

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

SILVER BULL RESOURCES, INC.

Demandante

c.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/23/24)

**DECISIÓN SOBRE LA PROPUESTA DE LA DEMANDANTE DE
RECUSAR AL PROF. PHILIPPE SANDS KC**

Miembros del Tribunal

Sr. Ian Glick KC, Presidente del Tribunal

Sr. Stephen L. Drymer, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Celeste E. Salinas Quero

Fecha: Lunes, 21 de octubre de 2024

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de la Demandante

Sr. Timothy L Foden
Boies Schiller Flexner (UK) LLP
5 New Street Square
Londres EC4A 3BF
Reino Unido

y

Sr. Ben Love
Sr. Nicolás Caballero Hernández
Sra. Ana Fernández Araluce
Boies Schiller Flexner LLP
55 Hudson Yards
20th Floor
Nueva York, NY 10001
Estados Unidos de América

y

Sra. Kristen Young
1401 New York Ave, NW
Washington, DC 20005
Estados Unidos de América

En representación de la Demandada

Sr. Alan Bonfiglio Ríos
Sr. Rafael Alejandro Augusto Arteaga
Farfán
Sra. Erin Mireille Castro Cruz
Sra. Pamela Hernández
Subsecretaría de Comercio Exterior
Dirección General de Consultoría Jurídica
de Comercio Internacional
Secretaría de Economía
Pachuca No. 189, Piso 7
Colonia Condesa
Demarcación Territorial Cuauhtémoc
Ciudad de México, C.P. 06140
Estados Unidos Mexicanos

y

Sr. Gregory Tereposky
Sra. Jennifer Radford
Sr. Vincent DeRose
Sr. Alejandro Barragán
Sra. Ximena Iturriaga
Tereposky & DeRose LLP
World Exchange Plaza
1080-100 Queen Street
Ottawa, K1P 1J9
Canadá

y

Sr. Stephan E. Becker
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP
1200 Seventeenth Street, NW
Washington, D.C. 20036
Estados Unidos de América

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	1
III.	FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA	2
IV.	POSICIONES DE LAS PARTES	2
	A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE.....	2
	B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA.....	6
V.	RESUMEN DE LA DECLARACIÓN DEL PROFESOR SANDS	10
VI.	ANÁLISIS.....	11
	1. Oportunidad	11
	2. Fondo	12
	<i>Introducción.....</i>	<i>12</i>
	<i>La Declaración</i>	<i>13</i>
	<i>Conclusión.....</i>	<i>17</i>
VII.	DECISIÓN.....	19

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta Decisión se pronuncia sobre la propuesta presentada por Silver Bull Resources, Inc. (“Silver Bull” o la “Demandante”) el 20 de agosto de 2024 de recusar al Profesor Philippe Sands KC (la “Propuesta de Recusación”). Los Estados Unidos Mexicanos (“México” o la “Demandada”) se oponen a la Propuesta de Recusación.
2. Esta decisión ha sido adoptada por los demás miembros del Tribunal (los “Árbitros No Recusados”) de conformidad con el Artículo 58 del Convenio del CIADI y la Regla 23 del Reglamento de Arbitraje del CIADI de 2022.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

3. El 20 de agosto de 2024, la Demandante presentó la Propuesta de Recusación de conformidad con el Artículo 57 del Convenio del CIADI. La Demandante invitó a la Demandada a aceptar la continuación del procedimiento mientras se examinaba la Propuesta de Recusación.
4. En la misma fecha, de conformidad con la Regla 22(1) del Reglamento de Arbitraje, se fijó el calendario para las presentaciones relativas a la Propuesta de Recusación. De conformidad con la Regla 22(2) de las Reglas de Arbitraje, el Secretariado del CIADI (el “Secretariado”) informó a las Partes de que, salvo que acordaran continuar el procedimiento, éste quedaba suspendido hasta que se dictara una decisión sobre la Propuesta de Recusación..
 - (a) Se invitó a la Demandada a presentar su respuesta a más tardar el 10 de septiembre de 2024;
 - (b) Se invitó al Profesor Sands a presentar una explicación a más tardar el 16 de septiembre de 2024; y
 - (c) Se invitó a cada parte a presentar un escrito final antes del 23 de septiembre de 2024.
5. El 21 de agosto de 2024, la Demandada indicó no consentir la continuación del procedimiento. En la misma fecha, el Secretariado confirmó que el procedimiento permanecía suspendido de conformidad con la Regla 22(2) de las Reglas de Arbitraje.

