

DECLARACIÓN SOBRE COSTOS

PROFESOR PHILIPPE SANDS KC

1. Estoy completamente de acuerdo con las conclusiones del Laudo sobre Daños.
2. Al no haber prosperado la Demandante en su reclamación sobre Daños, el Laudo podría posiblemente ordenar a la Demandante el pago de los honorarios legales razonables y otros costos incurridos por la Demandada. Sin embargo, la Demandante ha prosperado, en parte, en sus reclamaciones relativas a cuestiones sobre Jurisdicción (por unanimidad) y aspectos de Responsabilidad (por mayoría de votos). Por este motivo, estoy de acuerdo en que es razonable que cada Parte sufrague la mitad de las costas del procedimiento, y cubra sus propios honorarios legales y otros gastos.
3. Esto podría dar por concluida la cuestión, pero es necesario decir algo sobre los costos legales incurridos por las Partes en este procedimiento.
4. La Demandada ha incurrido en costos totales de poco menos de USD 6,3 millones. Esta suma es ligeramente superior a los costos promedio de demandados en procedimientos entre inversionistas y Estados¹, pero, dadas las diversas etapas del procedimiento y el tiempo que insumieron, se encuentra dentro de los límites de lo razonable.
5. La Demandante, por otra parte, ha incurrido en costos totales de poco menos de USD 33,3 millones. Bajo cualquier criterio razonable, esta es una cifra asombrosa. Sobre la base de los hechos y en un contexto medioambiental en el que cualquier abogado razonable debería haber advertido a la Demandante sobre el riesgo serio de fracaso, el monto es inapropiado. Al haber participado como abogado en decenas de casos entre inversionistas y Estados, y un número igual como abogado en casos entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, que a menudo involucraban asuntos de mucha mayor complejidad pero litigados a un costo mucho menor, me cuesta entender cómo es posible acumular tales costas legales. A modo de comparación, un informe de 2021 determinó que los costos promedio para los demandantes en controversias entre inversionistas y Estados fueron USD 6,4 millones, es decir, alrededor del 20% de los costos de la Demandante en este procedimiento².
6. Hay mucho que podría decirse acerca de la decisión de gastar semejante suma de dinero en un caso con posibilidades de éxito tan limitadas. Solo haré dos comentarios.
7. El *primero* se refiere a los gastos incurridos para contratar los servicios de Compass Lexecon, por un monto de USD 2.885.733,87. Compass Lexecon preparó dos informes para el caso. Uno de 88 páginas y el otro de 70. Los redactores principales de estas

¹ BIICL-Allen & Overy, '2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration' (2021), págs. 9-15, el cual concluye que los costos promedio para los demandados en el año 2021 fueron USD 4,7 millones.

² *Ibid.*

páginas fueron interrogados en la audiencia sobre daños durante no más de un día. Valoraron las pérdidas sufridas por la Demandante en USD 696 millones. La mayoría de los miembros del Tribunal resolvió que “no puede otorgar indemnización por daños derivados de la violación del Artículo 805 por parte de Colombia, ni por costos de remediación”. Del Laudo sobre Daños se desprende que el Tribunal no obtuvo asistencia alguna del trabajo de esa empresa.

8. En este sentido, cabe destacar que, en el párrafo 920(4)(d) de su Decisión sobre Cuantificación de Daños, el Tribunal dirigió una pregunta específica a ambas partes: ‘¿Cómo puede valorarse la pérdida de oportunidad de Eco Oro de solicitar una licencia ambiental para poder desarrollar actividades de explotación? ¿Sobre qué base debe cuantificarse, en su caso, esa pérdida?’³. Ni la Demandante ni Compass Lexecon ofrecieron asistencia material al Tribunal que le permitiera responder la pregunta que formuló. Quizá Compass Lexecon recibió instrucciones de no responder la pregunta. Quizá Compass Lexecon no pudo responder la pregunta. Quizá Compass Lexecon sabía que la respuesta a la pregunta era: cero. Por USD 2,8 millones, no es irracional que un Tribunal espere obtener una respuesta a la pregunta. De hecho, la falta de respuesta al Tribunal con respecto a esta pregunta dificultó su tarea y contribuyó a la duración de la fase de cuantificación de daños.
9. El *segundo* se refiere a la solicitud de la Demandante de que se le reembolse ‘una porción de los costos en que Eco Oro tuvo que incurrir para obtener el financiamiento necesario para promover el arbitraje’⁴ [Traducción del Profesor Sands]. Según se afirma, esta porción asciende a USD 4.492.899,48. Dado que el Tribunal se ha negado a emitir una orden a favor de la Demandante, esta reclamación se desestima y no se expresa opinión alguna con respecto al principio de si dichos costos podrían haberse incluido en una orden.
10. Sin embargo, la solicitud de la Demandante plantea cuestiones en torno al financiamiento de procedimientos como este, incluso por parte de terceros. La Demandante manifestó que ‘de no ser por el financiamiento por terceros, no habría tenido los recursos necesarios para interponer sus reclamaciones contra Colombia’⁵. En este caso, el financiamiento por terceros incluyó un respaldo financiero en la suma de una inversión en la Demandante de USD 14 millones, provista por Trexs Investments, LLC, una entidad administrada por Tenor Capital Management Company, L.P.⁶. Esta inversión otorgaba al inversionista el derecho a percibir hasta el ‘51% del producto bruto del Arbitraje’⁷ [Traducción del Profesor Sands].
11. Hay quienes afirman que el financiamiento por terceros tiene un rol importante en garantizar que las partes con recursos limitados puedan interponer reclamaciones y hacer valer sus derechos. Eso puede ser cierto en algunos casos pero, en mi opinión, en este caso no se puede invocar esa justificación. Tengo serias preocupaciones con

³ Laudo sobre Daños, párrs. 134 y ss.

