río Grande finalmente arribaron a un acuerdo, que se formalizó mediante un contrato celebrado ante notario público, por el cual Quiborax adquiriría ulexita de Río Grande de forma exclusiva (el "Contrato de Suministro Exclusivo")¹²⁵. En virtud de este Contrato de Suministro Exclusivo, Quiborax, el "comprador", se comprometía a comprar cantidades específicas de ulexita a Río Grande, el "vendedor" o "proveedor", de forma exclusiva por un plazo de 15 años desde enero de 2001¹²⁶.
127. El Contrato de Suministro Exclusivo es significativo dado que ninguna de las Partes cuestiona sus términos. Tanto los Demandantes como la Demandada aceptan que Quiborax y Río Grande celebraron este contrato a principios de 2001. Es sólo a partir de ese momento que comienzan a surgir diferencias. Según los Demandantes, el Contrato de Suministro Exclusivo se rescindió "poco después"¹²⁷ porque había "perdido su objeto"¹²⁸. Según la Demandada, sin embargo, este contrato "nunca fue terminado"¹²⁹ puesto que "ningún documento en el expediente comprueba eso"¹³⁰.
128. El Contrato de Suministro Exclusivo celebrado ante notario público contenía las siguientes disposiciones pertinentes a los efectos de la presente diferencia:

"CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA, GARANTÍAS. [...] Para el caso que, por laudo dictado por el árbitro designado en la forma que se indica en la cláusula décimo sexta, se declarara resuelto este contrato por incumplimiento de las obligaciones que en éste contrae el proveedor, dicho laudo deberá disponer que RIGSSA [Río Grande] otorga por el plazo de sesenta días opción exclusiva e irrevocable a Quiborax para

¹²⁴ An. CD-103.

¹²⁵ An. CD-16.

¹²⁶ *Íd.*, cláusula primera, "Definiciones"; cláusula quinta, "Plazo del Contrato".

¹²⁷ Tr. 119-13.

¹²⁸ *Íd.*, 570:3-4.

¹²⁹ *Íd.*, 100:5.

¹³⁰ *Íd.*, 30:8.

comprar todas las concesiones mineras individualizadas en la cláusula tercera de este instrumento [...].

CLÁUSULA VIGÉSIMA, PROHIBICIÓN DE VENTA Y OPCIÓN PREFERENTE DE COMPRA. Al proveedor le queda prohibido enajenar las concesiones mineras de que es dueño y que están individualizadas en la cláusula tercera. Transcurridos cinco años contados desde esta fecha, RIGSSA [Río Grande] podrá ofrecer en venta las indicadas concesiones, pero en tal caso, si existiere una oferta concreta de compra, el proveedor deberá remitir a Quiborax la indicada oferta [...]. Quiborax tendrá un plazo de noventa días para igualar la oferta recibida por RIGSSA [Río Grande] y en tal caso ésta [Río Grande] se obliga irrevocablemente a vender y transferirle [a Quiborax] las concesiones con preferencia a cualquier otro potencial comprador” (énfasis agregado)¹³¹.

129. En síntesis, el Contrato de Suministro Exclusivo contemplaba dos escenarios diferentes en los cuales Quiborax gozaría de una opción exclusiva para adquirir las concesiones mineras de Río Grande: (i) en el caso de que un tribunal arbitral constituido conforme la cláusula arbitral del contrato declarase “resuelto” el contrato por incumplimiento por parte de Río Grande, y (ii) en el caso de que Río Grande decidiera vender las concesiones mineras después de un período de cinco años. En otras palabras, ya desde el año 2001 se previó la posibilidad de que Quiborax pudiera adquirir una participación en las concesiones mineras. Estas disposiciones no controvertidas dan crédito a la correspondencia anterior del 26 de enero y 29 de marzo de 2000, donde también parece haberse tenido en cuenta esta posibilidad.
130. Según los Demandantes, un “mes después de la celebración”¹³² del Contrato de Suministro Exclusivo, los hermanos Ugalde “ofrecieron vender su participación del 50 por ciento”¹³³ en Río Grande, mientras que el Sr. Moscoso mantendría su participación. Quiborax aceptó esta oferta y, el 12 de marzo de 2001, exactamente dos meses después de suscribir el Contrato de Suministro Exclusivo, celebró un Contrato de Compraventa de Acciones (“CCA”) con Edsal Finance Inc. (representada por Álvaro Ugalde) y Gonzalo Ugalde para adquirir el 50% de las acciones de Río Grande¹³⁴. El CCA es consistente con la posibilidad ya contemplada de que Quiborax pudiera adquirir una participación en las concesiones mineras. En virtud del CCA, Quiborax adquiriría tal participación mediante la compra de acciones en Río Grande.

¹³¹ An. CD-16, cláusulas décimo novena y vigésima.

¹³² Mem., párr. 59 (traducción del Tribunal).

¹³³ *Íd.* (traducción del Tribunal).

¹³⁴ An. CD-17, pág. 1.

131. El CCA fue documentado en un contrato celebrado ante notario público¹³⁵. Fue suscrito por Álvaro Ugalde en representación tanto de Edsal Finance Inc. como de Gonzalo Ugalde, y por Leonardo Fosk, padre de Allan¹³⁶, en representación de Quiborax¹³⁷. Como garantía de pago del precio de compra y también para, aparentemente, asegurar la transferencia de las acciones, se estableció una prenda sobre las acciones en favor de las dos partes involucradas en la transacción¹³⁸. Quiborax acordó pagar USD 400.000 por el 50% de las acciones de Río Grande según el siguiente cronograma de pagos:

Fecha	Pago
Celebración del CCA	USD 90.000
21 de marzo de 2001	USD 110.000
21 de abril de 2001	USD 50.000
21 de mayo de 2001	USD 50.000
21 de junio de 2001	USD 50.000
21 de julio de 2001	USD 50.000

132. Quiborax parece haber realizado el primer pago conforme al CCA mediante dos cheques emitidos a favor de Edsal Finance Inc. el 9 de marzo de 2001: un cheque por la suma de USD 50.000 y otro cheque por la suma de USD 40.000, es decir, un total de USD 90.000¹³⁹. Efectivamente, los cheques del 9 de marzo de 2001 coinciden tanto en la fecha como en el monto con el primer pago programado conforme al CCA, que debía producirse cuando se celebrara el CCA. Esto sugiere que Quiborax efectivamente realizó estos pagos. Sin embargo, según los Demandantes, “la transferencia nunca se realizó y Quiborax nunca se convirtió en accionista de RIGSSA [Río Grande]”¹⁴⁰ porque “Quiborax prefirió evitar el riesgo de participar en una compañía existente y comenzó a explorar alternativas para estructurar su inversión”¹⁴¹.

¹³⁵ *Íd.*

¹³⁶ Tr. 32:10-11.

¹³⁷ An. CD-17, págs. 2, 4.

¹³⁸ Dúplica, párr. 85; An. CD-17, cláusula 5, pág. 3; An. CD-101, págs. 8-11.

¹³⁹ An. CD-116, pág. 1.

¹⁴⁰ Mem., párr. 60 (Traducción del Tribunal).

¹⁴¹ MC, párr. 27 (Traducción del Tribunal).

Estas alternativas cambiarían presumiblemente el formato legal de la transacción, pero no su sustancia¹⁴².

133. En un punto, Bolivia parece haber argumentado que el CCA probaba que Quiborax adquirió acciones de Río Grande y no de NMM¹⁴³. Sin embargo, durante la audiencia, el abogado de la Demandada aclaró que “Bolivia [...] rechaza” que Quiborax haya adquirido “el 50 por ciento de las acciones de Río Grande”¹⁴⁴. Entonces, pues, Bolivia sí coincide con los Demandantes en que el CCA nunca se implementó y en que Quiborax nunca se convirtió en accionista de Río Grande, aunque por razones diferentes. Mientras para los Demandantes el CCA no se implementó para cambiar el “formato legal”, pero no la sustancia, de la transacción, para Bolivia el CCA no se implementó porque el Contrato de Suministro Exclusivo se encontraba aún vigente¹⁴⁵.
134. En este punto, el relato divergente de los hechos que efectúan las Partes toman caminos diametralmente opuestos. Según los Demandantes, el 10 de mayo de 2001, unos dos meses después de celebrarse el CCA, Quiborax, nuevamente representada por Leonardo Fosk, y Río Grande, esta vez representada por David Moscoso, celebraron un nuevo contrato (el “Contrato de Mayo de 2001”). Este contrato tenía el objetivo de “sustituir y reemplazar” el CCA¹⁴⁶. El Contrato de Mayo de 2001, que a diferencia del CCA no fue celebrado ante notario público, establecía lo siguiente en las partes pertinentes:

“TERCERO.- [...] [S]e convino la venta y transferencia de todas las acciones que EDSAL FINANCE, representada por don Álvaro Ugalde y don Gonzalo Ugalde Canedo tienen en [Río Grande] a Quiborax. El precio convenido es de US\$400.000, de los cuales ya se han cancelado por la compradora a los vendedores, la suma de US\$250.000 [...]. Este [CCA] aún no ha sido suscrito entre las partes.

CUARTO.- Se ha convenido en sustituir y reemplazar el [CCA] indicado en la cláusula tercera por otro en virtud del cual [Río Grande] vende y transfiere a Quiborax el 50% de todas las concesiones mineras perfeccionadas y cualquiera otra que esté en trámite de constitución en los mismos términos y condiciones económicas que el [CCA] que se sustituye establece.

QUINTO.- Por su parte [Río Grande] transferirá el 50% de las mismas concesiones mineras perfeccionadas concedidas o que se encuentren en trámite de constitución a don David Moscoso Ruiz.

¹⁴² Dúplica, párr. 77.

¹⁴³ Réplica, § 3.1.3, pág. 19 (“Las pruebas aportadas por l[o]s Demandantes sugieren que en realidad lo que Quiborax adquirió fue el 50% de las acciones en Río Grande”).

¹⁴⁴ Tr. 31:13-14.

¹⁴⁵ Tr. 100:5 (el Contrato de Suministro Exclusivo “nunca se terminó, nunca se le puso fin”).

¹⁴⁶ An. CD-104, cláusulas tercera y cuarta, págs. 1-2.

SEXTO.- Las operaciones indicadas en las dos últimas cláusulas precedentes, tienen por objeto facilitar la constitución de una sociedad o un contrato de riesgo compartido [...], para asociar a ambos propietarios en la explotación minera y desarrollo comercial de estas pertenencias [...] (énfasis agregado)"¹⁴⁷.

135. Parece, entonces, que mientras el Contrato de Mayo de 2001 se suscribió con el fin de "sustituir y reemplazar" al CCA, los "términos y condiciones económicas" del CCA permanecerían inalterados¹⁴⁸. De hecho, los pagos realizados hasta la celebración del Contrato de Mayo de 2001 nuevamente coinciden con el cronograma de pagos conforme al CCA: (i) dos cheques del 9 de marzo de 2001 emitidos a la orden de Edsal Finance por la suma total de USD 90.000¹⁴⁹ (coincidente con la primera cuota del CCA); (ii) dos cheques del 27 de marzo de 2001 – uno de los cuales tenía la palabra "Quiborax" impresa en él – y uno del 29 de marzo de 2001, todos emitidos a la orden de Edsal Finance por la suma total de USD 110.000¹⁵⁰ (coincidente con la segunda cuota del CCA¹⁵¹); y finalmente, (iii) dos cheques del 20 de abril de 2001 emitidos a la orden de Edsal Finance Inc. por la suma total de USD 50.000¹⁵² (coincidente con la tercera cuota del CCA).
136. Por ello, aparentemente, al momento en que se celebró el Contrato de Mayo de 2001, Quiborax ya había realizado pagos a Edsal Finance Inc. por un total de USD 250.000. Esto no sólo se ajusta a los términos del CCA, sino también a las condiciones lisas y llanas del Contrato de Mayo de 2001, que establece en su cláusula tercera que Quiborax ya había abonado "la suma de US\$250.000"¹⁵³ a Edsal Finance Inc. y Gonzalo Ugalde. Por otra parte, si bien los "términos y condiciones económicas" del Contrato de Mayo de 2001 eran iguales a los del CCA, los términos jurídicos y el formato de la transacción eran diferentes.
137. La cláusula cuarta del Contrato de Mayo de 2001 establece que Río Grande se comprometía a "vende[r] y transf[erir] a Quiborax el 50% de todas las concesiones mineras perfeccionadas"¹⁵⁴. Pero a pesar de la impresión que pueda generar la lectura aislada de esta cláusula, este contrato no consiste en la mera compra de un activo.

¹⁴⁷ *Íd.*, cláusulas tercera a sexta, págs. 1-2.

¹⁴⁸ *Íd.*, cláusula cuarta, pág. 2.

¹⁴⁹ An. CD-116, pág. 1.

¹⁵⁰ *Íd.*, págs. 2-3.

¹⁵¹ Con algunos días de demora, dado que el pago de la segunda cuota debía realizarse el 21 de marzo de 2001.

¹⁵² *Íd.*, pág. 4.

¹⁵³ An. CD-104, págs.1-2.

¹⁵⁴ *Íd.*

Más bien, la cláusula cuarta debe leerse junto con la cláusula sexta, que dispone que el objetivo de las transferencias establecidas en las cláusulas cuarta y quinta es el de "facilitar la constitución de una sociedad o un contrato de riesgo compartido"¹⁵⁵. Así, parece ser que la sustancia tanto del CCA como del Contrato de Mayo de 2001 era la misma, es decir, la transferencia del 50% de las concesiones mineras a Quiborax. Lo que se modificaba era la estructura de la transacción: conforme al CCA, la transferencia de las concesiones mineras debía producirse a través de la compra de acciones en Río Grande; conforme al Contrato de Mayo de 2001, por otro lado, se daría efecto a la transferencia mediante la creación de una nueva "sociedad o un contrato de riesgo compartido".

138. Al respecto, cabe destacar que, si bien Álvaro Ugalde no celebró el Contrato de Mayo de 2001¹⁵⁶, la cláusula séptima establece que sus términos y condiciones "compromete[n] en todas sus partes a don Álvaro Ugalde"¹⁵⁷, puesto que fueron "convenid[as] previamente"¹⁵⁸ con él. El 14 de mayo de 2001, sólo cuatro días después de que se celebrara el Contrato de Mayo de 2001, Álvaro Ugalde aparentemente escribió la siguiente carta a Quiborax, Leonardo Fosk, David Fux "y otros"¹⁵⁹ con relación a la "[t]ransferencia de acciones de Compañía Minera Río Grande Sur S.A."¹⁶⁰:

"Estimados amigos

[...]

Conforme a los compromisos adquiridos con QUIBORAX, he enviado por fax con carácter previo los certificados que verifican la transferencia de acciones de EDSAL FINANCE INC. y Gonzalo Ugalde Canedo a favor de QUIBORAX. Los originales están [sic] han sido enviados a Santiago vía Courier.

Si vuestra decisión es la de convertirse en socios de RIGSSA [Río Grande], deberían efectuar el "registro definitivo" en el libro de acciones [...]

Si vuestra decisión es *no* convertirse en socios de RIGSSA [Río Grande], deberían crear una nueva sociedad [...].

Atentamente,

Álvaro Ugalde" (énfasis agregado)¹⁶¹

¹⁵⁵ *Íd.*, cláusula sexta, pág. 2.

¹⁵⁶ Álvaro Ugalde sí celebró, sin embargo, el CCA, tanto en representación de Edsal Finance Inc. como de Gonzalo Ugalde (ver An. CD-17, pág. 4).

¹⁵⁷ *Íd.*, cláusula séptima, pág. 5.

¹⁵⁸ *Íd.*

¹⁵⁹ An. CD-18.

¹⁶⁰ *Íd.*

¹⁶¹ *Íd.*

139. El 17 de mayo de 2001, Álvaro Ugalde escribió nuevamente a los destinatarios de su carta anterior:

"Estimados amigos;

Como aun no tengo conocimiento de la decisión que han tomado para [sic] sobre el tipo de empresa que se dedicará a la explotación de ulexita en Río Grande, le adjunto un informe [...] en el que se explica que la transferencia de acciones se encuentra perfeccionada y, que solo se requiere el registro en los libros de la sociedad para su validez ante la sociedad y terceros.

Saludos,

Álvaro Ugalde [Informe adjunto]" (énfasis agregado)¹⁶²

140. Estas dos cartas parecen sugerir que Álvaro Ugalde conocía y estaba de acuerdo con las condiciones del Contrato de Mayo de 2001. Es igualmente importante destacar que las cartas parecen indicar que el Sr. Ugalde no estaba preocupado por la estructura o el formato legal particular que adoptaría la transacción, sino que, por el contrario, éste estaba dispuesto a permitir que Quiborax tomara esa decisión ("[s]i vuestra decisión es la de convertirse en socios de RIGSSA [Río Grande] [...] [s]i vuestra decisión es *no* convertirse en socios de RIGSSA [Río Grande]"¹⁶³). Las cartas también parecen revelar que las obligaciones del CCA se habían cumplido prácticamente en su totalidad ("la transferencia de acciones se encuentra perfeccionada y, [...] solo se requiere el registro en los libros de la sociedad [...]"¹⁶⁴).
141. De conformidad con una de las opciones previstas en el Contrato de Mayo de 2001, Quiborax parece haber optado por la alternativa de "crear una [nueva] sociedad" como vehículo para hacer efectiva la transferencia de las concesiones mineras. Los Demandantes sostienen que en junio de 2001 contrataron a Fernando Rojas, "un abogado respetado y reconocido tanto en Bolivia como en el exterior"¹⁶⁵, socio del estudio jurídico Rojas, para estructurar esta operación¹⁶⁶. El plan aparentemente consistía en la creación de una nueva sociedad a la que se transferirían las concesiones mineras, y en la sustitución de los hermanos Ugalde (o, más precisamente, de Edsal Finance y Gonzalo Ugalde) por Quiborax. Allan Fosk recibiría,

¹⁶² An. CD-144.

¹⁶³ An. CD-18.

¹⁶⁴ An. CD-144.

¹⁶⁵ Mem., párr. 62 (Traducción del Tribunal).

¹⁶⁶ *Íd.*, párr. 62; MC, párr. 31.

por su parte, una acción “para cumplir con el requisito de derecho societario boliviano de que haya un mínimo de tres accionistas”¹⁶⁷.

142. El Sr. Rojas también aconsejó, supuestamente, que Quiborax adquiriera un 1% adicional de las acciones del Mr. Moscoso para asegurar el “control de la nueva compañía”¹⁶⁸. A los efectos jurisdiccionales, esta participación adicional de 1% es fundamental puesto que NMM sólo puede actuar como demandante en este arbitraje si su accionista mayoritario es Quiborax. Este paso adicional también implicaba una modificación del Contrato de Mayo de 2001, que disponía que tanto Quiborax como el Sr. Moscoso serían propietarios de una participación del "50%" de la nueva sociedad¹⁶⁹. Cuando el Tribunal lo interrogó al respecto, Allan Fosc ofreció la siguiente explicación de por qué se decidió que Quiborax se convirtiera en el accionista mayoritario de la nueva sociedad:

"[Tribunal]: Por la documentación hay una cosa que no queda clara. ¿Por qué se decidió en un momento dado que Quiborax tendría un 51 por ciento de las acciones de NMM si antes hay documentos que indican que se compartiría a medias, mitad-mitad [el Contrato de Mayo de 2001], y no se explica por qué se pasó a 51 por ciento? ¿Me lo puede explicar?

[Allan Fosc]: Cómo no, claro. [...] Inicialmente lo que habíamos acordado era tener un 50 por ciento Quiborax y un 50 por ciento David Moscoso. Pero nos fuimos dando cuenta en esos meses de que eso podía producir problemas de gobierno corporativo en el tiempo [...] [L]legamos a un acuerdo de que él estaba dispuesto a vendernos el 1 por ciento de las acciones en un precio que pactamos en 9.985 dólares. Y se realizó todo el tema legal del traspaso de la acción y el pago correspondiente (énfasis agregado)¹⁷⁰.

143. El Tribunal considera que esta explicación es convincente. Es sabido y entendible que los emprendimientos de *joint venture* en un 50% y 50% pueden dar lugar a dificultades. Además, la modificación del emprendimiento de 50-50 a 51-49 ("el Acuerdo 51/49") no fue sino el último cambio de una serie de modificaciones que se realizaron en los contratos celebrados entre Quiborax, Río Grande y los accionistas de Río Grande. Originalmente, luego de explorar las diferentes posibilidades de colaboración¹⁷¹, Quiborax y Río Grande celebraron el Contrato de Suministro Exclusivo en enero de 2001¹⁷². Dos meses más tarde, el Contrato de Suministro

¹⁶⁷ MC, párr. 34 (Traducción del Tribunal).

¹⁶⁸ Dúplica, párr. 92(e) (Traducción del Tribunal).

¹⁶⁹ An. CD-104, cláusula séptima, pág. 3.

¹⁷⁰ Tr. 240:7-22; 241:1-8.

¹⁷¹ An. CD-9 y CD-103.

¹⁷² An. CD-16.

Exclusivo habría sido reemplazado por el CCA¹⁷³, que fue, a su vez, reemplazado al poco tiempo por el Contrato de Mayo de 2001¹⁷⁴. De esta forma, esta modificación adicional no parece ser excepcional a la luz de la concatenación de hechos mencionada.

144. De cualquier manera, no se cuestiona que el 25 de julio de 2001, Fernando Rojas, Dolly Paredes y Gilka Salas constituyeron NMM¹⁷⁵. Ésta fue la "nueva sociedad" mencionada en el Contrato de Mayo de 2001, creada para completar la transferencia del 51% de las concesiones mineras a Quiborax. El momento en que se constituyó NMM, unos dos meses y medio después de que se celebró el Contrato de Mayo de 2001 y de las dos cartas de Álvaro Ugalde, coincide con la descripción de los hechos realizada por los Demandantes. En esa misma fecha, NMM fue inscrita en el Servicio de Impuestos Nacionales de Bolivia¹⁷⁶. Para el 27 de julio de 2001, NMM también había sido inscrita en el Registro de Comercio (el "*Senarec*" en ese entonces)¹⁷⁷.
145. Los Demandantes sostienen que Dolly Paredes y Gilka Salas eran miembros del personal del estudio jurídico Rojas, y que actuaron como accionistas fundadoras de NMM junto con Fernando Rojas para evitar a Quiborax "el problema de lidiar con todas las formalidades administrativas necesarias"¹⁷⁸. Los registros emitidos por el Registro de Comercio (actualmente "*Fundempresa*"), que muestran las múltiples sociedades con las que Fernando Rojas, Dolly Paredes y Gilka Salas han tenido "vinculaciones comerciales" como accionistas, refuerzan este argumento¹⁷⁹. Fernando Rojas habría recibido 58 acciones, mientras que Dolly Paredes y Gilka Salas habrían recibido una acción cada una, aparentemente para cumplir con el requisito establecido por el derecho boliviano de que una sociedad debe estar compuesta por al menos tres accionistas.