6. El 10 de septiembre de 2024, la Demandada presentó una respuesta, acompañada de la prueba documental R-0001 y de los anexos legales RL-0001 a RL-0016 (la “Respuesta”). La Respuesta se presentó en español. El 11 de septiembre, la Demandada presentó una versión corregida de la Respuesta, junto con una traducción al inglés y una versión corregida del anexo legal RL-0011.
7. El 16 de septiembre de 2024, el Profesor Sands presentó su explicación.
8. El 23 de septiembre de 2024, la Demandante presentó un escrito final y la Demandada informó no tener observaciones adicionales.

III. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA

9. El 1 de agosto de 2024, el CIADI publicó un Laudo sobre Daños en el caso *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*,¹ al que se adjuntaba una “Declaración sobre Costos” (la “Declaración”) redactada por el Profesor Sands, árbitro en el presente arbitraje.
10. El 20 de agosto de 2024, como ya se ha mencionado, la Demandante propuso la recusación del Profesor Sands basándose en el contenido de dicha Declaración.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

11. En sus presentaciones se recogen íntegramente las posiciones respectivas de las Partes y del Profesor Sands. Lo que sigue son resúmenes que no pretenden ser exhaustivos.

A. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

12. La posición de la Demandante se resume en los párrafos siguientes.
13. La Declaración del Profesor Sands (afirma la Demandante) contiene un ataque al financiamiento por terceros en el arbitraje inversionista-Estado que demuestra manifiestamente tanto la apariencia de parcialidad o predisposición contra las partes con dicho financiamiento, incluida la Demandante en este caso, así como la apariencia de prejuzgar

¹ Caso CIADI No. ARB/16/41.

cuestiones que probablemente sean relevantes para la presente controversia y sobre las que las Partes tienen una expectativa razonable de que todos los árbitros tengan una mente abierta, incluida la naturaleza de Silver Bull como demandante, su capacidad financiera para presentar una reclamación y cuestiones de asignación de costas. Tales circunstancias (continúa señalando la Demandante) dan lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad e independencia del Profesor Sands para formar parte de este Tribunal y justifican su recusación.²

14. Las afirmaciones y posiciones abogadas por el Profesor Sands en su Declaración, desde el punto de vista de un tercero razonable, suscitan dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad e independencia, incluida la apariencia de que ha prejuzgado la naturaleza y carácter de la Demandante y de sus reclamaciones, debido a su necesidad de financiamiento por terceros para interponer sus pretensiones.³
15. El Profesor Sands utilizó la Declaración como plataforma para impugnar la financiación por terceros en general y para criticar lo que él percibe como su desvirtuación de los procedimientos inversionista-Estado, y para señalar a la comunidad arbitral internacional en general que, en su opinión, los acuerdos de financiación por terceros son inapropiados y contrarios a la “objetivo primordial” del arbitraje inversor-Estado.⁴
16. En el presente caso, la Demandante depende del financiamiento por terceros para financiar sus reclamaciones contra México. La autofinanciación había empezado a diluir significativamente la participación accionaria de la sociedad y el Directorio determinó que lo mejor para los intereses de Silver Bull consistía en proceder a un financiamiento externo.⁵
17. El Profesor Sands sostiene, entre otras cosas, que “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.”, y que “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

² Propuesta de Recusación, párrafo 1.3, Presentación Adicional, párrafo 1.3.

³ Propuesta de Recusación, párrafo 1.3, Presentación Adicional, párrafo 1.3.

⁴ Propuesta de Recusación, párrafo 4.1.