⁴ Presentación sobre Costos de la Demandante, 8 de marzo de 2024, párr. 13.

⁵ *Ibid.*, párr. 17.

⁶ *Ibid.*, párr. 18, Eco Oro Minerals Corp., Comunicado de Prensa intitulado “*Eco Oro Minerals Announces Investment by Tenor Capital*”, 22 de julio de 2016, **R-1**; disponible en <https://www.juniorminingnetwork.com/junior-miner-news/press-releases/880-cse/eom/22636-eco-oro-minerals-announces-investment-by-tenor-capital.html>.

⁷ *Ibid.*

respecto a tales acuerdos. El objetivo primordial de los procedimientos entre inversionistas y Estados es permitir a los demandantes interponer reclamaciones y recuperar pérdidas cuando el Estado receptor ha incumplido sus obligaciones relativas a inversiones. Sin embargo, existe un riesgo real de que ese propósito se vea subvertido cuando las reclamaciones son controladas o dirigidas por un tercero financiador que no tiene relación previa alguna con la presunta inversión o con el Estado receptor. El riesgo es aún mayor cuando el tercero financiador tiene derecho a recuperar una proporción significativa, o incluso la mayor parte, de la compensación otorgada por un tribunal, y no está obligado a contribuir a los costos de la parte contraria si la reclamación no prospera. El Dr. Kamal Hossain expuso claramente este argumento en su opinión disidente en *Teinver c. Argentina*:

“El TBI no tiene por objeto permitir el pago de laudos a terceros financistas que no sean ‘inversores’ y que no tengan ningún tipo de ‘inversión’ protegida, y que sólo se hayan encontrado en [la controversia] para anticipar fondos y así especular sobre el resultado de un arbitraje en trámite”⁸.

12. Celebro el avance hacia una mayor transparencia de los acuerdos de financiamiento por terceros, así como la consideración por parte del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre una serie de cuestiones relacionadas, incluidas las condiciones sobre la disponibilidad de financiamiento por terceros⁹, si bien estas iniciativas puedan hacer demasiado poco, demasiado tarde. La actual incapacidad de los tribunales de tomar decisiones sobre costos contra terceros financiadores es un tema real y serio, y ha suscitado la preocupación de los árbitros en casos anteriores¹⁰. En mi opinión, la creación de un “Nirvana del apostador”¹¹ al permitir que terceros financiadores utilicen la solución de controversias entre inversionistas y Estados como medio de especulación financiera, sin posibilidad alguna de tomar decisiones sobre costos contra dichos financiadores, es muy problemática. Dichos financiadores pueden tener una participación significativa en la sustanciación de procedimientos que pueden resultar onerosos, prolongados y delicados¹². Su participación puede incrementar los costos del procedimiento. Por ese motivo, como cuestión de principio, un tribunal debería poder emitir un pronunciamiento sobre costas en contra de un tercero financiador. Tampoco veo ningún motivo, como cuestión de principios, por el cual la parte vencedora no podría iniciar acciones legales—en los foros que se encuentren disponibles, a nivel nacional o internacional—para recuperar sus costos contra un tercero financiador que ha contribuido a incurrir en gastos significativos en reclamaciones infructuosas. Esos

⁸ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Opinión Disidente de Kamal Hossain, 13 de julio de 2017, párr. 72.

⁹ Véase, por ejemplo, Regla 14 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (adoptadas en el año 2022); CNUDMI, ‘Informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor realizada en su 43^{er} período de sesiones’ (7 de octubre de 2022) UN Doc. A/CN.9/1124, pág. 26; CNUDMI, ‘Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados: Proyecto de disposiciones sobre la reforma procesal’ (11 de julio de 2022) UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.219, págs. 13-24.

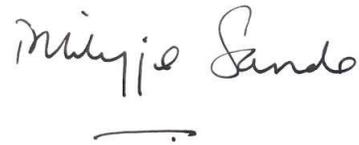
¹⁰ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Opinión Concurrente de Gavan Griffith sobre la Solicitud de Garantía de Costos de Santa Lucía, 13 de agosto de 2014, párrs. 13-14.

¹¹ *Ibid.*

¹² Informe sobre la Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional del Grupo de Trabajo conjunto del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA, por sus siglas en inglés)—Universidad Queen Mary (2018), pág. 28.

enfoques gozan cada vez más de aceptación en los tribunales locales e instituciones de arbitraje individuales¹³.

13. Los procedimientos de arbitraje de este tipo son una forma de 'justicia' privatizada. El procedimiento puede resultar costoso, en especial, cuando se requieren conocimientos especializados. Sin embargo, corresponde sin duda a todos los participantes del sistema tener presente su mandato original y aspiracional: ofrecer un sistema eficaz y justo de solución de controversias graves entre inversionistas extranjeros y Estados receptores, de un modo eficiente, redituable y acorde a las normas consensuadas por los Estados. Quienes lo diseñaron y lo pusieron en práctica tuvieron buenas intenciones. No se concibió como un sistema para aprovechar la especulación financiera y las ganancias financieras por parte de terceros. Me temo que un caso como este, que conlleva altos costos financieros y de recursos humanos, y que no podría haberse presentado sin el respaldo de un tercero financiador, servirá para socavar la confianza en un sistema importante y fomentará percepciones de que carece de legitimidad esencial y, sin una reforma fundamental, no tardará en tomar el rumbo del arbitraje entre inversionistas y Estados conforme al TLCAN y al Tratado sobre la Carta de la Energía.



Philippe Sands

4 de abril de 2024

¹³ Véase, por ejemplo, *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc. & Ors* [2016] EWCA Civ 1144; Artículo 35 de las Reglas de Arbitraje del SIAC de 2017.