¹⁷³ An. CD-17.

¹⁷⁴ An. CD-104.

¹⁷⁵ An. CD-23; MC, párr. 35; Dúplica, párr. 93.

¹⁷⁶ An. R-137; MC, párr. 37; Dúplica, párr. 93.

¹⁷⁷ An. R-139.

¹⁷⁸ MC, párr. 36 (Traducción del Tribunal).

¹⁷⁹ An. CD-130 (1 a 3). Si bien el Profesor Salame declaró que el hecho de que haya abogados que constituyen sociedades para sus clientes no es una "práctica habitual", éste no sostuvo que resultaba algo impensado, y se limitó a declarar: "[...] yo como ética mía no lo hago [pero] [s]i el doctor Rojas o cualquier otro abogado lo hace, es una determinación personal que no amerita ningún comentario de mi parte" (Tr. Tr. 346:9, 347:9-12).

146. Las acciones iniciales emitidas a Fernando Rojas, Dolly Paredes y Gilka Salas están documentadas tanto en el registro de accionistas¹⁸⁰, que parece haber sido abierto formalmente el 27 de julio de 2001, como en los títulos accionarios Nos. 1 a 3 de NMM de la misma fecha. Por ello, las fechas en el registro de accionistas y los títulos accionarios de NMM N.º 1 a 3 coinciden entre sí, así como con la fecha de constitución de NMM, y de forma más general, con la secuencia de hechos precedente. Entretanto, Quiborax continuó efectuando pagos hasta la celebración del Contrato de Mayo de 2001, cuyos "términos y condiciones económicas" reprodujeron aquéllos del CCA. Al momento en que se constituyó NMM, el 25 de julio de 2001, Quiborax ya había desembolsado USD 380.000 del precio de compra total de USD 400.000.
147. A partir de mayo de 2001, Quiborax dejó de efectuar los pagos a Edsal Finance por el saldo del precio de compra de USD 400.000, y comenzó, en lugar de ello, a efectuar pagos a la orden de Álvaro Ugalde. Este es uno de los motivos por los cuales la Demandada manifestó tener un "problema con estos cheques"¹⁸¹. Efectivamente, Quiborax realizó pagos a Edsal Finance por un total de USD 250.000 y luego pagó el saldo de USD 150.000 a Álvaro Ugalde¹⁸². El Tribunal no advierte ningún problema aquí porque, primero y principal, el punto clave es que Quiborax continuó haciendo los pagos adeudados en virtud del Contrato de Mayo de 2001 para adquirir las concesiones mineras que se transferirían a una nueva sociedad. No es importante determinar a quién exactamente Quiborax efectuó tales pagos en tanto y en cuanto sea claro que los pagos fueron hechos en virtud del Contrato de Mayo de 2001.
148. Además, no parece haber contradicción alguna entre el cambio de beneficiario del pago y las pruebas en el expediente. De hecho, Edsal Finance era una de las partes del CCA, aunque no del Contrato de Mayo de 2001. Álvaro Ugalde no era parte del CCA, pero los términos y las condiciones del Contrato de Mayo de 2001 eran vinculantes para él¹⁸³. Esto podría explicar por qué todos los pagos realizados con posterioridad al Contrato de Mayo de 2001 fueron realizados a Álvaro Ugalde y no a Edsal Finance. Es verdad que en virtud del Contrato de Mayo de 2001 el vendedor era Río Grande y no Álvaro Ugalde¹⁸⁴. Sin embargo, el expediente sugiere que Álvaro

¹⁸⁰ An. CD-24, págs. 1, 3 y 5.

¹⁸¹ Tr. . 31:4.

¹⁸² An. CD-116, pagos a Edsal Finance Inc. (págs. 1-4) y pagos a Álvaro Ugalde (págs. 5-9).

¹⁸³ An. CD-104, cláusula décimo primera, pág. 5.

¹⁸⁴ *Íd.*, cláusula cuarta, pág. 2.

Ugalde fue, en definitiva, el vendedor, y por lo tanto, el beneficiario final de los pagos, salvo por el 0,5% de las acciones que detentaba su hermano Gonzalo¹⁸⁵.

149. Entre el 2 y el 17 de agosto de 2001, Río Grande y NMM aparentemente realizaron los trámites societarios necesarios para completar la transferencia de las concesiones mineras a Quiborax de conformidad con los términos del Contrato de Mayo de 2001, con la modificación del Acuerdo 51/49. Específicamente, el 2 de agosto de 2001, Río Grande aprobó la transferencia de sus siete concesiones mineras a NMM, como prueban las actas y una versión de las concesiones otorgada ante notario público¹⁸⁶. Ese mismo día, durante la tarde, Río Grande aparentemente “resolvió transferir y vender en favor de [Quiborax] el título accionario a ser emitido por [NMM] en favor de [Río Grande] como consecuencia de su aporte de capital de siete concesiones mineras”¹⁸⁷.
150. El 3 de agosto de 2001, NMM aprobó la transferencia de parte de Río Grande de las siete concesiones mineras y autorizó un incremento de capital de 26.680 acciones, como evidenciado tanto en una copia como en una versión del acta protocolizada ante

¹⁸⁵ Parece haber abundante prueba en el expediente de que Álvaro Ugalde fue, en última instancia, el vendedor y la persona con la cual Quiborax negoció durante toda la transacción. Álvaro Ugalde firmó la carta que representa el primer contacto documentado entre Río Grande y Quiborax (carta del 26 de enero de 2000). También fue él quien firmó el Contrato de Suministro Exclusivo del 12 de enero de 2001 – en representación de Río Grande – (An. CD-16) y el CCA del 12 de marzo de 2001 – esta vez, en representación de Edsal Finance Inc. y de su hermano Gonzalo (An. CD-17). Si bien no suscribió el Contrato de Mayo de 2001, la cláusula décimo primera establece que éste “compromete en todas sus partes a don Álvaro Ugalde” (An. CD-104). Días después de la celebración del Contrato de Mayo de 2001, Álvaro Ugalde escribió a Quiborax con relación a los términos del nuevo contrato y con el aparente objetivo de completar la transacción. El hecho de que Álvaro Ugalde, y no Edsal Finance Inc., haya comenzado a recibir pagos de parte de Quiborax para saldar el precio de compra en mayo de 2001 es sólo prueba adicional que confirma que fue él, en definitiva, el vendedor y beneficiario de la venta de las concesiones mineras a Quiborax. Parece asimismo que Álvaro Ugalde recibió pagos de Quiborax en nombre de su hermano Gonzalo, quien era titular de 0,5% de las acciones de Río Grande.

¹⁸⁶ An. CD-107 y CD-108.

¹⁸⁷ An. CD-109. Parece existir una contradicción entre el Contrato de Mayo de 2001 (modificado por el Acuerdo 51/49) y el acta de Río Grande del 2 de agosto de 2001 (14:30 PM) (An. CD-109). Efectivamente, conforme al Contrato de Mayo de 2001, Río Grande se comprometió a “vende[r] y transf[erir] a Quiborax el 50% de todas las concesiones mineras”. A pesar de ello, el acta del 2 de agosto de 2001(14:30 PM) sugiere que Río Grande “vendió y transfirió” a Quiborax prácticamente el 100% de las concesiones mineras, dado que Quiborax recibiría, como finalmente hizo, todos los “título[s] accionario[s] a ser emitido[s] por [NMM] en favor de [Río Grande]”, lo que representa cerca del 100% de la totalidad de las acciones en NMM (26.680 de un total de 26.740 acciones). No obstante, la contradicción es sólo aparente: si bien Quiborax recibiría casi el 100% de las acciones de NMM, finalmente las redistribuiría de una forma que fuera consistente con los términos y las condiciones del Contrato de Mayo de 2001, con las modificaciones incorporadas por el Acuerdo 51-49. El Tribunal no considera que esta sea de forma alguna una indicación de que Quiborax o Allan Fosk fabricaron su condición de accionistas de NMM.

notario público¹⁸⁸. Esto elevó la cantidad de total de acciones de NMM a 26.740, es decir, 60 acciones originales más las 26.680 acciones aprobadas. Mientras tanto, el 8 de agosto de 2001, menos de una semana después que Río Grande aprobara la venta de sus acciones de NMM a Quiborax, Quiborax habría realizado el último pago del precio total de compra de USD 400.000 estipulado en el Contrato de Mayo de 2001¹⁸⁹. Nuevamente, el momento en que se realizó este pago coincide con el recuento de los hechos proporcionado por los Demandantes¹⁹⁰.

151. El acta del 15 de agosto de 2001 indica que NMM emitió 26.680 acciones a favor de Río Grande¹⁹¹. En consecuencia, el 17 de agosto de 2001 Río Grande recibió 26.680 acciones de NMM, una transferencia que se reflejó tanto en el registro de accionistas¹⁹² como en el título accionario No. 4¹⁹³. Las Partes no cuestionan el hecho de que Río Grande recibió 26.680 acciones de NMM. Por el contrario, la Demandada sostiene que Río Grande *efectivamente* recibió esas acciones de NMM¹⁹⁴, pero que esas acciones nunca se transfirieron a Quiborax, un argumento que indirectamente cuestiona la veracidad de la decisión que tomó Río Grande en la tarde del 2 de agosto de "transferir y vender" las acciones de NMM a Quiborax.
152. Tan pronto como Río Grande recibió las nuevas acciones de parte de NMM, aparentemente habría procedido a transferirlas en su totalidad a Quiborax en la misma fecha, como surge del acta de la junta general extraordinaria de accionistas de NMM del 17 de agosto de 2011, el registro de accionistas y el endoso del título accionario No. 4 a favor de "Química e Industrial del Bórax Ltd"¹⁹⁵. La Demandada ha cuestionado la autenticidad de todos y cada uno de estos tres documentos: el acta de

¹⁸⁸ An. CD-110 y CD-25.

¹⁸⁹ An. CD-116, pág. 9.

¹⁹⁰ Efectivamente, este último pago tuvo lugar después de la aprobación vespertina del 2 de agosto de la venta que efectuó Río Grande de sus acciones en NMM a Quiborax, pero antes de que esa transferencia se materializara el 17 de agosto de 2001. Si bien este último pago de USD 20.000 realizado el 8 de agosto (precedido por un pago de USD 30.000 efectuado el 18 de julio) no cumplía exactamente con el calendario de pagos incluido en el CCA y adoptado más tarde en el Contrato de Mayo de 2001 – lo que habría requerido que se hiciera un pago de USD 50.000 el 21 de julio – este cambio en el calendario de pagos parece no ser trascendente; de hecho ninguna de las Partes ha realizado observación alguna al respecto.

¹⁹¹ An. CD-111.

¹⁹² An. CD-24.

¹⁹³ An. CD-105. Este es uno de los títulos accionarios de los cuales solo existe una copia disponible.

¹⁹⁴ Este es supuestamente el motivo por el cual la Demandada ha sostenido que el balance general de NMM de 2001 y el balance general de 2003 de Río Grande, que indicarían que Río Grande aún posee todas las acciones en NMM incluso después de la supuesta transferencia a Quiborax, "poseen un valor probatorio considerable" (Réplica, párr. 39).

¹⁹⁵ An. CD-105, pág. 7.

NMM del 17 de agosto 2001¹⁹⁶, el registro de accionistas¹⁹⁷ y los títulos accionarios¹⁹⁸. Estas acusaciones de fraude serán analizadas más adelante en mayor detalle.

153. El 21 de agosto de 2001, NMM presentó una solicitud al Registro de Comercio – en ese entonces el *Senarec* – para obtener la aprobación del incremento de capital luego del aporte de Río Grande de las siete concesiones mineras¹⁹⁹. El *Senarec* aprobó el incremento de capital de NMM así como el "ingreso de un nuevo accionista Río Grande"²⁰⁰. La Demandada argumenta que se debería haber mencionado a Quiborax en la solicitud de NMM dado que, para ese momento, las acciones de Río Grande ya se habían supuestamente transferido a Quiborax²⁰¹. El Tribunal no está de acuerdo con esta afirmación. El objeto de la solicitud de NMM ante el *Senarec* consistía en solicitar la aprobación de su incremento de capital, no de la transferencia de acciones de Río Grande a Quiborax²⁰². Así, pues, no había motivo para que NMM mencionara a Quiborax en la solicitud que presentó ante el *Senarec*.
154. El 4 de septiembre de 2001, Quiborax habría transferido a David Moscoso el 50% de la totalidad de las acciones de NMM (26.740 acciones) en dos lotes: un lote de 267 acciones (1% del total de las acciones de NMM) y un lote de 13.103 acciones (49% del total). Estas transferencias se documentaron en dos endosos en el título accionario No. 4, y en la emisión de los nuevos títulos N.º 5 (para las 267 acciones) y 6 (para las 13.103 acciones). En la misma fecha, el Sr. Moscoso habría transferido el lote de 267 acciones de nuevo a Quiborax a cambio de USD 9.985, como surge del endoso del título accionario N.º 5 y del cheque del 27 de septiembre de 2001. Allan Fosk, en representación de Quiborax, aparentemente adjuntó este cheque a la siguiente misiva dirigida al Sr. Moscoso el 28 de septiembre de 2001:

"Estimado Sr. Moscoso:

Adjuntamos a la presente [un] cheque [...] por la suma de US\$ 9.985,00 en cancelación de[!] saldo [por] endoso [de] acciones de [NMM].

Allan Fosk

¹⁹⁶ OJ, párr. 141.

¹⁹⁷ Réplica, párr. 100.

¹⁹⁸ *Íd.*, párr. 122.

¹⁹⁹ La solicitud de NMM señalaba que "se resolvió aumentar el capital pagado de [NMM] [...] con un aporte de siete concesiones mineras [...] del nuevo accionista [Río Grande]" (An. R-125).

²⁰⁰ An. R-126.

²⁰¹ OJ, párr. 80; Réplica, párr. 44.

²⁰² De hecho, la transferencia de acciones entre Río Grande y Quiborax era una transacción privada que parecía no requerir ningún tipo de aprobación gubernamental.

[Quiborax]"²⁰³

155. La Demandada calificó de “absurda” esta serie de operaciones dado que Quiborax primero transfirió gratuitamente dos lotes de acciones al Sr. Moscoso, para que luego éste volviera a transferir a Quiborax el lote de 267 acciones por una suma de USD 9.985. El Tribunal no coincide con esta posición. Estas operaciones son consistentes tanto con el Contrato de Mayo de 2001 como con el Acuerdo 51/49. De conformidad con el Contrato de Mayo de 2001, Río Grande debía transferir el 50% de las concesiones mineras a David Moscoso²⁰⁴, lo que finalmente acaeció mediante la transferencia de acciones de una nueva sociedad²⁰⁵. De esta forma, el Sr. Moscoso tenía derecho a recibir el 50% de las acciones de NMM, es decir, 13.370 acciones, que es la cantidad exacta de acciones que recibió de Quiborax si se suman ambos lotes²⁰⁶. Por la misma razón, Quiborax no tenía derecho alguno de retener esas acciones de NMM. Es por ello que la versión de los hechos presentada por la Demandante no parece ni absurda ni inconsistente en este sentido.
156. Por otra parte, en virtud del Acuerdo 51/49, Quiborax debía adquirir un 1% adicional del Sr. Moscoso para convertirse en accionista mayoritario de NMM. Esto explicaría por qué Quiborax transfirió las acciones en NMM a David Moscoso en dos lotes: el lote de 1% de acciones fue presuntamente “identificado” a los efectos de concluir el Acuerdo 51/49. Podría preguntarse por qué Río Grande transfirió todas sus acciones en NMM a Quiborax en lugar de asignar el 50% de ellas directamente a David Moscoso. Esta pregunta, sin embargo, no es relevante a fin de determinar la cuestión clave bajo examen: a saber, si Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones en NMM. En suma, el Tribunal considera que las transferencias de acciones que se realizaron entre Quiborax y Moscoso son consistentes con la descripción de los hechos de los Demandantes y las pruebas en el expediente.
157. El 10 de septiembre de 2001 se implementaron los pasos finales para la configuración accionaria de NMM, al emitirse cinco nuevos títulos accionarios (los títulos Nos. 7 a 11). Aparentemente, el nuevo título No. 7 fue emitido a la orden de Quiborax por un total de 13.577 acciones²⁰⁷. Asimismo, Gilka Salas endosó su única acción a Allan

²⁰³ An. CD-117.

²⁰⁴ An. CD-104, cláusula quinta, pág. 2.

²⁰⁵ Como se analizó anteriormente, el Contrato de Mayo de 2001 preveía que la titularidad de las concesiones mineras se transferirían a través de una nueva sociedad o contrato de riesgo compartido (An. CD-104, cláusula sexta).

²⁰⁶ MC, párrs. 47-48.

²⁰⁷ Esta cifra era aparentemente la suma de dos transferencias diferentes: una de Río Grande (endoso de 13.310 acciones) y otra de David Moscoso (endoso de 267 acciones). Como indica

Fosk, como demuestra el nuevo título accionario No. 8²⁰⁸ (1 acción), mientras que Fernando Rojas (58 acciones) y Teresa Paredes (1 acción) endosaron sus acciones de NMM a Quiborax, como consta en el nuevo título No. 9 (59 acciones). El nuevo título accionario No. 7 fue luego anulado y reemplazado por dos nuevos títulos accionarios: los títulos No. 10 (por 13.310 acciones) y No. 11 (por 267 acciones)²⁰⁹.

158. Por lo tanto, los Demandantes alegan que la composición accionaria final de NMM al 10 de septiembre de 2001 era la siguiente: Quiborax tenía 16.636 acciones (50,995% de las acciones de NMM); David Moscoso tenía 13.103 acciones (49%); y Allan Fosk tenía 1 acción (0,005%)²¹⁰. Así, entonces, Quiborax y Allan Fosk se habrían convertido conjuntamente en accionistas mayoritarios de NMM. Es decir que, contrariamente a lo que sostiene la Demandada, los Demandantes presentan una (y no tres²¹¹) versiones de los hechos: que Quiborax compró acciones de NMM, y Allan Fosk recibió una acción de NMM, a fin de obtener, en calidad de accionistas de NMM, una participación en las concesiones mineras de Río Grande.

el título accionario No. 4, Río Grande endosó 26.680 acciones a Quiborax, que a su vez endosó 13.103 acciones (49%) y 267 acciones (1%) a David Moscoso, manteniendo para sí el saldo de 13.310 acciones (el resultado de la siguiente operación aritmética: 26.680 - 13.103 - 267 = 13.310).

²⁰⁸ Si bien los Demandantes sostuvieron en la carta que enviaron al CIADI el 5 de enero de 2006 que Allan Fosk había pagado USD 9985 por su única acción en NMM, los Demandantes aclararon posteriormente que esta fue la suma que Quiborax abonó a David Moscoso por 1% de las acciones en NMM. Allan Fosk, pues, no parece haber realizado pago alguno a cambio de su única acción en NMM (An. R-93; MC, pág. 22, n. 70).

²⁰⁹ La Demandada alegó que cancelar el nuevo título accionario No. 7 para emitir dos nuevos títulos accionarios (Nos. 10 y 11) formó parte de "una serie de irregularidades" que pondrían en tela de juicio la autenticidad de los títulos accionarios de NMM (Tr. 53:13). No es claro por qué se canceló exactamente el título accionario No. 7 y se emitieron dos nuevos títulos accionarios en su lugar. Un motivo podría ser que se deseara "identificar" el lote de 1% de las acciones que conferirían una posición mayoritaria a Quiborax, como ocurrió con las transferencias entre Quiborax y David Moscoso. De todos modos, en ausencia de pruebas adicionales, el Tribunal está persuadido de que éste sea un indicio de la falta de autenticidad de los títulos accionarios. Esta cuestión, sin embargo, se analizará en mayor detalle en la sección que analiza la descripción de los hechos efectuada por la Demandada.

²¹⁰ MC, párr. 56.

²¹¹ Según la Demandada, "[e]n los alegatos de las Demandantes cohabitan hasta tres relatos alternativos": (i) Quiborax adquirió de Río Grande acciones en NMM, (ii) Quiborax adquirió acciones en Río Grande, y (iii) Quiborax adquirió 50% de las concesiones mineras (Réplica, párr. 9). Los argumentos de los Demandantes son, de hecho, una mezcla de los relatos (i) y (iii): Quiborax adquirió acciones de Río Grande en NMM a fin de asegurarse un porcentaje de la propiedad de las concesiones mineras, su objetivo final. La sugerencia de la Demandada de que las pruebas demostrarían que Quiborax adquirió acciones en Río Grande parece no tener en cuenta las pruebas de que esta transacción quedó posteriormente sin efecto (An. CD-145, CD-146, CD-105, CD-18, CD-144).

159. En octubre de 2001, Quiborax declaró ante el Servicio de Impuestos Internos de Chile (el "Servicio de Impuestos chileno") sus "inversiones" en Bolivia²¹². El Servicio de Impuestos chileno emitió un certificado fechado el 27 de octubre de 2010 en el que se dejaba constancia que "con fecha 29 de octubre de 2001"²¹³ Quiborax informó sobre sus "inversiones en la empresa [NMM] [...] situada en [Bolivia]"²¹⁴. Estas "inversiones" corresponden exactamente, tanto en fechas como en montos, con los cheques previamente examinados que Quiborax emitió a favor de Edsal Finance, Álvaro Ugalde y David Moscoso²¹⁵. El 13 de diciembre de 2001 se inscribió ante el Registro Minero²¹⁶ la transferencia de las siete concesiones mineras de Río Grande a NMM, mientras que el 19 de diciembre de 2001 se hizo lo propio ante el Registro de Derechos Reales²¹⁷.
160. Sobre la base de este análisis, el Tribunal no puede sino observar que la descripción de los hechos y la prueba de los Demandantes parecen ser tanto consistentes como verosímiles. Habiendo efectuado esta evaluación preliminar, el Tribunal pasará a continuación a analizar la descripción de los hechos y la prueba pertinente presentada por Bolivia antes de arribar a una conclusión final.

(iv) *Descripción y prueba de los hechos de la Demandada*

161. Bolivia argumenta que la descripción de hechos de los Demandantes es un "engaño" y que, como en el caso *Cementownia c. Turquía*, la transacción en la que supuestamente consistía la inversión "nunca tuvo lugar"²¹⁸. En otras palabras, Quiborax y Allan Fosk no se convirtieron en accionistas de NMM en agosto y septiembre de 2001, no eran accionistas de NMM al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004, y no eran, por lo tanto, "inversionistas" en virtud del Tratado. Por el contrario, los Demandantes fabricaron pruebas con el fin de demostrar que tanto Quiborax como Allan Fosk se convirtieron en accionistas de NMM en 2001 para así crear fraudulentamente las condiciones jurisdiccionales para acceder al CIADI²¹⁹.