⁵ Propuesta de Recusación, párrafo 4.10.

relación previa alguna con la presunta inversión o con el Estado receptor”.⁶ Señala que “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.”⁷ Esto crea lo que él describe como un “Nirvana del apostador” que puede ser utilizado “como medio de especulación financiera, sin posibilidad alguna de tomar decisiones sobre costos contra dichos financiadores”, lo que describe como “muy problemática”.⁸ Asimismo, afirma que “dichos financiadores pueden tener una participación significativa en la sustanciación de procedimientos que pueden resultar onerosos, prolongados y delicados”, y que su participación “puede incrementar los costos del procedimiento”.⁹ Los procedimientos de arbitraje de este tipo no fueron, señala, concebidos “como un sistema para aprovechar la especulación financiera y las ganancias financieras por parte de terceros”. Advierte de que este tipo de financiación “servirá para socavar la confianza en un sistema importante y fomentará las percepciones de que carece de la legitimidad esencial”.¹⁰

18. Un tercero informado podría concluir razonablemente que los comentarios del Profesor Sands en la Declaración evidencian la apariencia de al menos tres opiniones desfavorables hacia la Demandante y sus pretensiones:¹¹
- (a) que las reclamaciones están siendo utilizadas para “aprovechar la especulación financiera y las ganancias financieras” por parte de un tercero;
 - (b) que las reclamaciones están siendo “controladas o dirigidas por un tercero financiador que no tiene relación previa alguna con la presunta inversión o con el Estado receptor”;
- y

⁶ Propuesta de Recusación, párrafo 4.5, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 11. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.2.

⁷ Propuesta de Recusación, párrafo 4.5, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 11.

⁸ Propuesta de Recusación, párrafos 1.2, 4.6, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 12. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.3.

⁹ Propuesta de Recusación, párrafo, 4.6, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 12.

¹⁰ Propuesta de Recusación, párrafo, 4.8, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 13.

¹¹ Propuesta de Recusación, párrafos 4.11, 4.12. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.3.

- (c) que los acuerdos de financiamiento por terceros de la Demandante convertirán la conducción del procedimiento en “onerosa, prolongaa y delicada”, así como más costosa.
19. De hecho, cualquier tercero razonable consideraría que el Profesor Sands se ha hecho una opinión desfavorable, si no hostil, de la Demandante y sus reclamaciones debido a la necesidad de la Demandante de depender del financiamiento por terceros para buscar justicia;¹² y que el apoyo del tercero financiador “servirá para socavar la confianza en un sistema importante y fomentará las percepciones de que carece de la legitimidad esencial”.¹³
20. La “combinación de palabras elegidas por” el Profesor Sands “y el contexto en el que las utiliza” [Traducción del Tribunal] tienen el efecto general de pintar una visión desfavorable de la Demandante y de sus reclamaciones de tal manera que generarían en un tercero razonable e informado dudas justificadas acerca de su imparcialidad en este caso:¹⁴ ver *Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*.¹⁵
21. El CIADI, al igual que otras instituciones arbitrales, ha reconocido formalmente el papel del financiamiento por terceros pero, como refleja la Declaración, el Profesor Sands no tiene la “amplitud de miras” para considerar los fines legítimos de dicho financiamiento.¹⁶ [Traducción del Tribunal] De hecho, el Profesor Sands parece sugerir que el financiamiento por terceros ha conducido a un aumento de las reclamaciones carentes de mérito y a considerar los casos financiados con una sospecha preconcebida.¹⁷
22. En su opinión, “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 problemátic[o].”¹⁸ Un tribunal, señala, “debería poder emitir un pronunciamiento sobre costas en contra de un

¹² Propuesta de Recusación, párrafo 4.13.

¹³ Propuesta de Recusación, párrafo 4.13, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 13.

¹⁴ Propuesta de Recusación, párrafo 4.14. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.10.

¹⁵ Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre la Recusación del Árbitro, 8 de diciembre de 2009, CL-0120, párrafo 48.