²¹² An. CD-141. Los Demandantes alegan que, en ese momento, Quiborax también habría inscripto su inversión ante el Banco Central de Chile (An. CD-138; MC, párr. 76). Sin embargo, en razón de que el certificado del Banco Central no establece *cuándo* fue que Quiborax proporcionó la información reflejada en ese certificado, no es posible determinar si constituye prueba contemporánea o posterior a la diferencia, lo que reduce considerablemente su valor probatorio.

²¹³ *Íd.*

²¹⁴ *Íd.*

²¹⁵ An. CD-116, CD-117 y CD-141.

²¹⁶ Informe de Salame I, Anexo 12.

²¹⁷ An. R-181.

²¹⁸ Tr. 24:16.

²¹⁹ OJ, párr. 14; Réplica, párr. 13.

162. La Demandada sostiene (i) que no hay pruebas de que Quiborax y Allan Fosk hayan adquirido la mayoría accionaria de NMM en agosto y septiembre de 2001²²⁰; (ii) que los hechos y documentos con fecha anterior al origen de la diferencia en junio de 2004 muestran que Quiborax y Allan Fosk no se convirtieron en accionistas mayoritarios de NMM en agosto y septiembre de 2001²²¹; y (iii) que las pruebas en las que se respaldan los Demandantes carecen de valor probatorio dado que consisten de documentos internos que fueron falsificados después de que surgió la diferencia²²². Los Demandantes, en síntesis, no han podido satisfacer la carga que recae sobre ellos de probar que son “inversionistas” en virtud del Tratado.
163. En primer término, Bolivia asevera que los Demandantes no han presentado evidencia de que Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones en NMM. En particular, no hay evidencia de “registros, declaraciones y pagos que debería existir [...] de haber Quiborax y Allan Fosk realmente comprado un paquete accionarial mayoritario en NMM en agosto y septiembre de 2001”²²³.
164. La Demandada manifiesta que no hay “rastros físicos” de las transferencias de acciones, ya sea como endosos de los títulos accionarios originales o como inscripciones o anotaciones explicativas en el registro de accionistas²²⁴. Sin embargo, el Tribunal destaca que los Demandantes han presentado copias de los registros de accionistas²²⁵ y que, una vez que Bolivia presentó sus objeciones a la jurisdicción, además de las copias²²⁶ exhibieron también los originales de los títulos accionarios de NMM nuevos y endosados. Por ello, parece que los Demandantes han presentado pruebas y “rastros físicos” del proceso a través del cual Quiborax y Allan Fosk habrían adquirido las acciones de NMM.
165. Bolivia además argumenta que Quiborax debería haber inscrito el poder de su representante legal en el Registro de Comercio a fin de adquirir válidamente acciones en NMM, pero que no hay pruebas de lo haya hecho²²⁷. En opinión del Tribunal, si bien este asunto podría ser relevante para determinar si Quiborax realizó su inversión

²²⁰ OJ, §§ 2.1.1.2 – 2.1.1.3.

²²¹ *Íd.*, § 2.1.2.

²²² *Íd.*, § 2.2.

²²³ *Íd.*, § 2.1.1.3, pág. 19.

²²⁴ *Íd.*, párr. 60.

²²⁵ An. CD-24.

²²⁶ An. CD-105.

²²⁷ OJ, párrs. 61-62.

de conformidad con el derecho de Bolivia, resulta intrascendente a efectos de establecer si Quiborax *de hecho* adquirió acciones en NMM.

166. Bolivia también argumenta que no hay pruebas de que los Demandantes hayan cumplido con el estatuto de NMM. De conformidad con este estatuto, las acciones de NMM deben ofrecerse primero por escrito a sus propios accionistas antes de ser vendidas a terceros como Quiborax o Allan Fosk; no obstante, no hay evidencia de que se haya seguido este procedimiento. La Demandada parece valerse del Artículo 14 del estatuto de NMM²²⁸. El Tribunal considera que tendría poco sentido aplicar este derecho de preferencia a una transacción que no sólo precedió al estatuto²²⁹ sino que también constituyó la razón de ser para la creación de NMM²³⁰. Por otra parte, la cuestión de si el procedimiento para aplicar este derecho de preferencia se siguió o no es irrelevante a efectos de determinar si Quiborax y Allan Fosk de hecho adquirieron o no acciones en NMM.
167. Como argumento adicional, la Demandada afirma que no existen pruebas de que los Demandantes hayan pagado los impuestos que les habrían correspondido si Quiborax y Allan Fosk se hubieran convertido en accionistas de NMM en 2001. Específicamente, aunque Quiborax y Allan Fosk deberían haber pagado impuestos sobre todos los dividendos recibidos de NMM, no hay evidencia de tales pagos²³¹. El expediente, sin embargo, demuestra lo contrario. NMM declaró dividendos por primera vez el 3 de diciembre de 2003²³². Los impuestos sobre los dividendos distribuidos a Quiborax se pagaron aparentemente el 21 de julio y el 21 de octubre de 2004, y los impuestos sobre los dividendos distribuidos a Allan Fosk se pagaron aparentemente el 21 de julio del 2004²³³. Por ende, estos argumentos no tienden a rebatir que Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones de NMM en el año 2001²³⁴.

²²⁸ SDA, An. C-9, Art. 14, pág. 13.

²²⁹ El Contrato de Mayo de 2001 (An. CD-104) se celebró antes del 25 de julio de 2001, fecha en que NMM fue constituida y se aprobó su estatuto (SDA, An. C-9).

²³⁰ Las mismas consideraciones podrían aplicarse con relación al argumento de Bolivia de que la transferencia a Quiborax de las acciones en NMM realizada por Río Grande también habría violado el Artículo 14 del estatuto de NMM ya que se trataba de una venta a terceros que realizaban una "actividad competitiva" (SDA, An. C-9, Art. 14, pág. 15). Dado que el objeto de NMM habría sido precisamente permitir que Quiborax se convirtiera en el accionista mayoritario como resultado de un acuerdo pre-existente, esta norma interna no tendría efecto sobre la transferencia a Quiborax por parte de Río Grande.

²³¹ OJ, párrs. 64-68.

²³² An. CD-118.2; Dúplica, párrs. 37(o), 62, 121-122.

²³³ An. CD-149, que adjunta el formulario F-54 del 21 de julio de 2004; An. CD-150, que adjunta el formulario F-54 del 21 de octubre de 2004. En una misiva enviada a Quiborax el 18 de agosto

168. En segundo término, la Demandada asevera que los hechos y documentos con fecha anterior al origen de la diferencia en junio de 2004 indican que Quiborax y Allan Fosk no se convirtieron en accionistas mayoritarios de NMM en agosto y septiembre de 2001.
169. Bolivia afirma que NMM sólo podría haber emitido nuevas acciones a la orden de Río Grande luego de que la transferencia de las concesiones mineras a NMM se hubiera registrado ante el Registro Minero y el Registro de Derechos Reales, y después de que el Registro de Comercio hubiera autorizado el incremento de capital de NMM²³⁵. No obstante, puesto que al 17 de agosto de 2001 no se había satisfecho ninguno de estos requisitos, la transferencia de acciones de NMM por parte de Río Grande a Quiborax fue "legal" y "prácticamente imposible"²³⁶. En la opinión del Tribunal, los efectos legales de estos requisitos podrían ser relevantes en el contexto de la objeción en razón de ilegalidad. Pero no resultan relevantes a efectos de determinar si Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones en NMM o si estas transacciones fueron fraudulentamente fabricadas luego de que surgió la diferencia²³⁷.
170. Bolivia además sostiene que el balance general auditado de NMM para el año 2001, así como el balance general auditado de Río Grande de septiembre de 2003, demuestran que Río Grande aún era propietaria de las acciones de NMM que

de 2004, PriceWaterhouseCoopers observó que el formulario F-54 del 21 de julio de 2004 incluía los impuestos sobre los dividendos tanto de Quiborax como de "A. Fosk" (An. CD-149).

²³⁴ La Demandada sostiene, además, que si Río Grande hubiera transferido sus acciones en NMM a Quiborax a título gratuito, debería haber una constancia de pago del impuesto a las transmisiones gratuitas, y no lo hay (Réplica, párr. 49). El Tribunal no considera que los Demandantes estén argumentando que Río Grande transfirió sus acciones en NMM de forma gratuita, sino que esta transferencia se realizó por el precio de USD 400.000 (An. CD-17 y CD-104). Dado que la transferencia se efectuó por un precio, esto desestimaría el argumento de la Demandada de que una transferencia gratuita redundaría en la existencia de fraude a los acreedores de Río Grande (Réplica, pág. 20; Tr. 39:8-15). En cualquier caso, el Tribunal estima que cualquier argumento según el cual los Demandantes omitieron pagar impuestos o cometieron fraude podría ser pertinente para el análisis del requisito de legalidad, pero no para determinar si Quiborax y Allan Fosk realmente adquirieron acciones en NMM.

²³⁵ OJ, párrs. 74-83.

²³⁶ *Íd.*, párrs. 79, 83.

²³⁷ La Demandada ha argumentado que, con relación a estas supuestas irregularidades de registro y aprobación, Quiborax adquirió "acciones inexistentes" (OJ, párr. 79). Esto plantea el interrogante de si las acciones que Quiborax adquirió de Río Grande tienen o no existencia *legal*, es decir, si los efectos legales de esta transacción son reconocidos por el derecho boliviano. Esta cuestión es diferente a la cuestión de hecho y previa de si las partes en efecto celebraron tal transacción, que es lo que la Demandada cuestiona y es el quid de su argumento de fraude. Esta cuestión es *factual*: se busca determinar si Quiborax realmente celebró el Contrato de Mayo de 2001 con Río Grande, si luego suscribió el Acuerdo 51/49, si emitió cheques a favor de Edsal Finance Inc., Álvaro Ugalde y David Moscoso, y si recibió nuevos títulos accionarios endosados de NMM: en síntesis, si Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones en NMM.

supuestamente había transferido a Quiborax el 17 de agosto de 2001²³⁸. Según Bolivia, esto refuta el hecho de que Quiborax y Allan Fosk hayan adquirido acciones de NMM en 2001. Los Demandantes replican que esto fue "[sólo] un error"²³⁹. El expediente muestra asimismo que los estados financieros de los años 2001²⁴⁰, 2002²⁴¹, 2003²⁴² y 2004²⁴³, auditados por la firma PriceWaterhouseCoopers, indican que Quiborax tenía una participación del 50,99% en NMM. Particularmente, los estados financieros de Quiborax para el año 2001 y 2002 establecen expresamente que durante el ejercicio 2001, ésta "adquirió el 50,99% de la sociedad Boliviana [NMM]"²⁴⁴. Esto sugeriría que los balances generales de NMM y Río Grande simplemente no eran correctos. Por el momento, el Tribunal tomará nota de esta cuestión y sólo arribará a una conclusión definitiva al respecto al final de su análisis.

171. Bolivia arguye que los dos poderes de NMM inscritos en el Registro de Comercio entre 2001 y 2003 prueban que los accionistas de NMM sólo tenían nacionalidad boliviana²⁴⁵. El motivo sería que esos poderes incorporan el acta de la junta general de accionistas de NMM del 11 de septiembre de 2001, en la que Río Grande (y no Quiborax o Allan Fosk) aparece como accionista de NMM. Sin embargo, esos mismos poderes brindan considerable apoyo a la versión de los Demandantes de que Quiborax y Allan Fosk adquirieron acciones de NMM en 2001. El primer poder, de fecha 27 de septiembre de 2001, fue emitido a favor de Allan Fosk²⁴⁶; el segundo poder, de fecha 1 de julio de 2002, fue emitido a favor de Omar León²⁴⁷, un nacional chileno y empleado de Quiborax²⁴⁸. Nuevamente, el Tribunal toma nota de esta cuestión y regresará sobre este punto cuando culmine su análisis.

²³⁸ An. R-124, R-127; OJ, párrs. 69-70, 88-91.

²³⁹ Durante la audiencia, el abogado de los Demandantes afirmó que no tenían responsabilidad alguna por el error de Río Grande, ya que los Demandantes no controlaban ni administraban Río Grande (Tr. 538:6-12; MC, pág. 22, n. 67). Con relación al supuesto error de NMM, el abogado sostuvo que los balances generales registraban el incremento de capital, aunque no el cambio en la composición accionaria (Tr. 538:13-18), y que el "objetivo de los estados financieros no es reflejar la identidad" de los accionistas (Dúplica, párr. 63)(Traducción del Tribunal).

²⁴⁰ Informe Navigant, Anexo NCI-30.

²⁴¹ *Íd.*, Anexo NCI-31.

²⁴² *Íd.*, Anexo NCI-32.

²⁴³ *Íd.*, Anexo NCI-33.

²⁴⁴ *Íd.*, Anexos NCI-30 y NCI-31.

²⁴⁵ An. R-129 y R-130.

²⁴⁶ An. R-129, págs. 7-9.

²⁴⁷ An. R-130, págs. 2-4.

²⁴⁸ El An. CD-27 muestra que Omar León tiene "pasaporte chileno" y el An. CD-59 prueba que Omar León ha actuado, efectivamente, en representación de NMM. La Demandada no ha en

172. En tercer término, Bolivia argumenta que las pruebas sobre las que se apoyan los Demandantes carecen de valor probatorio puesto que consiste en documentación puramente interna de la que sólo se tuvo conocimiento luego de que surgió la diferencia. Los Demandantes fabricaron estas pruebas después de que surgió la diferencia a fin de crear fraudulentamente las condiciones jurisdiccionales para acceder al CIADI.
173. A pesar de los argumentos en contrario de la Demandada, el Tribunal observa que los Demandantes sí presentaron pruebas de carácter público con fecha anterior al origen de la diferencia en junio de 2004. El 15 de abril de 2004, NMM actualizó su legajo en el Registro de Comercio. El legajo en cuestión indica que Allan Fosk era representante legal de NMM²⁴⁹. El 31 de mayo de 2004, NMM inscribió en el Registro de Comercio un poder que incorpora el acta de la junta general de accionistas del 27 de enero de 2003 en las que Quiborax, Allan Fosk y David Moscoso aparecen como accionistas de NMM²⁵⁰. Además, la versión protocolizada de tal poder lleva un sello del Registro de Comercio con fecha del 2 de junio de 2004²⁵¹.
174. La Demandada afirma que el registro de accionistas no constituye el único medio mediante el cual se puede probar la calidad de accionista²⁵², un argumento que el Tribunal ya aceptó. En particular, sostiene que el registro de accionistas de NMM es un documento puramente interno del que no se tuvo conocimiento hasta el 31 de enero de 2005 y cuya única versión "legalizada" fue emitida por Isaac Frenkel, accionista de Quiborax y abogado de la familia Fosk, el 27 de enero de 2009²⁵³. Asimismo, el registro de accionistas presenta "varias anomalías": espacios en blanco, información faltante y entradas inconsistentes²⁵⁴. Por último, la conclusión de la Superintendencia de que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM es errónea

todo caso negado la aserción de los Demandantes de que Omar León era empleado de Quiborax.

²⁴⁹ An. CD-119.

²⁵⁰ An. CD-158 y CD-118.1. Si bien es posible que Allan Fosk no haya estado físicamente presente en Bolivia el 27 de enero de 2003 como lo afirma el acta, el punto esencial es que existe un registro de carácter público con fecha anterior a la diferencia en el que se describe tanto a Quiborax como a Allan Fosk como accionistas de NMM.

²⁵¹ An. CD-120, pág. 6.

²⁵² OJ, párr. 123; Réplica, párrs. 97-99, 102-111.

²⁵³ OJ, párr. 122.

²⁵⁴ *Íd.*, párr. 124; Réplica, párrs. 100-101.

dado que su análisis se basa exclusivamente en el defectuoso registro de accionistas²⁵⁵.

175. El Tribunal considera que el valor probatorio del registro de accionistas de NMM es ambiguo. Por un lado, la propia Superintendencia de Bolivia concluyó que el registro de accionistas de NMM "incluye todos los requisitos previstos por el Artículo 250 del Código de Comercio"²⁵⁶. Por otro lado, es cierto que el registro de accionistas de NMM es un documento interno sobre cuyo contenido los Demandantes detentaban un control absoluto, por lo menos hasta el inicio del proceso penal. Adicionalmente, el registro original nunca se presentó y su paradero es, aparentemente, desconocido²⁵⁷. Finalmente, el registro de accionistas no fue certificado por un tercero independiente sino por Isaac Frenkel, un "accionista minoritario de Quiborax y abogado de la familia Fosk", según la descripción de los propios Demandantes²⁵⁸.
176. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal atribuirá un valor probatorio intrínseco limitado al registro de accionistas de NMM. No obstante, considera que resta un elemento probatorio que podría servir para confirmar o refutar otras pruebas en el expediente. Desde esta perspectiva, el Tribunal concluye que el registro de accionistas de NMM concuerda, en términos generales, con la prueba y la descripción de los hechos realizada por los Demandantes y, en especial, con el Contrato de Mayo de 2001, el Acuerdo 51/49, los cheques emitidos a Edsal Finance, Álvaro Ugalde, y David Moscoso, y los títulos accionarios de NMM. En general, la opinión del Tribunal es que el registro de accionistas de NMM tiende a confirmar la tesis de los Demandantes.
177. Bolivia cuestiona igualmente la veracidad de los títulos accionarios de NMM, los cuales fueron sometidos a inspección documental a su pedido, por varias razones²⁵⁹. Bolivia

²⁵⁵ OJ, párr. 126.

²⁵⁶ An. CD-72, pág. 3.

²⁵⁷ Los Demandantes han señalado que Bolivia tiene en su posesión el registro de accionistas de NMM (Tr. 299:8-14, 301:10-16); la Demandada replicó, por su parte, que ello "no [le]s consta" (Tr. 312:11). A pesar de que el expediente sugiere que el registro de accionistas forma parte del expediente del caso penal en Bolivia, es en última instancia innecesario determinar quién se encuentra en posesión del registro de accionistas a fin de dirimir las cuestiones planteadas ante este Tribunal.

²⁵⁸ Dúplica, párr. 37(e) (Traducción del Tribunal). Esto no significa que los Demandantes tenían la obligación de certificar el registro de accionistas por un tercero independiente, sino solamente que la certificación "interna" de un documento respecto del cual tenían control absoluto no incrementa su valor probatorio.

²⁵⁹ Con respecto a los títulos accionarios, Bolivia además alegó que (i) llamaba la atención que los Demandantes no hayan presentado los títulos accionarios originales Nos. 1 a 7, (ii) así como el hecho de que Quiborax y Allan Fosk hayan adquirido las acciones mediante nuevos títulos accionarios cuando podrían haberlo hecho mediante simple endoso (OJ, párrs. 131-132).

respalda su afirmación en los siguientes motivos: (i) no hay pruebas de que los títulos accionarios hayan sido confeccionados antes de que surgiera la diferencia en junio de 2004²⁶⁰; (ii) los títulos accionarios son documentos puramente internos²⁶¹; (iii) la firma de Dolly Paredes no coincide con la firma que aparece en otros documentos (un "indicio de fraude")²⁶²; (iv) extrañamente, los títulos accionarios fueron primero endosados y luego anulados y emitidos nuevamente el mismo día²⁶³; (v) finalmente, el hecho de que Quiborax haya transferido dos lotes de acciones (267 y 13.103 acciones) a David Moscoso a título gratuito, para que luego el Sr. Moscoso volviera a transferir el lote de 267 acciones de vuelta a Quiborax por USD 9.985²⁶⁴, resulta desconcertante.

178. A pedido de la Demandada, los títulos accionarios de NMM fueron sometidos a una inspección documental a fin de determinar su autenticidad y fecha de emisión. Con respecto a la autenticidad del papel, Jean-Louis Clément, experto en documentación de la Demandada, concluyó que "parece que la autenticidad del soporte papel de los Títulos Accionarios [de NMM] es incuestionable"²⁶⁵. En armonía con esta conclusión, Albert Lyter III, el experto en documentación de los Demandantes, concluyó que "[n]o se encontró evidencia de que el papel [de los títulos accionarios] haya sido alterado, manipulado, borrado o falsificado de manera alguna a la luz de todos los documentos examinados"²⁶⁶.

179. Con relación a la escritura en tinta sobre los títulos accionarios, el Sr. Clément consideró que la firma de la secretaria Dolly Paredes no era resultado de la emulación de una "firma auténtica", un hallazgo que tiende a contradecir la hipótesis de

Posteriormente, sin embargo, los Demandantes presentaron los títulos accionarios Nos. 1 a 7, que muestran que Quiborax y Allan Fosk inicialmente adquirieron sus participaciones por endoso. Por ello, pues, el Tribunal considera que este argumento resta sin fundamento.

²⁶⁰ OJ, párr. 133. Bolivia cuestionó el hecho de que los títulos accionarios originales no se habían presentado (Réplica, párr. 118). Posteriormente, sin embargo, los Demandantes presentaron todos los títulos accionarios originales de NMM a excepción de los títulos Nos. 4 y 6. Los Demandantes explicaron que no presentaron los originales de los títulos Nos. 4 y 6 porque ellos no "tienen posesión, ni el control o la custodia" de tales títulos (Carta de los Demandantes al CIADI del 17 de febrero de 2011) (Traducción del Tribunal). Teniendo en cuenta que los Demandantes produjeron los originales de los otros nueve títulos accionarios y que los títulos accionarios Nos. 4 y 6 fueron emitidos a nombre de Río Grande y David Moscoso, respectivamente, el Tribunal considera que esta explicación resulta aceptable y que la objeción de Bolivia perdió su razón de ser.

²⁶¹ Réplica, párr. 117.

²⁶² OJ, párr. 134; Réplica, párr. 121.

²⁶³ Réplica, párr. 119.

²⁶⁴ *Íd.*, párr. 120.

²⁶⁵ Clément, § 2.3.

²⁶⁶ Informe de Lyter, § 2.2, págs. 4-5 (traducción del Tribunal).

falsificación de la Demandada²⁶⁷. Paralelamente, el perito determinó que Dolly Paredes utilizó "tres bolígrafos distintos" para suscribir los títulos accionarios Nos. 7 a 11 durante el transcurso de un mismo día, "lo que parecería poco verosímil"²⁶⁸. Cabe destacar que aunque la Demandada también sometió los títulos accionarios a la inspección de la calígrafa Christine Jouishomme, su informe pericial no se incorporó al expediente.

180. Albert Lyter III concluyó, a su vez, que las "formulaciones de tinta" sobre los títulos accionarios "se comparan, con un alto porcentaje de coincidencia, con las fórmulas de tinta estándar que se encontraban comercialmente disponibles en las fechas que figuran en los documentos, es decir, en el año 2001"²⁶⁹. El Sr. Lyter respondió que la afirmación del Sr. Clément de que "parecería poco verosímil" que la secretaria firmara los títulos accionarios N.º 7 a 11 en el mismo día usando tres bolígrafos diferentes "no se basa en criterios científicos sino en [su] propia valoración personal"²⁷⁰. Por último, Linda James, la experta calígrafa de los Demandantes, determinó con "el más alto grado de certidumbre expresado por expertos en documentación" que las firmas de Fernando Rojas, Dolly Paredes, Gilka Salas y David Moscoso estampadas sobre los títulos accionarios de NMM son auténticas²⁷¹.
181. Con respecto a la fecha en que se crearon los títulos accionarios, el Sr. Clément observó que éstos son "imposibles de datar" ya que, como tienen 10 años de antigüedad como máximo, "son demasiado recientes" para determinar esa información²⁷². Por su parte, el Sr. Lyter declaró que no hay evidencia de que los títulos accionarios de NMM no hayan sido preparados en el año 2001²⁷³, ni evidencia que sugiriese que no son auténticos²⁷⁴. Específicamente, teniendo en cuenta la disponibilidad comercial de las formulaciones de tinta y el grado de secado de la tinta

²⁶⁷ Informe de Clément, § 3.2.1, pág. 3.

²⁶⁸ *Íd.*, § 3.3, pág. 5.

²⁶⁹ Informe de Lyter, § 4.2, pág. 11 (Traducción del Tribunal). Durante el contra-interrogatorio, el Sr. Lyter admitió que estas formulaciones de tinta estaban comercialmente disponibles "en cualquier momento después" del 2001, lo que por ende no excluiría la posibilidad de que los títulos accionarios hubieran podido fabricarse luego de que surgió la diferencia en junio de 2004 (Tr. 488:1). Este elemento de prueba es por lo tanto relevante sólo si se lo examina en contexto.

²⁷⁰ *Íd.*, § 4.3, pág. 12 (Traducción del Tribunal).

²⁷¹ Informe de James, pág. 42 (Traducción del Tribunal).

²⁷² Informe de Clément, § 4.2, pág. 6.

²⁷³ Tr. 479:13-16.

²⁷⁴ *Íd.*, 487:13-16.

sobre los títulos accionarios al momento del estudio²⁷⁵, el Sr. Lyter declaró que éstos podrían haber sido confeccionados en cualquier momento entre los años 2001 y 2006, pero que fueron "probablemente" confeccionados en 2001:

[Sr. Bofill]: El señor Silva Romero [abogado de la Demandada] le preguntó si era posible que esos títulos de acciones, de los accionistas más bien, hubieran sido preparados en el 2006 en lugar del 2001 y usted respondió que era posible pero no probable. ¿Nos puede explicar qué significa esto?

[Sr. Lyter]: En mi calidad de experto nosotros hablamos siempre de probabilidades [...]. Cuando se me pregunta si es posible que los documentos hayan sido preparados en 2006, la respuesta breve es sí, es posible, porque todo es posible [...] [p]ero nosotros trabajamos también con las probabilidades. Entonces la pregunta más adecuada hubiera sido: ¿es probable que estos documentos hubieran sido preparados en 2006? Y mi respuesta en ese caso hubiese sido: no, no es probable, que se hubiesen hecho en el 2006 debido a todos los exámenes y los resultados obtenidos [...].

[Sr. Bofill]: ¿Esta también sería su respuesta si yo le preguntase si estos documentos se prepararon en cualquier año que fuese posterior al 2001?

[Sr. Lyter]: La respuesta sería sí, prestando atención al hecho de que los documentos dicen que fueron hechos en el 2001 [...] las tintas, la fórmula de las mismas, el factor de secado [...], el modelo con el cual los distintos autores han utilizado las fórmulas de las tintas en un documento y en otro [...]" (énfasis agregado)²⁷⁶.

182. De esta forma, el Tribunal concluye que la inspección que los expertos realizaron sobre los títulos accionarios de NMM ha determinado (i) que el papel de los títulos accionarios es auténtico; (ii) que las firmas de Fernando Rojas, Dolly Paredes, Gilka Salas y David Moscoso son auténticas con el más alto grado de certidumbre expresado por los expertos en documentación; (iii) que fueron probablemente creados en el año 2001 y que no existen pruebas que sugieran lo contrario; y (iv) que no existen pruebas que sugieran que los títulos accionarios son espurios, puesto que la constatación de que Dolly Paredes utilizó tres formulaciones de tinta diferentes para suscribir los títulos accionarios resulta insuficiente para superar los méritos probatorios de la evidencia precitada. En conclusión, el peso de la prueba pericial sugiere que los títulos accionarios de NMM son auténticos.

²⁷⁵ Puesto que las formulaciones de tinta en los títulos accionarios presentan un "alto porcentaje de coincidencia" con las formulaciones de tinta estándar comercialmente disponibles en el año 2001, ese parece ser el momento más temprano en el que podrían haberse confeccionado los títulos accionarios (Informe de Lyter, § 4.2, pág. 11). Más aún, el Sr. Lyter declaró que un "lapso de tiempo de cinco años" sería el período adecuado para determinar el secado de las formulaciones de tinta en los títulos accionarios de NMM (Tr. 484:7-8). En razón de que la tinta en los títulos accionarios se encontraba totalmente seca a la fecha en que fueron examinados el 21 de marzo de 2011, ello implicaría que los títulos accionarios podrían haber sido confeccionados en cualquier momento antes del 21 de marzo de 2006.

²⁷⁶ Tr. 480:2-481:13.

183. Consecuentemente, a pesar de lo que sostiene Bolivia, la prueba pericial sugiere que los títulos accionarios de NMM tienen valor probatorio aunque no sean documentos de carácter público, es decir, documentos disponibles en un registro o una base de datos de acceso público. Asimismo, como se observó anteriormente, la transferencia de acciones de parte de Quiborax a David Moscoso en dos lotes y la devolución del Sr. Moscoso a Quiborax del lote de 267 acciones fue consistente con el Acuerdo 51/49 entre ellos. Finalmente, si bien podría parecer innecesaria la emisión del nuevo título accionario No. 7 para luego anularlo y volver a emitir dos nuevos títulos accionarios en su lugar (nuevos títulos accionarios Nos. 10 y 11), es difícil vislumbrar porqué esto constituiría prueba de fraude, especialmente teniendo en cuenta que los tres títulos accionarios fueron emitidos a favor de Quiborax.
184. La Demandada alega además que el acta de la junta general extraordinaria de accionistas del 17 de agosto de 2001, que reflejarían la venta a Quiborax de las acciones que Río Grande detentaba en NMM, fue falsificada por las siguientes razones²⁷⁷: (i) puesto que el incremento de capital de NMM no había sido aprobado para esa fecha, era "prácticamente imposible" que Río Grande transfiriera sus acciones en NMM a Quiborax²⁷⁸; (ii) a diferencia del acta en la que Río Grande fue aceptada como nueva accionista, que fue protocolizada dentro de las dos semanas posteriores a la fecha de su confección²⁷⁹, el acta del 17 de agosto de 2001 se protocolizó ante notario público e inscribió en el Registro de Comercio sólo años después, cuando ya había surgido la disputa entre las Partes²⁸⁰; (iii) y finalmente, tanto la Superintendencia²⁸¹ como el experto en documentación en el proceso penal llevado a cabo en Bolivia²⁸² detectaron "graves irregularidades"²⁸³ en el libro de actas de NMM.
185. En primer lugar, como ya destacó el Tribunal, lo que resulta relevante a los efectos de esta objeción es determinar si Río Grande transfirió acciones a Quiborax, no si esta transferencia fue legalmente válida. En segundo lugar, el Tribunal no comprende por qué el hecho de que el acta del 17 de agosto de 2001 fuera protocolizada luego de que surgiera la diferencia sería un indicio de fraude, especialmente si se tiene en

²⁷⁷ OJ, párr. 143.

²⁷⁸ *Íd.*, párr. 144.

²⁷⁹ An. CD-25.

²⁸⁰ An. R-140 y R-141; OJ, párrs. 145-146.

²⁸¹ An. CD-72 y R-143; OJ, párr. 147.

²⁸² An. R-146.

²⁸³ OJ, párr. 147.

cuenta que la versión protocolizada no tiene de forma alguna el objetivo de generar apreciaciones incorrectas sobre la fecha en que el acta efectivamente se protocolizó. Por último, si bien la Superintendencia y el experto en documentación en los procesos penales en Bolivia concluyeron que NMM había manejado incorrectamente los libros de actas debido a que ciertas páginas habían sido arrancadas y pegadas, esto resulta insuficiente para probar la existencia de fraude. En suma, el Tribunal no está convencido de que el acta del 17 de agosto de 2001 fue falsificada²⁸⁴.

186. Análogamente, la Demandada asevera que el acta de la junta general ordinaria de accionistas del 13 de septiembre de 2001 fue fabricada porque²⁸⁵: (i) esta acta no coincide con el acta del 11 de septiembre de 2001, que sólo incluyen accionistas de nacionalidad boliviana y fueron inscriptas en el Registro de Comercio en el año 2001²⁸⁶; (ii) los registros de las autoridades de inmigración chilenas muestran que Allan Fosk no estaba en Bolivia el 13 de septiembre de 2001 y por ende no podría haber participado en esa junta²⁸⁷; (iii) el propio Sr. Moscoso confesó en el caso penal en Bolivia que esta acta había sido falsificada²⁸⁸; (iv) la firma de Dolly Paredes fue aparentemente fraguada; (v) Allan Fosk suscribió las actas en representación de Quiborax "S.A.", cuando en realidad el nombre de la sociedad es Quiborax "Ltda."²⁸⁹; (vi) y por último, el experto en documentación del proceso en Bolivia concluyó que el acta del 13 de septiembre de 2001 no coincidía con el documento que se había adjuntado originalmente al libro de actas²⁹⁰.
187. Para empezar, el Tribunal destaca que, si bien el acta del 11 de septiembre de 2001 incluye a Río Grande como accionista en lugar de Quiborax, el objetivo de tal junta era el de designar los directores y síndicos de NMM. El acta del 11 de septiembre de 2001 indica claramente que dos de los tres directores designados para desempeñarse en el directorio estaban directamente relacionados con Quiborax: Allan Fosk²⁹¹ e Isaac

²⁸⁴ Como lo reconoció Bolivia, la Superintendencia se negó a sancionar a NMM por el manejo inadecuado de su libro de actas, lo que sugeriría que las irregularidades cometidas no eran tan graves como para que no pudieran ser rectificadas (An. R-143, pág. 7; OJ, párr. 147(b)).

²⁸⁵ OJ, párr. 148.

²⁸⁶ *Íd.*, párrs. 150-153.

²⁸⁷ *Íd.*, párr. 154.

²⁸⁸ An. R-76; OJ, párr. 155.

²⁸⁹ OJ, párrs. 156, 158.

²⁹⁰ *Íd.*, párr. 157.

²⁹¹ Allan Fosk es el "Gerente de Administración y Finanzas de Quiborax" y miembro de una de las dos familias que fundaron Quiborax (Mem., párrs. 20, 22).

Frenkel²⁹². Del mismo modo, el director suplente, Carlos Shuffer, también tiene una vinculación directa con Quiborax²⁹³. El único director que *no* tenía relación alguna con Quiborax era David Moscoso. Esto coincide con la descripción de los hechos de los Demandantes y sugiere que la mención de Río Grande como accionista fue simplemente un error, no el resultado de un esquema fraudulento.

188. Por otra parte, si bien Allan Fosk parece no haber estado en Bolivia el 13 de septiembre de 2001 según el registro de las autoridades de inmigración chilenas, sí estuvo en Bolivia antes, del 6 al 7 de septiembre, y después, del 1 al 3 de octubre, según el mismo registro²⁹⁴. El Sr. Fosk declaró que "es probable que no haya sido la fecha precisa [13 de septiembre], pero en algún momento en ese período fue cuando se presentó toda esa documentación"²⁹⁵. Por ello, aunque la fecha del acta del 13 es posiblemente incorrecta, el Tribunal no considera que esto sea un indicio de fraude. Además, la experta calígrafa Linda James sostuvo que la firma de Dolly Paredes se había "ejecutado rápidamente [...] lo que es un indicio de autenticidad"²⁹⁶, y que su firma en el acta en cuestión presentaba "rasgos comunes"²⁹⁷ con otras firmas estampadas por ella en los títulos accionarios de NMM, los cuales, según se determinó, son auténticos "con el más alto grado de certidumbre expresado por expertos en documentación"²⁹⁸.
189. De forma análoga, el Tribunal acepta que el experto en documentación en los procesos penales incoados en Bolivia pueda estar en lo correcto al afirmar que algunas páginas de los libros de actas de NMM fueron arrancadas y que el acta del 13 de septiembre fue pegada. Sin embargo, el Tribunal no considera que este hecho pruebe en sí mismo la existencia de fraude. El Tribunal tampoco cree que la referencia en las actas a Quiborax "S.A." y no a Quiborax "Ltda." sugiera que hubo fraude. Todas estas deficiencias reales o aparentes en los documentos parecen reflejar simplemente un manejo algo descuidado pero no inusual de la documentación, más no un esquema deliberado para perpetrar un fraude.

²⁹² Isaac Frenkel "es accionista minoritario de Quiborax y abogado de la familia Fosk" (Dúplica, 37(e)) (Traducción del Tribunal).

²⁹³ Carlos Shuffer es "Gerente de la División de Agroquímicos de Quiborax" (Declaración Testimonial de Shuffer, párr. 1).

²⁹⁴ An. R-20.

²⁹⁵ Tr. 222:13-15.

²⁹⁶ Informe de James, págs. 31, 33 (traducción del Tribunal).

²⁹⁷ *Íd.* (traducción del Tribunal).

²⁹⁸ *Íd.*, pág. 42 (traducción del Tribunal).

190. Además, es cierto que David Moscoso confesó que el acta del 13 de septiembre fue fabricada. Sin embargo, considerando las circunstancias en las que se produjo esta confesión así como el hecho de que el Sr. Moscoso no compareció como testigo en este arbitraje para ser interrogado por los Demandantes, el Tribunal considera que la admisión acarrea un valor probatorio mínimo, por no decir nulo, especialmente cuando los demás elementos del expediente respaldan tan sólidamente la descripción de los hechos de los Demandantes. En conclusión, el Tribunal no está convencido de que el acta del 13 de septiembre de 2001 haya sido falsificada.
191. Finalmente, en sus Objeciones a la Jurisdicción, la Demandada aseveró que "la prueba idónea" era el "endoso de las acciones de NMM y el pago correspondiente"²⁹⁹: el Tribuna estima que los Demandantes han presentado pruebas adecuadas de ambos. Por una parte, los títulos accionarios de NMM, cuya autenticidad fue demostrada por la evidencia pericial, constituyen evidencia suficiente de los endosos realizados a Quiborax y Allan Fosk³⁰⁰. Por otra parte, los cheques emitidos a Edsal Finance, Álvaro Ugalde y David Moscoso³⁰¹, que coinciden con la prueba y la descripción de los hechos de los Demandantes, constituyen prueba suficiente del pago de Quiborax por las acciones de NMM³⁰².

(v) *Conclusión*

192. Sobre la base su examen de la totalidad del expediente, el Tribunal constata que el recuento de los hechos de los Demandantes resulta consistente y bien documentada. Si bien existen algunas discrepancias a nivel documental (principalmente en cuanto a los balances generales de NMM y Río Grande para los ejercicios 2001 y 2003, respectivamente, y el la actas del 11 de septiembre de 2001), estas no prueban la existencia de fraude ni resultan suficientes para contrarrestar la abundante evidencia que existe en favor de los Demandantes. Por estos motivos, el Tribunal está persuadido de que Quiborax adquirió 13.636 acciones (50,995%) y Allan Fosk recibió

²⁹⁹ OJ, párr. 123.

³⁰⁰ An. CD-105.

³⁰¹ An. CD-116.

³⁰² En la Réplica, la Demandada también expresó que los Demandantes no habían presentado el "documento fundamental" sobre el cual se basaba todo su relato fáctico: el contrato de compraventa de acciones entre Río Grande y Quiborax (Réplica, párr. 78). Esto parece ser inconsistente con su postura en las Objeciones a la Jurisdicción, donde la Demandada sugirió que la "prueba idónea" eran tanto los endosos como los pagos. Como sea, el Tribunal considera que el Contrato de Mayo de 2001 (An. CD-104), los endosos (An. CD-105) y los pagos (An. CD-116) constituyen prueba documental idónea de la transferencia de acciones en NMM de Río Grande a Quiborax el 17 de agosto de 2001.

1 acción (0,005%) de NMM en agosto y septiembre de 2001, y de que no cometieron fraude ni fabricaron pruebas para poder acceder al sistema de arbitraje del CIADI.

1.3.2. ¿NMM era nacional chilena por control extranjero al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004?

193. El Tribunal debe ahora abordar la cuestión de si NMM, que fue constituida en Bolivia, era nacional chilena al momento en que surgió la diferencia en junio de 2004. De conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio, los tribunales del CIADI tienen jurisdicción sobre las diferencias relativas a inversiones entre un Estado Contratante y "el nacional de otro Estado Contratante". El Artículo 25(2) a su vez establece que "el nacional de otro Estado Contratante" incluye a:

"[L]as personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha [la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a someter la diferencia a arbitraje] la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero".

194. Las Partes concuerdan en que el Artículo X(4) del Tratado especifica, además, quién es "el nacional de otro Estado Contratante" en el sentido del Artículo 25(2) del Convenio del CIADI. El Artículo X(4) del Tratado dispone:

"Para los efectos de este artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes Contratantes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la controversia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al artículo 25 2(b) [del Convenio del CIADI], como una persona jurídica de la otra Parte Contratante".

195. Por lo tanto, NMM deberá considerarse nacional chilena en la medida en que sus accionistas mayoritarios hayan sido inversionistas chilenos al momento en que surgió la diferencia y al momento en que las Partes prestaron su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje. Como el Tribunal concluyó previamente, en agosto y septiembre de 2001, los nacionales chilenos Quiborax y Allan Fosk adquirieron conjuntamente el 51% de las acciones en NMM y aún son sus titulares. Puesto que la mayoría de las acciones de NMM eran propiedad de inversionistas chilenos en todos los momentos que resultan relevantes para este arbitraje, debe considerarse que NMM tiene nacionalidad chilena a efectos de la jurisdicción. Consecuentemente, NMM podrá actuar como demandante en este arbitraje.

196. Por los motivos mencionados, el Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los tres Demandantes: Quiborax, Allan Fosk y NMM.

2. Segunda objeción: El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre la diferencia

2.1 Posición de Bolivia

2.1.1 La definición de "inversión" en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI

197. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción sobre la diferencia porque los Demandantes no han realizado una "inversión" en Bolivia según el significado establecido en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI³⁰³.
198. El significado del término "inversión" se encuentra en el TBI y el Convenio del CIADI³⁰⁴. Por ello, la definición de "inversión" está sujeta a un doble test. Los tribunales del CIADI en los casos *Salini c. Marruecos*, *Saba Fakes c. Turquía* y *Global Trading c. Ucrania* han respaldado la aplicación del doble test³⁰⁵. De cualquier manera, "la cuestión del doble test es un falso problema"³⁰⁶ porque "tiene que haber una definición objetiva de 'inversión'"³⁰⁷ en el campo del derecho internacional de las inversiones. La razón fundamental en favor de una definición objetiva de "inversión" radica en la necesidad de seguridad jurídica: "simplemente, los inversores y los Estados necesitan saber qué significa una inversión"³⁰⁸. En los casos *Saba Fakes*, *GEA Group c. Ucrania*, *Romak c. Uzbekistán* y *Alps Finance c. República Eslovaca*, los tribunales respaldaron una definición objetiva de "inversión"³⁰⁹.
199. De conformidad con la Convención de Viena, esta definición objetiva de "inversión" está compuesta por los siguientes seis elementos: (i) contribución o aporte de dinero u otros activos; (ii) duración; (iii) riesgo; (iv) contribución al desarrollo económico del Estado receptor u operación llevada a cabo para desarrollar una actividad económica en el Estado receptor; (v) cumplimiento de las leyes del Estado receptor; y (vi) buena fe. Todos estos seis elementos deben satisfacerse conjuntamente³¹⁰. Los elementos de esta definición objetiva surgen de las decisiones de tribunales del CIADI en los

³⁰³ Réplica, § 5.

³⁰⁴ DPOD, pág. 93.

³⁰⁵ *Íd.*, págs. 94-96.

³⁰⁶ Tr. 73:14-16.

³⁰⁷ *Íd.*, 73:8-9.

³⁰⁸ *Íd.*, 73:21-22.

³⁰⁹ DPOD, págs. 100-104.

³¹⁰ *Íd.*, pág. 109.

casos *Salini c. Marruecos*, *Jan de Nul c. República Árabe de Egipto* y *Phoenix c. República Checa*³¹¹.

2.1.2 Los Demandantes no han realizado una “inversión” de acuerdo con el significado contemplado en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI

200. Según la Demandada, los Demandantes no han satisfecho ninguno de los seis requisitos contemplados en la definición de “inversión”. En particular, los Demandantes no probaron que (i) han realizado una contribución en dinero o activos, y que (ii) han contribuido con el desarrollo económico del Estado receptor o han realizado una operación para desarrollar una actividad económica en el Estado receptor. Dado que la Demandada alega que los Demandantes no efectuaron contribución alguna en Bolivia, “los elementos de la duración y del riesgo también se ponen indirectamente en tela de juicio”³¹². Por último, la Demandada sostiene también que los Demandantes no han observado las leyes de Bolivia y que han actuado con mala fe³¹³.
201. Específicamente, los Demandantes no probaron que hayan realizado una contribución en dinero o activos en el territorio de Bolivia, un elemento que, según coinciden ambas Partes, forma parte de la definición objetiva de “inversión”³¹⁴. El expediente está desprovisto de evidencia que indique que Quiborax o Allan Fosk han pagado por las acciones de NMM de las que supuestamente son propietarios. Del mismo modo, no hay evidencia de que los Demandantes hayan hecho una contribución, ya sea con *know-how* sobre la industria de la minería de boratos o mediante algún tipo de red comercial. De hecho, un “análisis forense” de los documentos sobre los cuales los Demandantes basan sus argumentos muestra que ninguno de esos documentos permite establecer la realización de una contribución de dinero o activos³¹⁵.
202. Asimismo, los Demandantes no han probado que contribuyeron al desarrollo económico de la zona, un elemento que la mayoría de los tribunales del CIADI reconocen como parte de la definición objetiva de “inversión”³¹⁶. El video presentado como prueba y el “análisis forense” demuestran (i) que los Demandantes no hicieron inversiones en infraestructura y medios de producción; (ii) que los empleados no

³¹¹ *Íd.*, págs. 106-108.