¹⁶ Propuesta de Recusación, párrafo 4.17.

¹⁷ Propuesta de Recusación, párrafo 4.18. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.8.

¹⁸ Propuesta de Recusación, párrafo 4.21, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 12.

tercero financiador”.¹⁹ También parece aconsejar que la parte vencedora inicie acciones legales contra el financiador para “recuperar sus costos contra un tercero financiador que ha contribuido a incurrir en gastos significativos en reclamaciones infructuosas.”²⁰ Esta propuesta refleja un prejuicio sobre la cuestión de las costas. Genera la apariencia de haber prejuzgado indebidamente cuestiones de asignación de y responsabilidad por las costas. En particular, si la Demandante no tuviera éxito en sus reclamaciones contra México, su posición es que el Tribunal “debería poder emitir un pronunciamiento sobre costas en contra” tanto de la Demandante como de su tercero financiador. La Demandante tiene una expectativa razonable de una mente abierta en tales cuestiones, de la cual el Profesor Sands carece en casos como éste en que, la Demandante requiere financiamiento por terceros para llevar a cabo sus reclamaciones.²¹

23. Los comentarios del Profesor Sands en este caso van mucho más allá del lenguaje utilizado por el Dr. Gavan Griffith en *RSM Production Company c. Santa Lucía*.²² El profesor Sands no sólo cuestiona la legitimidad y propiedad de los acuerdos de financiamiento por terceros, sino que, cuestiona los méritos y buena fe de las reclamaciones financiadas, sugiriendo que el financiamiento por terceros ha conducido a un aumento de las reclamaciones costosas y carentes de mérito. La Declaración consiste, en efecto, en una polémica contra todos los acuerdos de financiamiento por terceros, independientemente de la sensatez del presupuesto, del reparto financiero o de las salvaguardias que se hayan establecido para garantizar que el demandante mantenga el control de la conducción del procedimiento con su abogado designado.²³

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

24. La posición de la Demandada se resume en los siguientes párrafos.

¹⁹ Propuesta de Recusación, párrafo 4.21, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 12. Ver también Presentación Adicional, párrafo 3.2.

²⁰ Propuesta de Recusación, párrafo 4.21, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 12. Ver también Presentación Adicional, párrafo 3.2.

²¹ Propuesta de Recusación, párrafo 4.22. Ver también Presentación Adicional, párrafos 3.2, 3.3.

²² CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Demandante contra el Dr. Gavan Griffith Q.C., CL-0126, 23 de octubre de 2014.

²³ Propuesta de Recusación, párrafos 4.23-4.25. Ver también Presentación Adicional, párrafo 2.5.

25. Las partes parecen estar de acuerdo (según la Demandada) en que una parte que pretende recusar a un árbitro debe demostrar que un tercero razonable concluiría, sobre la base una evaluación objetiva de los hechos, que es evidente u obvio que el árbitro cuya recusación se solicita carece de la imparcialidad e independencia necesarias para resolver el caso.²⁴ Sin embargo, para que una propuesta de recusación prospere, “debe demostrarse que [la opinión expresada por el árbitro] o la posición está respaldada por factores relacionados con y en apoyo de una parte del arbitraje (o una parte estrechamente relacionada con ella), por un interés directo o indirecto del árbitro en el resultado de la controversia, o por una relación con cualquier otra persona involucrada, como un testigo o un colega árbitro”.²⁵ [Traducción del Tribunal] El simple hecho de que la Demandante no comparta la opinión del Profesor Sands sobre el financiamiento por terceros no es motivo suficiente para proponer su recusación por una aparente parcialidad en contra de la misma. Así, el hecho de que el Profesor Sands haya expresado opiniones sobre el financiamiento por terceros, y que la Demandante haya recurrido a tal financiamiento, no es suficiente para recusarlo, ya que esos hechos por sí solos no llevarían a una persona razonable a concluir que el Profesor Sands carece manifiestamente de imparcialidad o que ha prejuzgado algún aspecto de esta controversia.²⁶