³¹² Tr. 80:12-14.

³¹³ OJ, § 4.1; Réplica, § 6; Tr. 85:17-19.

³¹⁴ Durante la audiencia, el abogado de la Demandada expresó que “las partes coinciden en que la contribución en dinero o en otros activos es un elemento de la definición objetiva de ‘inversión’” (Tr. 80:22; 81:1-2)

³¹⁵ Tr. 88:8-9.

³¹⁶ OJ, párr. 229.

tenían contratos de trabajo, habían sido contratados de forma temporaria, a menudo no cobraban sus salarios, y utilizaban sus propias herramientas de trabajo; (iii) que los métodos operativos eran rudimentarios; y (iv) que no hubo contribución al desarrollo de la comunidad del Salar de Uyuni³¹⁷.

2.2 Posición de los Demandantes

2.2.1 El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no crea un doble test y, de cualquier manera, su significado no es el que alega la Demandada

203. Si bien los Demandantes no están de acuerdo con la interpretación de la Demanda del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, argumentan que, de todas maneras, sí cumplen con la definición de “inversión” tanto en virtud del TBI como del Convenio del CIADI.
204. Los Demandantes afirman que el test para determinar si hay una “inversión” se basa sólo en el TBI. Por el contrario, el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI no establece requisitos “más allá y por encima” de los dispuestos en el TBI, es decir que no existe un doble test o un examen adicional³¹⁸. En la abrumadora mayoría de los casos, la definición de “inversión” en los TBI está comprendida dentro de los límites establecidos por el Convenio del CIADI³¹⁹. Por ende, el término “inversión” del Artículo 25(1) establece, en el mejor de los casos, un umbral mínimo para determinar si la definición de “inversión” del TBI están “tan alejada de los parámetros normales” que escapa a lo que comúnmente se entiende por este término³²⁰. En síntesis, la definición de “inversión” en virtud del Convenio del CIADI remite a la definición de tal término bajo el TBI³²¹.
205. Subsidiariamente, según los Demandantes, si el Tribunal considerara que el Convenio del CIADI requiere un test adicional, tal test análisis consistiría en sólo tres elementos: la contribución en dinero u otros activos, la duración y el riesgo³²². Específicamente, la contribución al desarrollo económico del Estado receptor no es un elemento de la definición de “inversión” bajo el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Tanto la doctrina como la jurisprudencia más recientes indican que este elemento se omite cada vez más con más frecuencia del test de *Salini*³²³. Las decisiones en los casos

³¹⁷ *Íd.*, párr. 230; Réplica, párrs.190-191; Tr. 100:10-105:9.

³¹⁸ MC, § III(2) (traducción del Tribunal).

³¹⁹ Dúplica, párr. 174.

³²⁰ *Íd.*, párrs. 165, 173 (traducción del Tribunal).

³²¹ MC, párr. 109.

³²² Dúplica, párr. 186.

³²³ *Íd.*, párrs. 177-178.

Saba Fakes y LESI c. Argelia, por ejemplo, desestimaron este requisito, al tiempo que hicieron especial énfasis en los restantes tres elementos del test de *Salini*³²⁴.

2.2.2 Los Demandantes han realizado una "inversión" en los términos del Tratado y del Convenio del CIADI

206. En todo caso, incluso si el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI contuviera un test independiente, los Demandantes alegan que han realizado una inversión tanto conforme al TBI como al Convenio del CIADI.³²⁵
207. En primer lugar, los Demandantes han realizado una inversión conforme al TBI. Conforme al Artículo I(2)(b) del Tratado, las acciones de Quiborax y Allan Fosc en NMM constituyen una "inversión". Asimismo, conforme al Artículo I(2)(e) del Tratado, las concesiones mineras propiedad de NMM también constituyen una inversión³²⁶. La Demandada no cuestiona estas conclusiones – más bien, niega que Quiborax y Allan Fosc fueran titulares de las acciones de NMM o de las concesiones mineras³²⁷. Por consiguiente, las acciones de Quiborax y de Allan Fosc en NMM y las concesiones mineras propiedad de NMM constituyen inversiones en los términos del TBI³²⁸.
208. En segundo lugar, los Demandantes también realizaron una "inversión" en los términos del Convenio del CIADI. En principio, los Demandantes hicieron una contribución en dinero y en especie: adquirieron las siete concesiones mineras iniciales, luego obtuvieron cuatro concesiones adicionales, asignaron recursos y personal para explotar estas concesiones, contribuyeron con su *know-how* de la industria de la minería del borato y con una red mundial de ventas³²⁹. Asimismo, la inversión de los Demandantes satisface también los requisitos de la duración y del riesgo. Los Demandantes explotaron las concesiones mineras durante tres años y, de no ser por la intervención de Bolivia, las habrían explotado durante un período de cuarenta años. Al igual que con cualquier otro proyecto minero, este proyecto corría el riesgo de no ser rentable³³⁰.
209. Por último, la inversión de los Demandantes también realizó una contribución al desarrollo del área de Río Grande. Dotó al área de una actividad económica que

³²⁴ *Íd.*, párrs. 181-182.

³²⁵ MC, párr. 122; Dúplica, párr. 186.

³²⁶ MC, párr. 94.

³²⁷ *Íd.*, párr. 95.

³²⁸ *Íd.*

³²⁹ MC, párr. 115; Dúplica, párrs. 187-190.

³³⁰ MC, párrs. 116-117; Dúplica, párr. 191.

generó la creación de puestos de trabajo estables con remuneración regular, la ejecución de contratos de transporte local y la explotación y exportación de recursos naturales³³¹. Incluso el video presentado por la Demandada como prueba demuestra que NMM creó oportunidades de empleo³³². Asimismo, los Demandantes adquirieron una planta de granulado, que habrían instalado de no haber sido por la intervención de Bolivia³³³. NMM también se comprometió a entablar una buena relación con la comunidad local; por ejemplo, ayudó con la renovación de la iglesia del pueblo³³⁴. En síntesis, los Demandantes estaban comprometidos a mejorar el nivel de vida de los trabajadores y de sus familias³³⁵.

2.3 Análisis

210. Bolivia no niega que los Demandantes hayan realizado una “inversión” en los términos del TBI. Por consiguiente, el Tribunal debe determinar (i) si el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI incluye un test para determinar si hay una inversión que es independiente, y por consiguiente, adicional al análisis de inversión previsto por el TBI (2.3.1); (ii) en caso afirmativo, cuáles son los elementos de ese test bajo el Convenio del CIADI (2.3.2); y, por último, (iii) si los Demandantes satisfacen los elementos de este test (2.3.3).

2.3.1 ¿El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI incluye un test de inversión independiente y, por consiguiente, adicional al análisis de inversión del TBI?

211. Puesto que no se controvierte que los Demandantes realizaron una “inversión” en los términos del TBI, el Tribunal sólo debe determinar si el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI contiene una definición de “inversión” independiente y por tanto adicional a la definición de “inversión” del TBI. Por los tres motivos que se exponen a continuación, el Tribunal concluye que el Convenio del CIADI contiene una definición objetiva de “inversión”, la que debe satisfacerse más allá de que esa definición sea también inherente al término “inversión” del TBI o sea adicional a la definición del TBI.

212. En primer lugar, tal como lo aceptan ambas Partes, el Convenio del CIADI debe interpretarse de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los Demandantes señalan que los antecedentes de la redacción de la

³³¹ MC, párr. 119; Dúplica, párr. 197.

³³² MC, párr. 119.

³³³ Dúplica, párr. 197.

³³⁴ *Íd.*, párr. 202.

³³⁵ *Íd.*, párr. 203.

Convención demuestran que "[n]o se realizó ningún intento por definir el término inversión"³³⁶. Aun así, tal como señala acertadamente la Demandada, ello no implica que este carezca de significado. Más bien, en la opinión del Tribunal, significa que los Estados Contratantes del Convenio del CIADI quisieron dar al término "inversión" un "sentido corriente", en contraposición a un "sentido especial"³³⁷. Este sentido corriente es de carácter objetivo, conclusión ésta que encuentra apoyo en el laudo en *Saba Fakes*³³⁸.

213. En segundo lugar, la posición de los Demandantes implícitamente acepta que el Convenio del CIADI contiene una definición de inversión. Los Demandantes reconocen que los tribunales del CIADI deben determinar si la definición de inversión del TBI está "tan alejada de los parámetros normales que no puede razonablemente considerarse como una inversión con arreglo al Artículo 25 del Convenio"³³⁹. Aun así, para determinar si la definición de inversión del TBI está "tan alejada de los parámetros normales", es necesario determinar cuáles son esos parámetros en primer lugar. La definición objetiva de inversión del Artículo 25(1) establece tales parámetros.
214. En tercer lugar, los casos entre inversionistas y estados han dado sustancia y contenido al significado objetivo de "inversión". En laudos anteriores, se consideró que este sentido objetivo era independiente del establecido en los TBIs. Así se desprende, por ejemplo, del laudo en el caso *Global Trading c. Ucrania* ("*Global Trading*"), en el cual el tribunal afirmó lo siguiente:

"[P]ara el Tribunal, es a esta altura indiscutible que existen dos parámetros independientes que deben satisfacerse [para determinar que existe una "inversión"]: ello a que las partes han consentido, como fundamento para someter la disputa a arbitraje, y lo que determina el Convenio como marco de la competencia de cualquier tribunal constituido conforme a sus disposiciones. En tal sentido, el Tribunal no tiene más que remitirse a una larga serie de decisiones previas, comenzando por *Alcoa Minerals c. Jamaica* en 1975, pasando por *Salini [...] c. [...] Marruecos* (y los varios casos subsiguientes en los que los tribunales discutieron [...]) el así llamado

³³⁶ *Íd.*, párr. 166 (traducción del Tribunal).

³³⁷ "Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes." Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("CVDT"), Artículo 31(4). Este "sentido especial" contrasta con el "sentido corriente" al que se hace referencia en el Artículo 31(1) de la CVDT.

³³⁸ El tribunal en *Saba Fakes* arribó a la siguiente conclusión: "El Tribunal considera que se contempló una *definición objetiva* del concepto de inversión en el marco del Convenio del CIADI [...]" (énfasis agregado), *Saba Fakes c. República de Turquía* (en adelante, "*Saba Fakes*"), Laudo, 14 de julio de 2010, párr. 108.

³³⁹ Dúplica, párr. 173 (traducción del Tribunal).

test de *Salini* [...]), y culminando más recientemente con el laudo en *Saba Fakes c. [...] Turquía*" (énfasis agregado).³⁴⁰

215. Otras decisiones recientes estimaron que el significado objetivo era inherente al término inversión, independientemente de la aplicación del Convenio del CIADI. En el caso *GEA c. Ucrania*, el tribunal se refirió a este sentido inherente en los siguientes términos:

"No obstante, no es tanto el término "inversión" del Convenio del CIADI sino el término "inversión" *per se* el que frecuentemente se considera que tiene un significado objetivo en sí mismo, sea que se lo mencione en el Convenio del CIADI o en un TBI"³⁴¹.

216. El tribunal en *Romak c. Uzbekistán*, un arbitraje administrado bajo el Reglamento de la CNUDMI en el cual no se aplicaba el Convenio del CIADI, también se inclinó por un significado objetivo del término inversión:

"El término 'inversión' tiene un significado en sí mismo que no puede dejarse de lado al analizar la lista del Artículo 1(2) del TBI... Por ello, el Tribunal Arbitral estima que el término 'inversiones' conforme al TBI tiene un significado inherente (independientemente de que el inversionista recurra a un arbitraje del CIADI o de la CNUDMI) que implica una contribución que se extiende durante un cierto período de tiempo y que conlleva un cierto riesgo [...]. Por su naturaleza propia, los tipos de bienes enumerados en la lista no taxativa del TBI puede presentar estos elementos. Pero si un bien no concuerda con la definición inherente de "inversión", el hecho de que se ajuste a una de las categorías enumeradas en el Artículo 1 no lo transforma en "inversión" (énfasis agregado).³⁴²

217. Ya sea que el test objetivo del Convenio del CIADI sea independiente y adicional a la definición del TBI, o que el mismo test objetivo sea inherente al término utilizado en el TBI, el Tribunal debe analizar en cualquier caso los elementos de la definición objetiva para determinar si existe una inversión. Estos elementos se encuentran presentes en los casos del CIADI en los que se interpreta el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. En síntesis, los Demandantes deben demostrar que han efectuado una "inversión" según la definición objetiva desarrollada en el marco del Convenio del CIADI a fin de establecer que el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre la controversia.

³⁴⁰ *Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc. c. Ucrania*, (en adelante, "*Global Trading*"), Laudo, 1 de diciembre de 2010, párr. 43 (traducción del Tribunal).

³⁴¹ *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania* (en adelante "*GEA*"), Laudo, 31 de marzo de 2011, párr. 141. (Traducción del Tribunal).

³⁴² *Romak S.A. c. La República de Uzbekistán*, Laudo, 9 de noviembre de 2009, párr. 207. El Tribunal también advierte que se hace referencia a una definición objetiva de inversión que existiría tanto conforme al Convenio del CIADI como al TBI en *Abaclat et al* (anteriormente, *Giovanna Beccara et al*) *c. la República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, párr. 371.

2.3.2 ¿Cuáles son los elementos del test de inversión de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI?

218. Según los Demandantes, la definición de inversión del Artículo 25(1) comprende tres elementos: una contribución en dinero o en activos, riesgo y duración. Según la Demandada, existen seis elementos: además de los tres apenas enunciados, una contribución al desarrollo económico del estado receptor o una operación realizada a fin de desarrollar una actividad económica en el estado receptor, cumplimiento de las leyes del estado receptor y buena fe.
219. El Tribunal concuerda con las Partes en que la contribución en dinero o en activos (es decir, la asignación de recursos), el riesgo y la duración son, los tres, parte de la definición corriente de inversión. El Tribunal entiende asimismo que el concepto de riesgo incluye la expectativa de un retorno comercial. Sin embargo, en opinión del Tribunal, los tres elementos adicionales que cita la Demandada no forman parte de esta definición.
220. El Tribunal es consciente de que generalmente se considera al elemento de la contribución al desarrollo del Estado receptor como parte del conocido test de *Salini*, que tiene cuatro requisitos. Sin embargo, si bien tal contribución bien podría ser el resultado de una inversión exitosa, no parece que sea un requisito para que haya una inversión. Si una inversión fracasa, podría no realizar contribución alguna al desarrollo del Estado receptor. Esto no significa que no se trate de una inversión. Por esta y otras razones, los tribunales han excluido este elemento de la definición de inversión. Esta evolución se refleja en las cuatro decisiones que se citan a continuación.
221. En julio de 2006, el tribunal del caso *LESI c. Argelia* concluyó que existía una inversión en los términos del Convenio del CIADI cuando se cumplen los primeros tres requisitos del test de *Salini*, a saber, una contribución en dinero o activos, duración y riesgo. Sostuvo asimismo que no consideraba necesario que se cumpliera también el elemento de contribución al desarrollo económico del país, "un requisito que es de cualquier manera difícil demostrar e implícito en los otros tres elementos analizados"³⁴³.
222. En sentido similar, en mayo de 2008, el tribunal en *Victor Pey Casado c. Chile* ("*Pey Casado*") concluyó que la contribución al desarrollo del Estado receptor no era un

³⁴³ *LESI Spa et Astaldi S.p.A. c. República Democrática Popular de Argelia* (en adelante, "*LESI*"), Decisión sobre jurisdicción, 12 de julio de 2006, párr. 72 (traducción del Tribunal).

elemento de la definición inversión. La contribución al desarrollo económico del Estado receptor era una consecuencia esperada de la inversión – y no a la inversa:

“Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión.” (énfasis agregado).³⁴⁴

223. En abril de 2009, el tribunal en *Phoenix Action c. República Checa* adoptó una postura similar, según la cual lo que importa es la contribución a la *economía* del Estado receptor, una contribución que está incluida en los otros tres elementos del test de *Salini*:

“[L]a contribución de una inversión internacional al desarrollo del Estado receptor es imposible de determinar. Por consiguiente, debe adoptarse un enfoque menos ambicioso, orientado a la contribución de la inversión internacional a la economía del Estado receptor, que normalmente es inherente al simple concepto de inversión tal como se lo caracteriza por los elementos de contribución/duración/riesgo, y por consiguiente, en principio, debe presumirse” (énfasis del documento original).³⁴⁵

224. Por último, en julio de 2010, el tribunal en *Saba Fakes c. Turquía* resolvió inequívocamente que el elemento de la contribución al desarrollo económico del Estado receptor no formaba parte de la definición de inversión establecida en el Convenio del CIADI:

“[E]ste Tribunal considera que los criterios de (i) una contribución, (ii) una cierta duración, y (iii) un elemento de riesgo, son ambos [sic] necesarios y suficientes para definir una inversión en el marco del Convenio del CIADI [...]. Por otra parte, el Tribunal no está convencido de que una contribución al desarrollo económico del Estado receptor constituya un criterio de inversión en el marco del Convenio del CIADI [...] [M]ientras que el desarrollo económico del Estado receptor es uno de los objetivos proclamados en el Convenio del CIADI, este objetivo no constituye en sí mismo un criterio independiente para la definición de inversión ” (énfasis agregado).³⁴⁶

225. En concordancia con esta tendencia, el Tribunal considera que la contribución al desarrollo económico del Estado receptor o una transacción realizada a fin de

³⁴⁴ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (en adelante, “Pey”), Laudo, 8 de mayo de 2008, párr. 232.

³⁴⁵ *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* (en adelante, “Phoenix”), Decisión sobre jurisdicción, 15 de abril de 2009, párr. 85 (traducción del Tribunal).

³⁴⁶ *Saba Fakes*, párrs. 110-111 (traducción del Tribunal).

desarrollar una actividad económica en el Estado receptor no son elementos de la definición objetiva de inversión.

226. El Tribunal considera asimismo que ni el cumplimiento de las leyes del Estado receptor ni el respeto por la buena fe son parte de la definición de inversión. Las Partes Contratantes del TBI han limitado las protecciones del tratado a las inversiones realizadas de conformidad con las leyes del Estado receptor. Esta limitación puede representar un obstáculo a la jurisdicción (es decir, a las protecciones procesales que establece el Tratado) o a la aplicación de las garantías sustantivas del tratado como cuestión de fondo. Además, el recurrir al arbitraje e invocar las protecciones sustantivas del tratado podría en ciertas circunstancias atentar contra la prohibición del abuso de derecho, que se desprende del principio de buena fe. Ello no implica que estos elementos formen parte de la *definición* de inversión. Una inversión ilegal o de mala fe sigue siendo una inversión. Puede ser que la misma no sea una inversión protegida (es decir, que merezca protección en el sentido de que no tiene al arbitraje y/o a las garantías sustantivas conforme al tratado), pero eso es otra cuestión.
227. En síntesis, por las razones expuestas precedentemente, el Tribunal concluye que la definición objetiva de inversión establecida en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI comprende los elementos de contribución de dinero o activos, riesgo y duración.

2.3.3 ¿La inversión de los Demandantes cumple con el análisis objetivo del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI?

228. El Tribunal debe analizar si los Demandantes cumplen con la definición de inversión consagrada en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Los Demandantes alegan que cumplen con todos los elementos de esta definición, incluido – a pesar de no formar parte de esa definición– el elemento de contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Por su parte la Demandada niega que los Demandantes cumplan con cualquiera de dichos elementos. El Tribunal analizará cada uno de esos elementos a continuación.
229. En primer lugar, la Demandada aduce que ninguno de los Demandantes ha efectuado una contribución en dinero o en activos. Sin embargo, tal como el Tribunal concluyó previamente, la evidencia muestra que Quiborax pagó por el 51% de las acciones de NMM³⁴⁷. Independientemente de dónde se realizó el pago, esto califica como una contribución en dinero, porque el objeto del pago y la *raison d'être* de la transacción (las concesiones mineras) estaban ubicadas en Bolivia. Además, si bien en un sentido

³⁴⁷ Ver *supra*, Secciones 1.3.1(iii) y (iv), y párr. 192.

estricto del término NMM no "compró" las siete concesiones mineras, tal como alegaron los Demandantes³⁴⁸, surge del expediente que efectivamente emitió 26.680 a cambio de esas concesiones. Por consiguiente, Quiborax realizó una contribución en dinero y NMM efectuó una contribución de activos.

230. La Demandada alega asimismo que los Demandantes no efectuaron una contribución para obtener las cuatro concesiones mineras adicionales en 2002, dado que no era necesario efectuar tal pago conforme a derecho boliviano³⁴⁹. A su vez, los Demandantes afirman que esas concesiones mineras son "títulos de propiedad" por los cuales "NMM pagó licencias [...] de acuerdo con el artículo 10 del Código de Minería"³⁵⁰. El Tribunal considera que existen pruebas suficientes de que NMM pagó los costos de licencia minera correspondientes a estas cuatro concesiones, tal como surge de las escrituras "Pococho"³⁵¹, "La Negra"³⁵², "Cancha I"³⁵³ y "Cancha II"³⁵⁴.
231. Además de estas contribuciones iniciales, los estados contables de Quiborax para los años 2002-2004³⁵⁵ y los estados contables de NMM de los ejercicios 2002-2003³⁵⁶ demuestran que se realizaron contribuciones adicionales a fin de operar las concesiones mineras. En su conjunto, el Tribunal está persuadido de que las contribuciones originales y subsiguientes de Quiborax y de NMM cumplen con el requisito de contribución del test de "inversión" del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.
232. Por otra parte, no hay evidencia de que Allan Fosk haya realizado una contribución en dinero o en activos. Tal como lo han admitido sin reparos los Demandantes, Allan Fosk no pagó por su única acción, sino que la "recibió"³⁵⁷ "para cumplir con el requisito de derecho societario boliviano de que haya un mínimo de tres accionistas"³⁵⁸. No hay por consiguiente prueba de una contribución original. Tampoco hay evidencia de que él personalmente haya efectuado una contribución subsiguiente para explotar las

³⁴⁸ "Los Demandantes adquirieron las siete concesiones mineras iniciales de una sociedad boliviana [Río Grande]" (Dúplica, párr. 187). (Traducción del Tribunal).

³⁴⁹ "[Q]ue esas concesiones mineras que recibieron no significan en absoluto que hayan hecho algún tipo de contribución" (Tr. 92:14-16).

³⁵⁰ Tr. 578: 3-6..

³⁵¹ An. CD-31.

³⁵² An. CD-32.

³⁵³ An. CD-36.

³⁵⁴ An. CD-37.

³⁵⁵ An. NCI-31, NCI-32 y NCI-33.

³⁵⁶ An. NCI-53.

³⁵⁷ MC, párr. 48, n. 70. (Traducción del Tribunal).

³⁵⁸ *Íd.*, párr. 34; *Ver también* Mem., párr. 63. (Traducción del Tribunal).

concesiones mineras. En síntesis, no se ha probado que Fosk haya realizado contribución alguna. Si bien en una oportunidad el Sr. Fosk percibió dividendos correspondientes a su única acción³⁵⁹, ello sólo demuestra que obtuvo beneficios de su inversión, pero no que haya efectuado una contribución.

233. Según Bolivia, debe trazarse una distinción entre los objetos de una inversión, "como por ejemplo acciones o concesiones [...] y la acción de invertir"³⁶⁰. El Tribunal está de acuerdo. Si bien una inversión puede materializarse jurídicamente en acciones u otros títulos, la mera propiedad de una acción en sí misma resulta insuficiente para probar una contribución en dinero o en especie. En el presente caso, surge del expediente que Fosk recibió una acción para dar cumplimiento a una formalidad de derecho societario boliviano, y que en ningún momento efectuó una contribución personal a la inversión. Por ello, el Tribunal concluye que el Sr. Fosk no ha hecho una inversión en los términos del Artículo 25(1).

234. En segundo lugar, Bolivia alega que, en la medida que ha probado "que los demandantes no hicieron nada en Bolivia, los elementos de la duración y del riesgo también se ponen indirectamente en tela de juicio"³⁶¹. Sin embargo, el Tribunal ha determinado que Quiborax y NMM sí efectuaron una contribución en dinero y en activos. Por ello, esta objeción indirecta, que dependería de la conclusión de que no se efectuó contribución alguna, no resulta aplicable a ellos. En todo caso, las contribuciones de Quiborax y NMM cumplieron con los elementos de duración y riesgo. Las contribuciones y operaciones de Quiborax y NMM en Río Grande se extendieron de 2001 a junio de 2004. De no haber sido por el inicio de la diferencia, no hay razones para suponer que las operaciones no hubieran continuado después de esa fecha. También surge que estas operaciones conllevaban riesgos, por ejemplo, de mercado, financieros y políticos. Asimismo, no es un hecho controvertido que Quiborax y NMM hicieron sus contribuciones con la expectativa de recibir un retorno comercial. Por el contrario, la objeción es válida respecto de Allan Fosk, que no realizó ninguna contribución. No obstante ello, como Allan Fosk no ha cumplido con el elemento de la contribución, resulta innecesario analizar si existe algún otro motivo por el cual no satisface el test de inversión del Artículo 25(1).

235. En tercer lugar, Bolivia aduce que los Demandantes no cumplieron con el elemento de contribución al desarrollo económico del Estado receptor o de una operación realizada

³⁵⁹ An. CD-149.

³⁶⁰ Tr. 74: 10-18.

³⁶¹ *Íd.*, 80: 11-14.

a fin de desarrollar una actividad económica en el Estado receptor. Los Demandantes sostienen lo contrario. Tal como se ha explicado precedentemente, el Tribunal considera que este elemento no forma parte de la definición de “inversión” de conformidad con el Artículo 25(1), sino que constituye una aspiración difundida en el sistema de protección de las inversiones internacionales. De todos modos, el Tribunal considera que Quiborax y NMM han cumplido con esta aspiración en este caso.

236. Surge de las pruebas que la explotación de las concesiones mineras generó un nivel creciente de actividad económica que se mantuvo hasta el inicio de esta diferencia. Específicamente, las ventas de ulexita de NMM experimentaron un crecimiento del 250% entre 2002 y 2003³⁶²; este crecimiento necesariamente incrementa las actividades económicas que hicieron posibles tales ventas en primer lugar, como por ejemplo mano de obra, transporte y logística. Asimismo, NMM vendió alrededor de 64.000 toneladas de ulexita a Quiborax en los años 2003 y 2004³⁶³. El video presentado como prueba por la Demandada no basta para refutar las pruebas de esta contribución³⁶⁴. Por ello, el Tribunal considera que Quiborax y NMM han cumplido con la aspiración de que su inversión contribuya al desarrollo económico de Bolivia.
237. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que Quiborax y NMM efectuaron una inversión en el sentido objetivo del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. No se puede decir lo mismo respecto de Allan Fosc. Por consiguiente, el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre el reclamo de Allan Fosc. Por ello, de aquí en adelante el término “Demandantes” se referirá solamente a Quiborax y NMM, excluyendo al Sr. Fosc. Por otra parte, para que el Tribunal pueda determinar de forma definitiva si tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre Quiborax y NMM, debe analizar la próxima objeción de Bolivia.

3. Tercera objeción: El Tribunal carece de jurisdicción porque la supuesta inversión de los Demandantes se realizó en violación de las leyes y reglamentos de Bolivia

³⁶² An. NCI-53; Navigant ER, párr. 73 n. 129.

³⁶³ An. NCI-62; Navigant ER, párr. 111 n. 155. Esta evidencia demuestra que la explotación de Quiborax y NMM generó verdadera actividad económica, la que redundó en beneficio del área de Río Grande. No obstante, en su Réplica sobre Jurisdicción, la Demandada señaló que era suficiente que el inversionista “potencialmente” contribuyera al desarrollo económico del Estado receptor (Réplica, párr. 176). Dado que el Tribunal considera que la inversión de Quiborax y NMM de hecho contribuyó al desarrollo económico del Estado receptor, se desprende aún con mayor claridad que Quiborax y NMM han dado cumplimiento a estándar menos exigente.

³⁶⁴ An. R-169.

3.1. Posición de la Demandada

238. Bolivia aduce que el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae* porque la inversión de los Demandantes se realizó en violación del requisito de legalidad del Tratado³⁶⁵. Efectivamente, el alcance del Tratado se limita a las inversiones "efectuadas de conformidad con las leyes y reglamentos"³⁶⁶ del Estado receptor. La jurisprudencia del CIADI indica que el requisito de legalidad es un elemento de jurisdicción *ratione materiae*. Por consiguiente, de no cumplirse con este requisito, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la diferencia, lo cual se ratificó en *Inceysa c. El Salvador*, *Saba Fakes c. Turquía* y *Alasdair Ross Anderson c. Costa Rica*.
239. Específicamente, Bolivia aduce que (i) el requisito de legalidad comprende cualquier incumplimiento de la legislación boliviana, sin importar su gravedad o cuándo se haya producido el incumplimiento; (ii) en todo caso, los Demandantes violaron "disposiciones fundamentales de las leyes y reglamentos de Bolivia, incluidas leyes tributarias y penales"³⁶⁷; y (iii) la teoría del *estoppel* o de los actos propios no le impide plantear la ilegalidad de la inversión de los Demandantes. A continuación se exponen en mayor detalle cada uno de estos argumentos.
240. En primer lugar, los requisitos de legalidad cubren cualquier violación de la legislación boliviana sin importar su gravedad. El Tratado no distingue entre violaciones graves y no graves de la ley; cubre a todas por igual³⁶⁸. En tal sentido, la utilización misma de los términos "leyes y reglamentos" demuestra que el requisito de legalidad cubre a todo el orden jurídico boliviano, sin tener en cuenta la importancia de la norma que se infringe³⁶⁹. Esta interpretación amplia del requisito de legalidad se ajusta a la definición amplia de "inversión" que establece el Tratado. Cuanto más amplia es la definición de "inversión", mayor es la necesidad de que el inversionista respete el orden jurídico del Estado receptor³⁷⁰.

³⁶⁵ OJ, párrs. 194-195.

³⁶⁶ Artículo II del Tratado. De igual modo, el Artículo I(2) del Tratado define "inversión" como "toda clase de bienes o derechos relacionados con una inversión siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos" del Estado receptor. El requisito de legalidad se reitera una vez más en el Artículo III(2) del Tratado. Por consiguiente, el requisito de legalidad se incluye "al menos en tres cláusulas del Tratado (Traducción del Tribunal)." (Tr. 60:1-5).

³⁶⁷ DPOD, p. 80. (Traducción del Tribunal).

³⁶⁸ Réplica, párrs. 199, 201-205.

³⁶⁹ *Íd.*

³⁷⁰ *Íd.*, párr. 200.

241. Asimismo, el requisito de legalidad cubre cualquier violación de la legislación boliviana, sin importar cuándo se haya producido tal violación, es decir, sin importar que la violación se cometa al momento del establecimiento de la inversión o más adelante. A diferencia de la situación de *Saba Fakes*, el Tratado exige que las inversiones se "efectúen" de conformidad con el sistema legal del Estado receptor. Este vocablo cubre violaciones cometidas al momento en que se establece la inversión y durante su funcionamiento³⁷¹. En todo caso, los Demandantes violaron el derecho boliviano al momento de establecer su inversión. Específicamente, debido a estas violaciones, Quiborax y Allan Fosk no pudieron convertirse legítimamente en accionistas de NMM³⁷².
242. En segundo lugar, más allá de si el requisito de legalidad se extiende a los incumplimientos graves únicamente, los Demandantes violaron "disposiciones fundamentales de leyes y normas bolivianas, incluidas leyes tributarias y penales"³⁷³. La Demandada aduce que la transferencia de las acciones en NMM de Río Grande a Quiborax el 17 de agosto de 2001 "se realizó en violación del derecho boliviano por al menos seis razones distintas"³⁷⁴: (i) NMM realizó un aumento de capital sin obtener la autorización previa del Registro de Comercio, en violación del Código de Comercio³⁷⁵; (ii) los Demandantes cometieron fraude contra los acreedores de Río Grande, ya que Río Grande no recibió pago alguno por la transferencia³⁷⁶; (iii) si la transferencia fue una donación, Quiborax debió haber pagado un impuesto a las transferencias a título gratuito y la donación debió haberse efectuado por escritura pública³⁷⁷; (iv) si la transferencia no se realizó a título gratuito, Quiborax y Allan Fosk debieron haber pagado el impuesto a las transferencias³⁷⁸; (v) Quiborax no registró un representante legal debidamente facultado³⁷⁹; y (vi) Río Grande no redujo su capital como lo exigía el Código de Comercio³⁸⁰.

³⁷¹ *Íd.*, párr. 209.

³⁷² *Íd.*, párr. 210.

³⁷³ ROSS, p. 80 (traducción del Tribunal).

³⁷⁴ Tr. en inglés, 66:4-6 (traducción del Tribunal).

³⁷⁵ OJ, párr. 203; Tr. 66:7-67:3.

³⁷⁶ OJ, párr. 203; Tr. 67:4-15.

³⁷⁷ Réplica, párr. 206; Tr. 67:16:68:14.

³⁷⁸ Tr. 68:15-21.

³⁷⁹ OJ, párr. 203; Tr. 68:22-69:3.

³⁸⁰ Tr. 69:4-10.

243. Estos seis incumplimientos se aplican también a la transferencia de las acciones en NMM de los días 4 y 10 de septiembre de 2001³⁸¹. Asimismo, Bolivia aduce que los Demandantes cometieron las siguientes cuatro violaciones de derecho boliviano (la numeración continúa del párrafo anterior): (vii) el Sr. Fosk mintió en avalar que estuvo en La Paz en el acta del 27 de enero de 2003³⁸²; (viii) los Demandantes no pagaron el impuesto a las ganancias de sociedades para beneficiarios extranjeros³⁸³; (ix) los Demandantes violaron las normas relativas a la inscripción de las concesiones mineras³⁸⁴; (x) también violaron las normas sobre la precisión de los estados contables³⁸⁵, y (xi) aquellas relativas al contenido del registro de accionistas³⁸⁶.
244. En tercer lugar, Bolivia sostiene que la teoría del *estoppel* no le impide objetar la legalidad de la inversión de los Demandantes. Las autoridades de Bolivia jamás aceptaron que la inversión de los Demandantes fuera legal. Si bien la *Superintendencia* concluyó que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM, esta conclusión se basó en el registro de accionistas, y no en un análisis minucioso del expediente. Asimismo, el hecho de que las Partes hayan entablado negociaciones para zanjar la diferencia no quiere decir que Bolivia aceptara las afirmaciones de los Demandantes. Contrariamente a lo que aducen los Demandantes, las decisiones en los casos *SwemBalt c. Latvia* y *Kardassopoulos c. Georgia* no apoyan su posición.
245. En síntesis, Bolivia aduce que puesto que los Demandantes realizaron "una inversión ilegal según las disposiciones legales [de Bolivia]"³⁸⁷, el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre esta diferencia.

3.2. Posición de los Demandantes

246. Según los Demandantes, sus inversiones fueron "efectuadas de conformidad con las leyes y reglamentos" de Bolivia y las afirmaciones en contrario de la Demandada son infundadas³⁸⁸. Específicamente, los Demandantes aducen que (i) el requisito de legalidad tiene un alcance limitado: se aplica únicamente a las violaciones de los principios fundamentales del Estado o al régimen de inversiones, y únicamente al

³⁸¹ *Íd.*, 69:14-17.

³⁸² *Íd.*, 529:16-22.

³⁸³ OJ, párr. 203.

³⁸⁴ *Íd.*

³⁸⁵ *Íd.*

³⁸⁶ *Íd.*

³⁸⁷ Tr. 70:4-5 y 8-9.

³⁸⁸ MC, párr. 123.

momento en que se establece la inversión³⁸⁹; (ii) no incumplieron con el requisito de legalidad porque o bien la aducida violación del derecho boliviano no se produjo, o bien cualquier supuesta violación excede el alcance de este requisito³⁹⁰; y (iii) en virtud de la teoría del *estoppel* o de los actos propios, la Demandada no puede invocar la ilegalidad de la inversión de los Demandantes³⁹¹.

247. En primer lugar, en relación con el alcance del requisito de legalidad, Bolivia no ha citado ningún precedente ni doctrina en sustento de su amplia interpretación del requisito de legalidad³⁹²; por el contrario, los precedentes en que se basa adoptan una interpretación restringida de este requisito³⁹³. En síntesis, los Estados receptores no deberían poder invocar el requisito de legalidad como excusa para eludir su responsabilidad internacional³⁹⁴. En relación con la carga de la prueba, cualquier acto respecto del cual se alega la ilegalidad continúa siendo válido hasta tanto no sea declarado nulo por decisión de una corte a pedido de la parte interesada³⁹⁵.

248. Respecto al alcance sustantivo del requisito de legalidad, el Tribunal del caso *Saba Fakes c. Turquía* manifestó que "no lo convencía"³⁹⁶ la posición del Estado "de que cualquier violación de las leyes del Estado receptor conlleva a la ilegalidad de la inversión [...] y priva a tal inversión"³⁹⁷ de la protección del TBI. En el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*, el tribunal sostuvo que "sería inconsistente con el objeto y fin del Tratado"³⁹⁸ denegar la protección en virtud de un "error menor"³⁹⁹ u "otras irregularidades"⁴⁰⁰. En igual sentido, el tribunal del caso *Desert Line c. Yemén* sostuvo que el requisito de legalidad excluye las "inversiones realizadas en violación de los principios fundamentales de las leyes del Estado receptor"⁴⁰¹. Las decisiones de los

³⁸⁹ *Íd.*, párrs. 125-131, 136-137; Dúplica, párrs. 205, 209-210, 214-220.

³⁹⁰ MC, párrs. 132-137; Dúplica, párrs. 104-124, 206.

³⁹¹ MC, párrs. 148-158; Dúplica, párrs. 222-229.

³⁹² Dúplica, párr. 205.

³⁹³ *Íd.*, párrs. 209-210.

³⁹⁴ MC, párrs. 130-131.

³⁹⁵ Dúplica, párr. 207.

³⁹⁶ *Saba Fakes*, párr. 119 (traducción del Tribunal).

³⁹⁷ *Íd.* (traducción del Tribunal).

³⁹⁸ *Tokios Tokelés c. Ucrania* (en adelante, "*Tokios Tokelés*"), Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004, párr. 86. (Traducción del Tribunal).

³⁹⁹ *Íd.* (Traducción del Tribunal).

⁴⁰⁰ MC, párr. 128 (traducción del Tribunal).

⁴⁰¹ *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen* (en adelante, "*Desert Line*"), Laudo, 6 de febrero de 2008, párr. 104 (traducción del Tribunal).

casos *Phoenix Action*, *World Duty Free*, *Inceysa*, *Alasdair Ross Anderson* y *Fraport* también apoyan una lectura acotada del requisito de legalidad⁴⁰².

249. En lo que concierne al aspecto temporal del requisito de legalidad, el tribunal del caso *Hamester c. Ghana* sostuvo que debía trazarse una distinción "entre (1) la legalidad al inicio de la inversión ("efectuada") y (2) la legalidad *durante la ejecución* de la inversión"⁴⁰³ (énfasis en el documento original). Conforme a esta distinción fundada en el lenguaje del Tratado, el tribunal del caso *Hamester* sostuvo que el requisito de legalidad se aplicaba únicamente al "inicio de la inversión"⁴⁰⁴. De igual modo, el tribunal del caso *Saba Fakes* sostuvo que el requisito de legalidad regía la "admisibilidad de la inversión en el Estado receptor"⁴⁰⁵. Esta misma conclusión se impone en este caso, ya que el TBI Bolivia-Chile emplea el participio pasado en relación al requisito de legalidad, al referirse a las inversiones "efectuadas" de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor⁴⁰⁶.
250. En segundo lugar, los Demandantes no violaron el requisito de legalidad porque o bien no se produjo ninguna violación del derecho boliviano, o bien cualquier supuesta violación excede el alcance de este requisito. En respuesta a las afirmaciones específicas de Bolivia⁴⁰⁷, los Demandantes alegan que: (i) NMM no tenía obligación de obtener la aprobación *previa* del Registro de Comercio para efectuar un aumento de capital, bastando la aprobación ulterior⁴⁰⁸; (ii) "[t]oda la acusación de fraude es falsa"⁴⁰⁹, incluida la acusación de defraudación de los acreedores de Río Grande; (iii) la transferencia de acciones de NMM de Río Grande a Quiborax no fue una donación, y por consiguiente no correspondía pagar ningún impuesto a las transferencias a título gratuito⁴¹⁰; (iv) no hubo evasión fiscal en relación con estas transferencias porque el

⁴⁰² Dúplica, párr. 210, n. 321.

⁴⁰³ *Gustav Hamester GmbH & Co. KG c. República de Ghana* (en adelante "*Hamester*"), Laudo, 18 junio de 2010, párr. 127 (traducción del Tribunal).

⁴⁰⁴ *Íd.* (traducción del Tribunal).

⁴⁰⁵ *Saba Fakes*, párr. 119.

⁴⁰⁶ Dúplica, párrs. 217-218.

⁴⁰⁷ Los Demandantes no respondieron específicamente al argumento de Bolivia de que no cumplieron con el requisito de legalidad porque Río Grande no había reducido su capital, tal como lo exigiría el Código de Comercio luego de la transferencia de las acciones de NMM a Quiborax (un argumento que se planteó por primera vez en la audiencia) (Tr. 69:4-10).

⁴⁰⁸ Tr. 544:5-17.

⁴⁰⁹ *Íd.*, 107: 13-14..

⁴¹⁰ Dúplica, párrs. 123-124.

mismo Registro de Comercio (el *Senarec*) certificó que se habían cumplido los "requisitos jurídicos e impositivos" de la transferencia⁴¹¹.

251. Los Demandantes aducen asimismo que (v) Quiborax no tenía obligación de registrar a un representante legal en Bolivia⁴¹²; (vi) el hecho de que el Sr. Fosk firmó el acta del 27 de enero de 2003 en una fecha distinta de la que consta en el acta "es una práctica corporativa habitual"⁴¹³; (vii) los Demandantes pagaron el impuesto a las ganancias para beneficiarios extranjeros⁴¹⁴; (viii) la inscripción tardía de las concesiones mineras no afectó la validez de la transferencia, sino que simplemente demoró su oponibilidad a terceros⁴¹⁵; (ix) no hay ninguna disposición en el derecho boliviano que establezca que un error en los estados contables es ilegal⁴¹⁶; y que (x) el registro de accionistas cumplió con los requisitos del derecho boliviano, y así lo concluyó la *Superintendencia* en su informe del 11 de febrero de 2005⁴¹⁷.
252. Por otra parte, de haberse producido un incumplimiento formal del derecho boliviano, esto simplemente reflejaría la buena fe de los Demandantes⁴¹⁸. En efecto, ninguno de estos incumplimientos ayudaron a los Demandantes a obtener su inversión (como fue el caso en *Plama*, *World Duty Free* e *Inceysa*) o tornaron la inversión más rentable⁴¹⁹. Asimismo, no se realizó ningún intento por cubrir estas supuestas violaciones del derecho boliviano: cuando los Demandantes descubrieron, por ejemplo, que el acta del 11 de septiembre de 2001 (en la que aún figuraban erróneamente Fernando Rojas, Dolly Paredes y Gilka Salas como accionistas de NMM) se había incorporado a otros documentos, el Directorio de NMM formalmente tomó nota del error y emitió nuevos documentos para rectificarlo⁴²⁰.
253. En tercer lugar, en virtud de la teoría de *estoppel* o de los actos propios la Demandada no puede cuestionar la legalidad de la inversión de los Demandantes. En efecto, la Demandada participó en negociaciones con los Demandantes durante casi tres años y, en el marco de esas negociaciones, tuvo oportunidad de analizar la documentación

⁴¹¹ Tr. 553: 13-17.

⁴¹² Dúplica, párrs. 111-118.

⁴¹³ Tr. 569: 10.

⁴¹⁴ MC, párr. 135; Dúplica, párrs. 121-122.

⁴¹⁵ Dúplica, párrs. 104-110.

⁴¹⁶ *Íd.*, párrs. 119-120.

⁴¹⁷ Tr. 555:5-559:17.

⁴¹⁸ MC, párrs. 138-147.

⁴¹⁹ *Íd.*, párrs. 140-141.

⁴²⁰ *Íd.*, párrs. 142-143.

relevante en reiteradas oportunidades⁴²¹. Sin embargo, Bolivia no cuestionó en ningún momento la legalidad de la inversión de los Demandantes; en efecto, el informe de la *Superintendencia* indica lo contrario⁴²². Por tal motivo, la Demandada no puede plantear objeciones fundadas en que la inversión de los Demandantes no cumplió con el requisito de legalidad. Las decisiones en los casos *Swembelt c. Latvia* y *Kardassopoulos c. Georgia* apoyan esta conclusión⁴²³.