26. Los comentarios del Profesor Sands no guardan relación con las cuestiones que la Demandante identifica como indicativas de una manifiesta falta de imparcialidad en este arbitraje y no se refieren a ninguna de las partes del mismo, ni a sus abogados, ni al objeto de esta controversia. Son comentarios generales sobre el financiamiento por terceros y el impacto general que tiene en el arbitraje de inversiones.²⁷ A este respecto, el Profesor Sands expresa una preocupación legítima y genuina que es compartida por otros árbitros, Estados y profesionales de la comunidad arbitral. Todos los árbitros de *Eco Oro*, incluido el Profesor Sands, concluyeron que era razonable que cada parte sufragara la mitad de las costas del arbitraje y sus propias costas legales. Esto demuestra que no hubo prejuicio por parte del

²⁴ Respuesta, párrafo 4.

²⁵ Respuesta, párrafo 5, citando el Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de los Demandantes contra el Profesor Campbell McLachlan, 12 de agosto de 2010, RL-0001, ¶¶ 44-46.

²⁶ Respuesta, párrafo 5.

²⁷ Respuesta, párrafo 9.

Profesor Sands contra el demandante incluso en aquel caso -el mismo caso en cuyo contexto escribió su Declaración- por recurrir al financiamiento por terceros.²⁸

27. En efecto, el Profesor Sands también reconoce en su Declaración que el financiamiento por terceros puede desempeñar un importante papel positivo para garantizar que las partes con recursos limitados puedan presentar sus reclamaciones y defender sus derechos.²⁹ Su principal preocupación se refería a la exorbitante cuantía de las costas reclamadas en lo que consideraba “un caso con posibilidades de éxito tan limitadas”.³⁰
28. La opinión del profesor Sands de que, en principio, un tribunal debería poder condenar en costas a un tercero financiador, si se aplica, no perjudicaría a una parte demandante.³¹
29. Que un árbitro tenga una postura sobre el financiamiento por terceros no es lo mismo que ser parcial contra las partes que recurren a dicho financiamiento. Como señalan el Dr. Christopher H. Schreuer y otros en “*the ICSID Convention: A Commentary* (2ª edición)”, “las opiniones doctrinales del árbitro “expresadas en abstracto sin referencia a ningún caso concreto no afectan a la imparcialidad e independencia del árbitro”.³² [Traducción del Tribunal]
30. Los comentarios del Profesor Sands en la Declaración no se refieren a la Demandante ni a sus reclamaciones en este caso, sino únicamente a un riesgo potencial que puede surgir en determinados casos, precisamente debido a los diferentes incentivos de las partes demandantes y de las sociedades que las financian.³³
31. En el presente caso, la Demandante ha divulgado públicamente los detalles de su acuerdo con su tercero financiador, y ha indicado que sigue teniendo “control total sobre el desarrollo del procedimiento de arbitraje internacional, en la medida en que el procedimiento se refiera a las reclamaciones de la Sociedad, y sigue teniendo derecho a llegar a un acuerdo con México, terminar el procedimiento, continuar el procedimiento hasta una audiencia sobre el fondo y emprender cualquier acción que la Sociedad considere adecuada para hacer cumplir el laudo

²⁸ Respuesta, párrafos 10, 11.

²⁹ Respuesta, párrafo 12.

³⁰ Respuesta, párrafo 13, citando la Declaración sobre Costos, C-0154, párrafo 6.

³¹ Respuesta, párrafo 16.

³² Respuesta, párrafo 21, citando a Christopher H. Schreuer, *et. al.*, *The ICSID Convention: A Commentary, Second Edition*, Cambridge University Press, (2009), RL-0002, p. 1205.