254. Por todo lo expuesto, los Demandantes aducen que han cumplido con el requisito de legalidad y que el Tribunal tiene jurisdicción sobre esta diferencia.

3.3. Análisis

255. Las Partes discrepan respecto de si los Demandantes han cumplido el requisito de legalidad del Tratado. El Artículo II del TBI Bolivia-Chile limita su ámbito de aplicación a las inversiones efectuadas "conforme a las disposiciones legales" del Estado receptor⁴²⁴. En igual sentido, el Artículo I(2) del tratado define el término "inversiones" como aquellas realizadas "de conformidad con las leyes y reglamentos"⁴²⁵ del Estado receptor. La definición de inversión resulta relevante a los fines de determinar el alcance del consentimiento de las Partes Contratantes (y, por ende, de Bolivia) al arbitraje del CIADI de conformidad con el Artículo X del Tratado. Por ello, de conformidad con el TBI Bolivia-Chile, el requisito de legalidad resulta relevante para determinar tanto el ámbito de aplicación del Tratado como el alcance del consentimiento de Bolivia al arbitraje.

256. Para pronunciarse sobre la objeción jurisdiccional de Bolivia, el Tribunal debe determinar (i) si la teoría del *estoppel* le impide a la Demandada cuestionar la legalidad de las inversiones de los Demandantes conforme al Tratado; de no ser así, el Tribunal debe establecer (ii) la carga de la prueba respecto de las supuestas violaciones del requisito de legalidad, (iii) el alcance del requisito de legalidad, y (iv) si los Demandantes han violado el requisito de legalidad.

⁴²¹ *Íd.*, párrs. 148-149, 152-153.

⁴²² *Íd.*, párrs. 154-155.

⁴²³ *Íd.*, párrs. 150-151; Dúplica, párrs. 228-229.

⁴²⁴ An. CL-1, Art. II.

⁴²⁵ *Íd.*, Art. I(2).

3.3.1 ¿La teoría del *estoppel* le prohíbe a Bolivia cuestionar la legalidad de la inversión de los Demandantes bajo el Tratado en virtud de su conducta previa?

257. Los Demandantes aducen que, de conformidad con la teoría del *estoppel*, Bolivia no puede cuestionar la legalidad de su inversión en virtud de su conducta previa. El Tribunal no está convencido de que sea así. Tal como surge de la cita pertinente de Bolivia del caso *Vieira c. Chile*⁴²⁶, el hecho de que las Partes hayan mantenido extensas negociaciones con miras a un arreglo, que prosiguieron incluso con posterioridad al inicio del presente arbitraje, no implica en sí mismo que Bolivia haya aceptado los argumentos jurisdiccionales de los Demandantes, salvo que exista prueba en contrario. Una conclusión diversa podría desalentar al Estado receptor a la hora de negociar con miras a llegar a un arreglo. En este caso, ni el informe de la *Superintendencia* ni el resto de la evidencia sugiere que Bolivia aceptó que la inversión de los Demandantes cumplió con el requisito de legalidad⁴²⁷.

258. Por ello, el Tribunal no puede sino concluir que la teoría del *estoppel* no impide a Bolivia cuestionar la legalidad de la inversión de los Demandantes.

3.3.2 ¿Sobre qué parte recae la carga de la prueba respecto de las supuestas violaciones del requisito de legalidad?

259. Si bien las Partes no han abordado esta cuestión expresamente, el Tribunal entiende que la carga de la prueba recae sobre la parte que alega la violación del requisito de legalidad, es decir, el Estado receptor. La posición contraria sería irrealista: el inversionista tendría que probar de alguna manera que ha cumplido con el sinfín de leyes y reglamentos del Estado receptor. Por consiguiente, la carga de la prueba debe naturalmente recaer sobre la parte que alega la violación del requisito de legalidad. Esta postura se ve ratificada por los casos, la doctrina y por la posición misma de la Demandada.

260. En el caso *Desert Line*, el tribunal sostuvo que la demandada "había estado muy lejos de probar que la inversión de la Demandada [...] era inconsistente con las leyes o los reglamentos de Yemen"⁴²⁸. En el caso *Saba Fakes*, el tribunal sostuvo que la afirmación de la demandada de que la inversión era ilegal podía caer dentro del

⁴²⁶ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile* (en adelante, "*Vieira*"), Laudo, 21 de agosto de 2007, párr. 200.

⁴²⁷ En su informe, la *Superintendencia* concluyó que resultaba necesario realizar investigaciones y estudios adicionales a los fines de "estructura[r] la defensa del Estado Boliviano ante un eventual proceso ante el CIADI" (An. CD-72, pág. 6). Por ello, de acuerdo con sus propios términos, el informe de la *Superintendencia* no era integral ni exhaustivo.

⁴²⁸ *Desert Line*, párr. 105 (traducción del Tribunal).

alcance del requisito de legalidad "si era demostrada"⁴²⁹. Y en el caso *Hamester*, el tribunal sostuvo que la demandada "no había cumplido con la carga de la prueba" respecto de su afirmación de que la inversión de la demandante era ilegal⁴³⁰. Asimismo, Zachary Douglas ha escrito que la afirmación del Estado receptor de que "la demandada violó la ley al adquirir su inversión [...] debe ser fatal" para la jurisdicción "[s]i tal afirmación se prueba ante el tribunal del tratado de inversiones"⁴³¹.

261. A la luz de estos precedentes, la Demandada parece admitir que, si bien los Demandantes deben probar los hechos jurisdiccionales esenciales, ella tiene la carga de probar las violaciones del requisito de legalidad:

"Primero [un comentario] sobre la prueba [...] [D]ecimos que hemos comprobado que la inversión de la demandante es ilegal [...] [p]ero en cuanto a la existencia del inversor y de una inversión, esto lo debe comprobar la demandante" (énfasis agregado)⁴³².

262. Contrariamente a lo que afirman los Demandantes, esto no significa que la ilegalidad de la inversión sólo pueda declararse "judicialmente"⁴³³, es decir, por decisión de una corte de Bolivia en este caso. Este Tribunal tiene la obligación de determinar si tiene jurisdicción sobre la diferencia y, a tal fin, debe examinar si se cumple con el requisito de legalidad. Pero sí significa que la Demandada debe probar a satisfacción del Tribunal que la inversión de los Demandantes violó el requisito de legalidad.

3.3.3 ¿Cuál es el alcance del requisito de legalidad?

263. Las Partes discrepan acerca del alcance del requisito de legalidad. Los Demandantes adscriben un sentido acotado a este requisito, limitado a la violación de principios jurídicos fundamentales o del régimen de inversiones. Por su parte, la Demandada propone una interpretación amplia que comprende cualquier violación del orden jurídico, sin importar su gravedad o el momento en el que suceda. El Tribunal considera que ninguna de las interpretaciones es enteramente correcta: la interpretación de los Demandantes es demasiado restrictiva, y la de la Demandada es demasiado amplia. La interpretación de los Demandantes se extiende más allá de los términos del TBI, en un intento por promover la protección del inversionista sin considerar adecuadamente los intereses del Estado. La interpretación amplia de la

⁴²⁹ *Saba Fakes*, párr. 120 (traducción del Tribunal).

⁴³⁰ *Hamester*, párr. 132 (traducción del Tribunal).

⁴³¹ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press 2009, p. 53, párr. 106 (traducción del Tribunal).

⁴³² Tr. 511:20-512:7.

⁴³³ Dúplica, párr. 207.

Demandada, por el contrario, ignora los intereses del inversionista, con el resultado de que se podría privar a una inversión de toda protección bajo el tratado en razón de cualquier violación del orden jurídico del Estado receptor (sin importar cuán leve) cometida en cualquier momento. Este enfoque generaría incentivos nocivos, ya que los Estados receptores estarían en posición de poder despojar a los inversionistas de la protección que establece el tratado encontrando un incumplimiento menor en cualquier momento.

264. Ninguna de las dos posturas se ajusta al TBI, cuyo Preámbulo dispone que las Partes "reconoc[en] la necesidad de promover y de proteger las inversiones extranjeras con miras a favorecer la prosperidad económica de ambos estados" y "desean[] intensificar la cooperación económica en beneficio de ambos Estados"⁴³⁴. Por consiguiente, dentro de los límites que imponen las reglas aplicables a la interpretación de tratados, el Tribunal se inclina por una interpretación más equilibrada que toma en consideración la necesidad de proteger las inversiones extranjeras, por un lado, y las responsabilidades del Estado, por el otro. En las palabras del tribunal en *El Paso*:

"Este Tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta la soberanía del Estado y la responsabilidad de éste de crear un marco adaptable y evolutivo para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante."⁴³⁵

265. Teniendo esto en consideración, la interpretación del requisito de legalidad exige un ejercicio de delimitación en el cual el Tribunal debe determinar qué violaciones se encuentran cubiertas por el requisito de legalidad. O dicho de otra forma, qué violaciones del requisito de legalidad excluyen la inversión del alcance del Tratado y de la jurisdicción del Tribunal. Otros tribunales ya han abordado la cuestión del alcance de requisitos de legalidad formulados en términos idénticos o similares. El Tribunal utilizará estos casos como referencia, los cuales, aunque más no sea de modo relativamente incipiente, ya delinear los contornos del requisito de legalidad.
266. El Tribunal considera que el requisito de legalidad del TBI tiene limitaciones en razón de la materia y temporales. El alcance del requisito de legalidad en razón de la materia se limita a (i) violaciones no triviales del orden jurídico del Estado receptor (*Tokios Tokelés*⁴³⁶, *LESI*⁴³⁷ y *Desert Line*⁴³⁸), (ii) violaciones del régimen de inversiones del

⁴³⁴ Exh. CL-1.

⁴³⁵ *El Paso*, párr. 70.

⁴³⁶ *Tokios Tokelés*, párr. 86.

⁴³⁷ *LESI*, párr. 83(iii).

⁴³⁸ *Desert Line*, párr. 104.

Estado receptor (*Saba Fakes*⁴³⁹), y (iii) fraude – por ejemplo, para obtener la inversión (*Inceysa*⁴⁴⁰, *Plama*⁴⁴¹, *Hamester*⁴⁴²) o ganancias (*Fraport*⁴⁴³). Asimismo, conforme a este TBI, el alcance temporal del requisito de legalidad se limita a la instauración de la inversión; no se extiende a su operación ulterior. En efecto, el Tratado se refiere al requisito de legalidad en participio pasado, empleando el vocablo inversión que se “haya efectuado”⁴⁴⁴ de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor y, en inglés, “made” (*Fraport*⁴⁴⁵, *Hamester*⁴⁴⁶, *Saba Fakes*⁴⁴⁷).

267. Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que el requisito de legalidad tiene limitaciones tanto en razón de la materia como temporales.

3.3.4 ¿Violaron los Demandantes el requisito de legalidad?

268. El Tribunal analizará los alegatos de Bolivia de que los Demandantes violaron el requisito de legalidad, tomando en cuenta las consideraciones precedentes respecto de la carga de la prueba y el alcance limitado del requisito de legalidad.

269. En primer lugar, Bolivia alega que una de las “principales ilegalidades”⁴⁴⁸ es que el aumento de capital de agosto de 2001 se realizó sin la aprobación previa del Registro de Comercio, en violación de los Artículos 343 y 131 del Código de Comercio de Bolivia (el “Código de Comercio”)⁴⁴⁹. Según el experto de la Demandada, el Profesor Salame, ello acarrea la “nulidad absoluta”⁴⁵⁰ de las acciones de NMM emitidas en virtud de ese aumento de capital. El Tribunal no está convencido de que así sea. Ni el Artículo 343 ni el 131 del Código de Comercio exigen la aprobación por parte del Registro de Comercio de un aumento de capital “con anterioridad” al aumento en cuestión, ni hay antecedentes que respalden esta interpretación. Por consiguiente, la

⁴³⁹ *Saba Fakes*, párr. 119.

⁴⁴⁰ *Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador* (en adelante, “*Inceysa*”), Laudo, 2 de agosto de 2006, párrs. 236-238.

⁴⁴¹ *Plama*, párrs. 133-135.

⁴⁴² *Hamester*, párrs. 129, 135.

⁴⁴³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República Filipina* (en adelante, “*Fraport*”), Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 396.

⁴⁴⁴ Art. I(2) y Art. II.

⁴⁴⁵ *Fraport*, párr. 345.

⁴⁴⁶ *Hamester*, párr. 127.

⁴⁴⁷ *Saba Fakes*, párr. 119.

⁴⁴⁸ Tr. 528:5.

⁴⁴⁹ *Íd.*, 66:7-67:3.

⁴⁵⁰ *Íd.*, 341:12.

aprobación *previa* del Registro de Comercio no parecería ser un elemento esencial para la validez del aumento de capital⁴⁵¹.

270. Por el contrario, el propio Registro de Comercio confirmó que la aprobación *previa* no resulta esencial: aprobó el aumento de capital de NMM el 28 de agosto de 2001 a pesar de tener pleno conocimiento de que NMM había aumentado su capital *antes* de obtener su aprobación (la del Registro de Comercio) para hacerlo⁴⁵². En efecto, la Resolución No. 1174/2001 se refiere expresamente al acta del 3 de agosto de 2001 y a la escritura pública 210/2001, las cuales muestran claramente que NMM ya había aumentado su capital⁴⁵³. Si el Registro de Comercio hubiera considerado que la aprobación *previa* era un requisito esencial a los fines del aumento de capital, habría denegado la solicitud de aprobación de NMM⁴⁵⁴.
271. En segundo lugar, Bolivia aduce que otra ilegalidad importante⁴⁵⁵ es que los Demandantes defraudaron a los acreedores de Río Grande, ya que Río Grande no percibió pago alguno por la transferencia de sus acciones en NMM. Sin embargo, no hay pruebas que respalden esta afirmación. En su segundo informe de experto, el Profesor Salame manifestó que esta transferencia "podría"⁴⁵⁶ constituir fraude contra los acreedores "si"⁴⁵⁷ su finalidad era evitar pagar las deudas de Río Grande; no obstante, señaló que no contaba con "datos suficientes"⁴⁵⁸ para determinar si se había producido un fraude a la luz de los hechos del caso. En efecto, no se han presentado pruebas en tal sentido. Más aún, no se sabe siquiera con certeza si Río Grande tenía acreedores en absoluto⁴⁵⁹.

⁴⁵¹ A la luz de esta conclusión, no es necesario recurrir al Artículo 822 del Código de Comercio y al Artículo 549 del Código Civil, tal como aduce el Prof. Salame (Tr. 341:14-342:8).

⁴⁵² An. R-126.

⁴⁵³ An. CD-25 y CD-110.

⁴⁵⁴ De conformidad con el Artículo 131 del Código de Comercio, la Dirección de Sociedades por Acciones tenía la facultad de "aprobar o denegar" la solicitud de aumento de capital. Si la solicitud es denegada, la Dirección de Sociedades por Acciones debe manifestar los motivos para que el solicitante pueda subsanar cualquier deficiencia.

⁴⁵⁵ Tr. 528:11-20.

⁴⁵⁶ Salame ER II, párr. 44 (4^{to} punto).

⁴⁵⁷ *Íd.*

⁴⁵⁸ *Íd.*

⁴⁵⁹ En su segundo informe, el Prof. Salame manifestó que "descono[ce]" si Río Grande "tenía deudas en el momento de los hechos" (Salame ER II, párr. 44 (4^{ta} viñeta). Asimismo, en la audiencia, los abogados de la Demandada manifestaron que: "[A]*parentemente* estaban preocupados por las responsabilidades de Río Grande y por eso [los Demandantes] no querían comprar acciones allí" (énfasis agregado)(Tr. 528:15-18).

272. En tercer lugar, Bolivia argumenta que si la transferencia fue a título gratuito, Quiborax debió haber pagado el impuesto a la transferencias a título gratuito conforme al Artículo 99 de la Ley N.º 843, y debió haber registrado la donación en un documento protocolizado⁴⁶⁰. Empero, como concluyó previamente el Tribunal, Quiborax no recibió las acciones en NMM a título gratuito, sino a cambio de un pago⁴⁶¹. Como la condición sobre la que se basa el argumento de la Demandada no se ha cumplido, el Tribunal no advierte ninguna ilegalidad a este respecto.
273. En cuarto lugar, Bolivia aduce subsidiariamente que, si la transferencia *no* constituyó una donación, Quiborax y Allan Fosk debieron haber pagado el impuesto a las transacciones. No obstante ello, la cuestión resulta irrelevante respecto a Allan Fosk, sobre quién el Tribunal ya resolvió que no tiene jurisdicción, y no hay pruebas de que Quiborax estuviera sujeta a este impuesto. En la audiencia, la Demandada citó el Artículo 72 de la Ley No. 843, que establece que determinadas actividades económicas y transferencias gratuitas se encuentran "[gravadas por el impuesto a las operaciones] [...] en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes"⁴⁶². Pero no se han presentado pruebas de que la transferencia de las acciones en NMM a Quiborax cumpliera con tales "condiciones" y se encontrara sujeta al impuesto a las transacciones. Por consiguiente, la Demandada no ha probado su afirmación.
274. En quinto lugar, la Demandada alega que Quiborax no registró un representante legal debidamente facultado para actuar en Bolivia, en violación del Artículo 420 del Código de Comercio. El argumento de la Demandada es que esta omisión invalida la *transferencia* de las acciones. No obstante, tal como lo admite el propio experto legal de la Demandada, Quiborax no tenía obligación de inscribir a un representante legal a fin de adquirir acciones en Bolivia⁴⁶³. Por otra parte, la cuestión de si Quiborax estaba obligada a inscribir a un representante legal para ejercer sus derechos en calidad de accionista es una cuestión que excede el ámbito temporal del requisito de legalidad, ya que se refiere a un período de tiempo ulterior al período en el que se instauró la inversión. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra ninguna ilegalidad relevante en tal sentido.

⁴⁶⁰ Tr. en inglés 67:16-68:14; DPOD, pp. 85-87.

⁴⁶¹ *Ver supra*, Sección 1.3.1(iii) y (iv), y conclusión del tribunal, párr. 192.

⁴⁶² Salame ER I, Anexo 22, Art. 72 (traducción del Tribunal).

⁴⁶³ Acerca de la cuestión de si Quiborax debía inscribirse ante el Registro de Comercio, el Prof. Salame "[c]oncuerd[a] en que la respuesta es negativa " (Salame ER II, párr. 66).

275. En sexto lugar, la Demandada aduce que Río Grande omitió reducir su capital luego de la transferencia de las acciones de NMM, en violación del Artículo 354 del Código de Comercio⁴⁶⁴. No obstante ello, tal omisión sería responsabilidad de Río Grande, no de los Demandantes. Por consiguiente, no hay violación alguna del requisito de legalidad a este respecto.
276. Por consiguiente, ninguno de los seis argumentos planteados por la Demandada demuestran que la transferencia de las acciones en NMM de Río Grande a Quiborax, celebrada el 17 de agosto de 2001, se haya efectuado en violación del derecho boliviano. En igual sentido, ninguno de esos argumentos demuestra que las transferencias de acciones en NMM realizadas el 4 y el 10 de septiembre de 2001 se hayan realizado en violación del derecho boliviano. El Tribunal analizará los restantes alegatos de la Demandada relativos al requisito de legalidad.
277. En séptimo lugar, la Demandada alega que el Sr. Fosk mintió en avalar que estuvo en La Paz en el acta del 27 de enero de 2003. La Demandada no ha explicado qué norma se violaría por esta afirmación errónea. Por otra parte, cualquier violación en tal sentido excedería el alcance temporal del requisito de legalidad, ya que se habría cometido *después* de efectuada la inversión. Por último, este argumento es en todo caso irrelevante porque el Tribunal no tiene jurisdicción sobre Allan Fosk.
278. En octavo lugar, la Demandada alega que los Demandantes omitieron pagar el impuesto a las ganancias de las sociedades para los beneficiarios extranjeros. Sin embargo, las pruebas contradicen esta afirmación. En efecto, las pruebas indican que NMM declaró dividendos por primera vez el 3 de diciembre de 2003⁴⁶⁵, y luego procedió a pagar el impuesto a las ganancias de sociedades para beneficiarios extranjeros (Quiborax y Allan Fosk) cuando se distribuyeron esos dividendos en 2004⁴⁶⁶. Por consiguiente, las pruebas niegan cualquier afirmación de ilegalidad en tal sentido.
279. En noveno lugar, la Demandada aduce que los Demandantes violaron las normas relativas a la inscripción de las concesiones mineras. No obstante, los Demandantes inscribieron las concesiones mineras ante el Registro de Minería y el Registro de la Propiedad Inmueble en diciembre de 2001⁴⁶⁷, y no hay evidencia de que sea necesaria

⁴⁶⁴ Tr. 69:4-10; Salame ER II, párr. 44 (3^{er} punto).

⁴⁶⁵ An. CD-118.2.

⁴⁶⁶ An. CD-149 y CD-150, donde se adjuntan los formularios de impuestos F-54.

⁴⁶⁷ Salame ER I, párr. 68.

la inscripción previa a la transferencia. Por el contrario, el Tribunal concuerda con el experto legal de los Demandantes, el Prof. Rosenkrantz, en que, de conformidad con el Artículo 823 del Código de Comercio⁴⁶⁸, la inscripción de las concesiones mineras no es un requisito para la validez de la transferencia, sino que simplemente garantiza su oponibilidad a terceros, es decir, la publicidad de la transferencia a terceros⁴⁶⁹. En otras palabras, la omisión de inscribir la transferencia por adelantado no viola norma alguna, sino que simplemente torna la transferencia inoponible a terceros hasta el momento de la inscripción. Por lo tanto, no hay ilegalidad alguna a este respecto.

280. En décimo lugar, la Demandada alega que los Demandantes violaron las reglas relativas a la precisión de los estados contables de Río Grande y de NMM. La Demandada ha omitido explicar qué disposición del derecho boliviano habrían violado los Demandantes en este sentido y, por consiguiente, no han logrado fundar esta afirmación. Asimismo, los Demandantes no eran responsables por los estados contables de Río Grande, y, por lo tanto, por cualquier error que contuvieran. Por último, si bien los Demandantes admitieron que los estados contables de NMM correspondientes al ejercicio 2001 contenían un error⁴⁷⁰, la evidencia sugiere que el error no fue deliberado sino que fue producto de un descuido. Por lo tanto, el Tribunal considera que, en la medida que tal error hubiera constituido una violación del derecho boliviano, habría sido un incumplimiento trivial y, por consiguiente, excedería el alcance del requisito de legalidad en razón de la materia.

281. En onceavo y último lugar, la Demandada alega que los Demandantes habrían violado las normas respecto del contenido del registro de accionistas. Entre otras cosas, la Demandada alega que, además del secretario, el presidente de NMM también debió haber firmado cada una de las anotaciones en el registro de accionistas. Con fundamento en el Artículo 9 del Estatuto de NMM⁴⁷¹, el Tribunal considera que bastaba con la firma del secretario. Más importante aún es que el Tribunal considera que, incluso si los Demandantes hubieran violado una norma respecto del manejo del registro de accionistas, un documento claramente interno con escaso valor probatorio, una tal violación sería trivial y, por tanto, excedería el alcance del requisito de legalidad en razón de la materia.

⁴⁶⁸ En concordancia con el testimonio del Prof. Rosenkrantz, el Prof. Salame también declaró que el Artículo 823 del Código de Comercio rige la cuestión de los efectos de la inscripción frente a terceros (Salame ER I, párr. 63).

⁴⁶⁹ Tr. 430:20:431:1, 434:2-5.

⁴⁷⁰ *Íd.*, pág. 538:13-18.

⁴⁷¹ An. R-12, Artículo 9. El Tribunal no considera que el Artículo 46 del Estatuto de NMM establece lo contrario.

282. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que Bolivia no ha demostrado que los Demandantes hayan violado el requisito de legalidad. Por consiguiente, el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre la inversión de los Demandantes.

D. OBJECCIÓN A LA ADMISIBILIDAD

283. Además de las objeciones a la jurisdicción, Bolivia también objeta la admisibilidad de los reclamos de los Demandantes en razón de que Quiborax y Allan Fosk ocultaron su participación en NMM, lo que a su juicio es un abuso de nacionalidad contrario al principio de buena fe. Los Demandantes niegan que Quiborax y Allan Fosk hayan ocultado su condición de accionistas en NMM antes de la revocación de las concesiones mineras. Las posiciones de las Partes se elaborarán en mayor detalle a continuación.

1. Posición de la Demandada

284. Incluso si el Tribunal determinara contra todas las probabilidades que tiene jurisdicción sobre los reclamos de los Demandantes, estos reclamos resultan de todos modos inadmisibles porque los Demandantes violaron el principio de buena fe de dos maneras distintas. En primer lugar, los Demandantes cometieron un abuso de nacionalidad al ocultar que los accionistas controlantes de NMM (Quiborax y Allan Fosk) eran chilenos. En segundo lugar, los Demandantes cometieron un abuso de proceso ya que fabricaron las condiciones para establecer la jurisdicción ante el CIADI. Puesto que ambos abusos son contrarios al principio de buena fe, los reclamos de los Demandantes resultan inadmisibles⁴⁷².

285. En relación con el primer argumento, los Demandantes tenían la obligación conforme al derecho internacional de revelar la nacionalidad chilena de los accionistas de NMM⁴⁷³. No obstante, los Demandantes ocultaron la participación mayoritaria de Quiborax y de Allan Fosk en NMM. Los artículos periodísticos presentados por los Demandantes no contradicen las acusaciones de ocultamiento, porque estos artículos se refieren simplemente a "conexiones" entre Quiborax y NMM, y no a las acciones o a la participación en la sociedad. Cabe destacar que la falta de pruebas en los registros públicos de que Quiborax y Allan Fosk eran accionistas de NMM ratifica que los Demandantes ocultaron su nacionalidad⁴⁷⁴.

⁴⁷² OJ, párrs. 231-237.

⁴⁷³ Réplica, párrs. 238-246.

⁴⁷⁴ *Íd.*, párrs. 232-237.

286. Puesto que los Demandantes ocultaron su nacionalidad, han perdido la posibilidad de invocar el Tratado por tres motivos. En primer lugar, los tribunales internacionales han resuelto uniformemente que en aquellos casos en los que nacionalidad es un requisito para el planteo de un reclamo internacional, el abuso de nacionalidad resulta en la inadmisibilidad del reclamo (*Flegenheimer c. República de Italia*). En segundo lugar, los tribunales del CIADI han reconocido que el ocultar la propia nacionalidad resulta contrario a la buena fe (*Desert Line c. Yemen*). En tercer lugar, debido al ocultamiento de los Demandantes, la Demandada no pudo adaptar su conducta a los preceptos Tratado (*Aucoven c. Venezuela, Saluka c. República Checa y Burlington c. Ecuador*)⁴⁷⁵.
287. En segundo lugar, los reclamos resultan inadmisibles porque los Demandantes incurrieron en un abuso de proceso. Por un lado, los Demandantes fabricaron pruebas a fin de poder invocar las protecciones del Tratado. Estos actos constituyen un fraude bajo el Tratado. Por otra lado, los Demandantes abusaron del sistema del CIADI al ocultar la participación de Quiborax y Allan Fosk en NMM, al revelar esta participación sólo una vez que había surgido la controversia, y al no demostrar que habían realizado contribución alguna en NMM. En síntesis, los Demandantes abusaron del sistema de arbitraje del CIADI⁴⁷⁶. Por consiguiente, los reclamos deben ser declarados inadmisibles.

2. La Posición de los Demandantes

288. Contrariamente a lo que alega la Demandada, los Demandantes no tenían ninguna obligación bajo el derecho internacional de informar a la Demandada que los accionistas de NMM, Quiborax y Allan Fosk, eran chilenos. En todo caso, las pruebas demuestran que los Demandantes no ocultaron la nacionalidad chilena de los accionistas mayoritarios de NMM. Cabe destacar que la afirmación de la Demandada se contradice abiertamente con la teoría que condujo a la condena penal de David Moscoso en Bolivia⁴⁷⁷. Asimismo, los Demandantes no fabricaron las condiciones para acceder al arbitraje del CIADI⁴⁷⁸. De lo anterior se desprende que sus reclamos son admisibles.

⁴⁷⁵ OJ, párrs. 238-252; Réplica, párrs. 243-244.

⁴⁷⁶ OJ, párrs. 253-271.

⁴⁷⁷ MC, párrs. 168, 180. Los Demandantes aducen que la convicción del Sr. Moscoso se basó en la teoría de que Quiborax y Allan Fosk *no eran* accionistas de NMM y que fabricaron pruebas para dar la impresión contraria; por su parte, el alegato de ocultamiento de la Demandada se basa sobre la premisa fáctica opuesta: que Quiborax y Allan Fox *eran* accionistas de NMM.

⁴⁷⁸ *Íd.*, párrs. 167-168.

289. En primer lugar, los Demandantes no tenían obligación bajo el derecho internacional de informar a Bolivia que Quiborax y Allan Fosk eran nacionales de Chile⁴⁷⁹. Los Demandantes adquirieron sus inversiones a través de una serie de transacciones privadas. En tal sentido, no era necesaria la aprobación ni la intervención de la Demandada, ya que los Demandantes no tuvieron "oportunidad ni obligación"⁴⁸⁰ de informar a la Demandada de la nacionalidad de los accionistas mayoritarios de NMM. Los casos *Aucoven* y *Saluka* que cita la Demandada son inaplicables porque, en esos casos, la inversión dependía de condiciones determinadas por el Estado receptor, lo cual no sucede en el presente caso.
290. De todos modos, los hechos demuestran que los Demandantes no ocultaron la nacionalidad chilena de los accionistas mayoritarios de NMM. Era de público conocimiento que nacionales chilenos detentaban una participación en NMM, tal como surge de varios artículos periodísticos publicados por los medios bolivianos. Asimismo, los Demandantes registraron su inversión en Chile, tanto ante el Banco Central como ante el Servicio de Impuestos Internos de Chile. Por último, lejos de ser una cuestión desconocida, Bolivia expropió la inversión de los Demandantes precisamente porque NMM tenía accionistas chilenos⁴⁸¹. Por consiguiente, los casos citados por la Demandada (*Flegenheimer*, *Desert Line*) resultan inaplicables porque los Demandantes no ocultaron su nacionalidad⁴⁸².
291. En segundo lugar, los Demandantes no fabricaron las condiciones para poder acceder al arbitraje internacional de inversiones. Los Demandantes sólo podrían haber fabricado las condiciones para acceder a la jurisdicción ante el CIADI si hubieran actuado en connivencia con el Banco Central de Chile, las autoridades impositivas de Chile, PricewaterhouseCoopers, los notarios bolivianos, los abogados y el personal administrativo del estudio Rojas, los empleados de Quiborax, Río Grande, los hermanos Ugalde y David Moscoso. Esto resulta simplemente inverosímil⁴⁸³. Igualmente inverosímil es la estrategia de la Demandada de cuestionar y buscar faltas en cualquier documento en el que se muestre que Quiborax y Allan Fosk eran

⁴⁷⁹ Dúplica, párr. 65.

⁴⁸⁰ *Íd.*, párr. 66 (traducción del Tribunal.)

⁴⁸¹ MC, párrs. 169-171.

⁴⁸² *Íd.*, párrs. 174-176.

⁴⁸³ Dúplica, párr. 38.

accionistas de NMM, como por ejemplo el registro de accionistas de NMM, los títulos accionarios de NMM y las actas del 17 de agosto y el 13 de septiembre de 2001⁴⁸⁴.

3. Análisis

292. El Tribunal debe determinar si los reclamos de los Demandantes resultan inadmisibles en razón de que habrían violado el principio de buena fe al incurrir en un abuso de nacionalidad y en un abuso de proceso.
293. En primer lugar, Bolivia aduce que los Demandantes incurrieron en un abuso de nacionalidad porque violaron su obligación, con base en el derecho internacional, de revelar la nacionalidad chilena de los accionistas mayoritarios de NMM, Quiborax y Allan Fosk. En sustento de esta afirmación, cita *Flegenheimer c. República de Italia*⁴⁸⁵, una decisión sobre la que ambas Partes se han concentrado, y en la que la Comisión de Conciliación de Italia-Estados Unidos sostuvo:

"En la jurisprudencia internacional uno encuentra decisiones [...] en las que se le permite al estado demandado objetar la admisibilidad de una acción jurídica dirigida contra éste por el Estado nacional de la parte supuestamente perjudicada, en los casos en los que esta última omitió indicar su verdadera nacionalidad, o la ocultó, o invocó una nacionalidad distinta al momento del hecho que dió lugar a la controversia [...]" (énfasis agregado).⁴⁸⁶

294. El Tribunal no está convencido de que esta afirmación apoye la proposición de que el inversionista se encuentra obligado a informar al Estado receptor de su nacionalidad antes, y por ende independientemente de que surja una controversia o no. Sí da apoyo a la idea que un inversor no debe mentir con respecto a su nacionalidad ("omi[sión de] indicar la verdadera nacionalidad") o tomar medidas activas para ocultarla ("ocult[amiento]"). Esto no significa que el inversionista tenga la obligación positiva de notificar al Estado receptor de su nacionalidad. Por lo demás, la afirmación se centra en "[e]l momento del hecho que dió lugar a la controversia"⁴⁸⁷.
295. La referencia a *Burlington c. Ecuador* de la Demandada es igualmente desacertada. En *Burlington*, el tribunal sostuvo que, una vez que surge una controversia, las disposiciones específicas del Tratado requerían que el inversionista informase al estado receptor de cualquier acusación de que se había incumplido con el Tratado antes de someter la controversia a arbitraje internacional, a fin de ofrecer al Estado la

⁴⁸⁴ MC, párrs. 181-193.

⁴⁸⁵ *Albert c. República de Italia*, Decisión, 20 de septiembre de 1958, págs. 378-379 (traducción del Tribunal).

⁴⁸⁶ *Íd.*, pág. 378 (traducción del Tribunal).

⁴⁸⁷ *Íd.* (traducción del Tribunal).

oportunidad de tomar acciones correctivas para evitar potencial responsabilidad internacional⁴⁸⁸. Esta decisión presupone una "controversia" entre las partes⁴⁸⁹. El argumento de Bolivia de que, como una cuestión de principio, el inversionista debería informar al Estado receptor de su nacionalidad antes de que surja la controversia, e independientemente del lenguaje específico del Tratado, no encuentra sustento en la decisión en *Burlington*, cuyo alcance es considerablemente más limitado. Asimismo, los Demandantes sí argumentaron que se violó el Tratado no bien surgió la diferencia, de modo que se ofreció a Bolivia la oportunidad de tomar acciones correctivas y evitar potencial responsabilidad internacional⁴⁹⁰.

296. En todo caso, no hay pruebas de que los Demandantes hayan ocultado la participación de Quiborax o de Allan Fosk en NMM. Tal como se señaló previamente, los Demandantes presentaron pruebas anteriores al origen de la controversia del Registro de Comercio de Bolivia. Este registro a disposición del público tenía una anotación en la cual Allan Fosk figura como representante legal de NMM⁴⁹¹, y el acta de una reunión de accionistas en la que figuran Quiborax, Allan Fosk y David Moscoso como accionistas de NMM⁴⁹². De igual modo, los artículos periodísticos de junio de 2004 sugieren que existía cierto grado de conocimiento público sobre la estrecha relación entre Quiborax y NMM, dado que se hace referencia a "capitales chilenos", "accionistas chilenos" y "socios chilenos"⁴⁹³.
297. En segundo lugar, Bolivia alega que los Demandantes incurrieron en un abuso de proceso porque fabricaron las condiciones para establecer la jurisdicción ante el CIADI. En la Sección V(C)(1), el Tribunal ya concluyó que los Demandantes no fabricaron pruebas ni cometieron fraude con el fin de acceder al arbitraje del CIADI. Dado que Bolivia se basa en los mismos hechos y pruebas para sustentar su alegato en el contexto de esta objeción, el análisis de la Sección V(C)(1) se aplica también

⁴⁸⁸ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párrs. 335, 338.

⁴⁸⁹ *Íd.*, párr. 331.

⁴⁹⁰ Carta de Allan Fosk al Presidente de Bolivia (An. CD-58).

⁴⁹¹ An. CD-119.

⁴⁹² An. CD-158 y CD-118.1.

⁴⁹³ Los artículos periodísticos de Bolivia hacen referencia a la relación entre NMM y Quiborax o Chile en los siguientes términos: la "alianza entre la empresa [NMM] y la chilena [Quiborax]"; "[NMM] tiene capitales chilenos"; "el representante de [NMM] es el chileno Allan Henry Isaac Fosk Kaplun, mientras que la junta directiva se nombró en una asamblea celebrada en las oficinas de la sociedad chilena [Quiborax]"; "la empresa chilena Non Metallic"; NMM es una empresa boliviana "aunque hay accionistas chilenos minoritarios vinculados a la empresa Quiborax"; NMM funciona con "socios chilenos y bolivianos" (An. CD-148).

aquí. Por ello, de conformidad con su conclusión anterior, el Tribunal entiende que los Demandantes *no* abusaron del sistema de arbitraje de inversiones del CIADI.

298. En conclusión, el Tribunal juzga que los Demandantes no incurrieron en un abuso de nacionalidad o en un abuso de proceso. Por ello, los Demandantes no violaron el principio de buena fe y sus reclamos son por tanto admisibles.

E. SOLICITUD DE SENTENCIA DECLARATIVA CON ARREGLO AL ARTÍCULO 37 DE LOS ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Posición de los Demandantes

299. De conformidad con el Artículo 37 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado (los “Artículos”), los Demandantes solicitan al Tribunal que declare formalmente que “la conducta de la Demandada en el presente arbitraje constituye una violación de sus obligaciones internacionales establecidas en el [Convenio del CIADI] y de su obligación de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe”⁴⁹⁴. Esta es una forma permisible de satisfacción conforme al Artículo 37 de los Artículos, y que forma parte de las facultades implícitas del Tribunal.
300. Las solicitudes se basan en los siguientes hechos: (i) la Demandada no suspendió el caso penal en Bolivia; (ii) la Demandada utilizó el caso penal en beneficio propio en este arbitraje; (iii) la negativa de la Demandada a sufragar su porción de los costos del arbitraje; y (iv) las falsas acusaciones de la Demandada de que los Demandantes cometieron fraude⁴⁹⁵.
301. La Demandada ha cometido un acto internacionalmente ilícito en los términos del Artículo 2 de los Artículos. Esta disposición exige (i) que el acto sea atribuible al Estado, y (ii) que el acto constituya una violación de una obligación internacional del Estado. En este caso se han cumplido los dos elementos. En primer lugar, los actos de la Demandada en este arbitraje son atribuibles al Estado de Bolivia. En segundo lugar, Bolivia ha incumplido sus obligaciones internacionales conforme al Convenio del CIADI y su obligación de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe⁴⁹⁶. Por consiguiente, los Demandantes tienen derecho a una reparación integral de los daños causados conforme a los Artículos 31 y 34 de los Artículos.

⁴⁹⁴ SCD, párr. 1 (traducción del Tribunal).

⁴⁹⁵ *Íd.*, Sección II.

⁴⁹⁶ *Íd.*, párrs. 63-65.

302. La reparación integral se efectuará mediante restitución, compensación o satisfacción. Sin embargo, la restitución y la compensación no son soluciones adecuadas en este caso. Más bien, el resarcimiento adecuado debe ser una declaración de que la conducta de Bolivia en este arbitraje constituye un acto internacionalmente ilícito. Como resultado de tal declaración, la Demandada debería cesar su conducta ilegal⁴⁹⁷. Al mismo tiempo, como el arbitraje aún continúa, entre otras circunstancias, los Demandantes "aceptan que incumbe al Tribunal decidir si resolverá la solicitud de los Demandantes de una sentencia declarativa como parte de su Decisión sobre Jurisdicción o como parte de su Laudo final"⁴⁹⁸.
303. En síntesis, los Demandantes solicitan al Tribunal que declare que "la conducta de la Demandada en el presente arbitraje constituye una violación de sus obligaciones internacionales bajo el Convenio del CIADI y de su obligación de conducirse en el arbitraje con integridad y buena fe"⁴⁹⁹.

2. Posición de la Demandada

304. Bolivia aduce que la solicitud de los Demandantes de una declaración conforme al Artículo 37 es prematura. El Tribunal no puede admitir la solicitud de los Demandantes "antes del laudo sobre el fondo"⁵⁰⁰. Asimismo, como el Tribunal sólo autorizó a los Demandantes a hacer una presentación conforme al Artículo 37 de los Artículos, cualquier solicitud de resarcimiento que exceda el alcance del Artículo 37 resulta inadmisibile⁵⁰¹.
305. Por otra parte, incluso si el Tribunal admitiera la solicitud de los Demandantes sobre este punto, debería concluir que (i) carece de la facultad de otorgar el resarcimiento punitivo que solicitan los Demandantes, y (ii) que el resarcimiento del Artículo 37 no se encuentra a disposición de los inversionistas⁵⁰².

⁴⁹⁷ *Íd.*, párrs. 66-90.

⁴⁹⁸ *Íd.*, párr. 91 (traducción del Tribunal).

⁴⁹⁹ *Íd.*, párr. 92 (traducción del Tribunal).

⁵⁰⁰ CCD, párr. 21 (traducción del Tribunal).

⁵⁰¹ *Íd.*, párrs. 24-28.

⁵⁰² *Íd.*, Sección 3.

306. En todo caso, la solicitud de los Demandantes carece de sustento probatorio. Específicamente, los Demandantes no demostraron que el proceso penal en Bolivia de algún modo violó el Artículo 47 del Convenio del CIADI, privó a los Demandantes de obtener la declaración de posibles testigos, o fue utilizado ilícitamente por Bolivia para generar pruebas para este arbitraje. No han probado tampoco que la falta de pago de parte de los anticipos de los costos del arbitraje viole el Convenio del CIADI, ni que las objeciones jurisdiccionales de Bolivia violen su deber de buena fe⁵⁰³.
307. En síntesis, la solicitud de los Demandantes (i) es prematura e (ii) inadmisibles en la medida en que excede el ámbito de compensación bajo el Artículo 37 de los Artículos. Subsidiariamente, (iii) el Tribunal no tiene la facultad de otorgar este resarcimiento punitivo, y (iv) los inversionistas no pueden invocar el resarcimiento contemplado en el Artículo 37 de los Artículos. También subsidiariamente, (v) las pruebas no apoyan la solicitud de los Demandantes, y (vi) Bolivia no ha violado ninguna obligación internacional, ni causado daño alguno a los Demandantes que no fuese susceptible de resarcimiento mediante una indemnización monetaria⁵⁰⁴.

3. Análisis

308. Los Demandantes "aceptan que incumbe al Tribunal decidir si resolverá la solicitud de los Demandantes de una sentencia declarativa como parte de su Decisión sobre Jurisdicción o como parte de su Laudo final"⁵⁰⁵. A su vez, la Demandada sostiene que considerar esta solicitud "antes del laudo sobre el fondo"⁵⁰⁶ sería prematuro. Puesto que este arbitraje procederá a la etapa sobre el fondo, y tomando en cuenta las posiciones de las Partes sobre la cuestión, el Tribunal estima que en efecto sería más apropiado considerar la solicitud de los Demandantes de una sentencia declarativa con arreglo al Artículo 37 de los Artículos en el laudo final.

⁵⁰³ *Íd.*, Sección 4.

⁵⁰⁴ *Íd.*, párr. 157.

⁵⁰⁵ SCD, párr. 91 (traducción del Tribunal).

⁵⁰⁶ CCD, párr. 21 (traducción del Tribunal).

VI. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

309. Por los motivos expuestos precedentemente, el Tribunal:

- A. En cuanto a la jurisdicción:
 - 1. Declara que tiene jurisdicción sobre los reclamos de Quiborax y de NMM;
 - 2. Declara que no tiene jurisdicción sobre los reclamos de Allan Fosk;
- B. En cuanto a la admisibilidad:
 - 1. Declara admisible la declaración testimonial de Ricardo Ramos;
 - 2. Declara admisibles las objeciones de Bolivia a la jurisdicción y las pruebas que surgen del proceso penal en Bolivia;
 - 3. Declara admisibles los reclamos de Quiborax y de NMM;
- C. En cuanto a los próximos pasos procesales:
 - 1. Tomará las medidas necesarias para que el procedimiento prosiga a la etapa sobre el fondo mediante una resolución procesal que se emitirá previa consulta con las Partes;
 - 2. Difiere la consideración de la solicitud de los Demandantes de una sentencia declarativa con arreglo al Artículo 37 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado la que será resuelta más adelante;
 - 3. Reserva la decisión sobre costos para una instancia ulterior.

[firmado]

Hon. Marc Lalonde
Árbitro
Fecha: 3 Septiembre 2012

[firmado]

Prof. Brigitte Stern
Árbitro
Fecha: 28 agosto 2012

[firmado]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal Arbitral

Fecha: 27 agosto 2012