³³ Respuesta, párrafo 23.

arbitral resultante.” [Traducción del Tribunal] No hay ninguna razón para pensar que el Profesor Sands desestimaré esto en el caso de que tales cuestiones lleguen a ser materiales.³⁴

32. La Declaración se refiere a los casos en que un tercero financiador puede participar estrechamente en la conducción de un procedimiento, lo que puede hacerlo más oneroso, largo y delicado, y más costoso.³⁵
33. La Declaración no guarda relación con los hechos, la jurisdicción, el fondo o los daños en este arbitraje en el que la determinación de las costas depende de la decisión del Tribunal sobre el fondo del caso y la conducta de las partes durante el procedimiento. Las preocupaciones sobre el prejuzgamiento de las costas son infundadas, dado que el mismo Profesor Sands reconoce que el financiamiento por terceros puede ser importante en algunos casos.³⁶
34. El tono de las declaraciones del profesor Sands se mantiene dentro de los límites razonables para un árbitro y no demuestra una falta manifiesta de imparcialidad que comprometa su capacidad para decidir este caso de manera neutral.³⁷
35. El financiamiento por terceros es un tema ampliamente discutido y es razonable que el Profesor Sands tenga una opinión al respecto. Pero no hay razón para suponer que adoptaría una posición que perjudicaría a la Demandante sobre el fondo, la jurisdicción o los daños en este caso simplemente porque la Demandante ha recurrido a terceros para financiar su reclamación.³⁸
36. En el caso *Perenco*, se consideró que el árbitro había hecho comentarios peyorativos contra una de las partes en el arbitraje. La Declaración no contiene comentarios peyorativos contra nadie, mucho menos contra la Demandante o sus abogados en este caso.³⁹

³⁴ Respuesta, párrafo 24, citando el Formulario 10-K presentado por la Demandante ante la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos, C-0137, p. F-13.

³⁵ Respuesta, párrafo 24.

³⁶ Respuesta, párrafo 26.

³⁷ Respuesta, párrafo 31.

³⁸ Respuesta, párrafo 41.

³⁹ Respuesta, párrafo 46.

37. En el caso *Burlington Resources Inc. c República del Ecuador*,⁴⁰ el árbitro recusado, al ofrecer explicaciones, hizo comentarios cuestionando la ética de los abogados del Ecuador. El Profesor Sands no ha cuestionado la ética de la Demandante ni la de sus abogados.⁴¹
38. Los árbitros suelen expresar sus opiniones sobre diversos temas, incluido el financiamiento por terceros, en conferencias, artículos académicos y en sus decisiones y laudos. Si se siguiera el estándar propuesto por la Demandante, cualquier árbitro que hubiera expresado públicamente su opinión sobre el financiamiento por terceros no podría formar parte de un tribunal en ningún caso relacionado con tal financiamiento.⁴²

V. RESUMEN DE LA DECLARACIÓN DEL PROFESOR SANDS

39. La expresión de una opinión sobre una cuestión académica o política no justifica por sí sola la recusación.⁴³
40. La Declaración se centró en la cuestión de las costas y abordó el tema del financiamiento por terceros. El profesor Sands tiene serias dudas sobre el aumento exponencial de los costos del arbitraje de controversias entre inversores y Estados, y el papel de los terceros financiadores en contribuir a ello. Sus opiniones, como las de otros, son públicas y accesibles fácilmente y ambas partes las conocían o podían conocerlas antes de su nombramiento.⁴⁴
41. En la Declaración, el profesor Sands acepta que el financiamiento por terceros desempeña un papel en el arbitraje inversionista- Estado y puede estar justificado en ciertas circunstancias. También acepta que, actualmente los tribunales no pueden condenar en costas a terceros financiadores. No obstante, reconoció la opinión unánime del Tribunal en *Eco Oro* en cuanto a la distribución de las costas entre las partes. Expresó su preocupación en forma de Declaración y no como parte del Laudo principal porque entendía que el futuro del

⁴⁰ Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, 13 de diciembre de 2013, CL-123, párrafo 20.

⁴¹ Respuesta, párrafo 52.

⁴² Respuesta, párrafo 53.

⁴³ Declaración, párrafo 3.

⁴⁴ Declaración, párrafo 4.

financiamiento por terceros era una cuestión política de actualidad, pero que no era relevante para la resolución de ninguna cuestión en ese caso.⁴⁵

42. Las observaciones se referían específicamente a los costos incurridos por el demandante en *Eco Oro*. El Profesor Sands no se ha pronunciado sobre la cuestión de las costas, incluido el financiamiento por terceros, en el presente caso, ni podría hacerlo hasta el final del procedimiento, cuando las costas se cuantifiquen y sean objeto de argumentación por las partes.⁴⁶
43. Ha participado en muchos casos en los que una de las partes ha recibido financiamiento por terceros. Su existencia nunca ha influido en su opinión ni en sus conclusiones sobre cualquier cuestión de jurisdicción, responsabilidad, daños, cuantía o costas (salvo en la situación limitada de una solicitud de garantía por costos, en lo relativo a la capacidad de una parte para cumplir una resolución futura).⁴⁷
44. El bienestar futuro de cualquier sistema de derecho y de solución de controversias, incluido el arbitraje inversionista-Estado, se basa en parte en la crítica constructiva y abierta de quienes participan en el sistema, así como de quienes lo observan desde fuera. Esta crítica interna no sería posible si se recusara sistemáticamente a los árbitros por expresar sus opiniones sobre cuestiones de política.⁴⁸

VI. ANÁLISIS

1. Oportunidad

45. La Regla de Arbitraje 22(1) establece en su parte pertinente que:

“(1) Una parte podrá presentar una propuesta de recusación de uno o más árbitros (“propuesta”) de conformidad con el siguiente procedimiento:

(a) la propuesta deberá presentarse después de la constitución del Tribunal y dentro de los 21 días siguientes [...]

⁴⁵ Declaración, párrafo 5.

⁴⁶ Declaración, párrafo 6.

⁴⁷ Declaración, párrafo 7.

⁴⁸ Declaración, párrafo 8.

(ii) a fecha en la que la parte que propone la recusación tuvo conocimiento o debería haber adquirido conocimiento de los hechos en los que se funda la propuesta.”

46. La Declaración en la que se basa la Propuesta de Recusación fue redactada por el Profesor Sands el 4 de abril de 2024, pero no fue publicada hasta el 1 de agosto de 2024. La Propuesta de Recusación se formuló el 20 de agosto de 2024 y, por tanto, dentro de los 21 días siguientes a la fecha en que la Demandante tuvo o debería haber adquirido conocimiento por primera vez de los hechos en que se basa.

2. Fondo

Introducción

47. El artículo 57 del Convenio permite a una parte proponer la recusación de cualquier miembro del tribunal. Su texto es el siguiente:

“Cualquiera de las partes podrá proponer [...] Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14.”

48. El artículo 14 del Convenio dispone que:

“Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.”

49. No se discute que los árbitros del CIADI no sólo deben ser independientes e imparciales, sino que deben parecerlo a terceros razonables. Se considerará que un árbitro manifiesta una falta de las cualidades mencionadas anteriormente si se determina que una parte razonable, teniendo conocimiento de todos los hechos y circunstancias relevantes, concluiría de ellos que el árbitro no parece ser imparcial o independiente. En efecto, aceptamos que un árbitro no parecería imparcial o independiente si esos hechos y circunstancias diesen lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El estándar es objetivo.

50. En el presente caso, el tercero razonable hipotético es alguien que:

- (a) lea la Declaración en su totalidad;
 - (b) la considere en su conjunto y en el contexto del laudo al que se adjunta;
 - (c) sea consciente de las cuestiones relativas al financiamiento por terceros y de que son objeto de debate entre los árbitros que ejercen en el arbitraje inversionista-Estado, académicos, profesionales y partes,
 - (d) con todo ello en mente, se pregunte si, analizando el asunto en su totalidad, lo alegado por la Demandante en la Propuesta de Recusación tiene fundamento.
51. El *quid* de esas alegaciones, como ya se ha mencionado y como resume la propia Demandante, es que:

“El ataque del Profesor Sands al financiamiento por terceros en el arbitraje inversor-Estado demuestra (i) la apariencia de parcialidad o predisposición contra las partes con dicho financiamiento, incluida la Demandante en este caso, y (ii) la apariencia de prejuicio de cuestiones que probablemente sean relevantes para la presente controversia y sobre las que las Partes tienen una expectativa razonable de una mente abierta, incluida la naturaleza de [Silver Bull] como Demandante, su capacidad financiera para presentar una reclamación y cuestiones de asignación de costas.”⁴⁹ [Traducción del Tribunal]

Cabe señalar que no se alega parcialidad real.

La Declaración

52. La Declaración se hizo en el contexto de un caso en el que la demandante prosperó en jurisdicción y en el establecimiento de una violación del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, pero no logró establecer que alguna pérdida se derivara de dicho incumplimiento. Como resultado, el tribunal resolvió que cada parte debía sufragar la mitad de las costas del procedimiento y pagar sus propios honorarios legales y otras costas.
53. Lo que motivó la Declaración fue el hecho de que, mientras que la demandada había incurrido en unos costos totales de poco menos de USD 6,3 millones, el demandante, que contaba con

⁴⁹ Propuesta de Recusación, párrafo 1.3 y ver también los epígrafes de las Secciones 2 y 3 de su Presentación Adicional de 23 de septiembre de 2004.

el apoyo del financiamiento por terceros, había incurrido en unos costos totales de USD 33,3 millones. Esta cifra era muy superior a la media de los costos de los demandantes en las controversias inversionista-Estado (USD 6,4 millones), según un informe de 2021. Es más, se había incurrido en dichos costos en un caso en el que, en opinión del profesor Sands, la demandante sólo tenía “posibilidades de éxito tan limitadas”.

54. El profesor Sands hizo dos observaciones sobre estos costos. En primer lugar, se refería al monto gastado en dos informes periciales, lo cual es irrelevante para la esta Decisión. En segundo lugar, sin embargo, se refería al hecho de que la demandante había reclamado (aunque, por supuesto, no recuperado) USD 4.492.899,48 como parte de los costos en los que había incurrido “para obtener el financiamiento necesario para promover el arbitraje”.
55. Asimismo, el apoyo de terceros a *Eco Oro* incluía unos USD 14 millones, por los que el financista tenía derecho a recibir hasta “51% del producto bruto del Arbitraje”.
56. En este contexto, el profesor Sands escribió lo siguiente (pies de página omitidos):

“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 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 *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””.

12. ... 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 anteriores. En mi opinión, la creación de un “Nirvana del apostador” 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 delicados. 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 enfoques gozan cada vez más de aceptación en los tribunales locales e instituciones de arbitraje individuales.

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.”⁵⁰

⁵⁰ Pie de página omitido.

La referencia al “Nirvana del apostador” es una cita de Gavin Griffith QC en *RSM Production Corporation*.

57. Es importante observar que la discusión comienza con el reconocimiento de que, en algunos casos, el financiamiento por terceros puede estar justificado porque permite a las partes insolventes hacer valer sus derechos. Sin embargo, el punto de partida de la crítica del Profesor Sands a su uso es que, en su opinión, en el caso *Eco Oro*, dicha justificación no resulta aplicable.
58. Desentrañando sus temas, lo que le preocupa es:
- (a) El riesgo de que el propósito por el cual existen los procedimientos inversionista-Estado pueda ser “subvertido” si las reclamaciones son controladas o dirigidas por un financiador ajeno al caso del Estado receptor, y que dicho involucramiento pueda hacer que los procedimientos sean más costosos.
 - (b) Que este riesgo se agrave cuando el financiador pueda recibir gran parte de los daños pero no tenga la responsabilidad de aportar a las costas de la parte vencedora si la reclamación fracasa, lo que convierte al financiamiento por terceros en una forma de especulación financiera para los financiadores.
 - (c) El riesgo de que los casos iniciados a un costo enorme con el apoyo de terceros financiadores, y en los que dichos financiadores no corren el riesgo de pagar las costas de la contraparte, deslegitime el sistema de arbitraje inversionista-Estado en el marco del CIADI.
59. El remedio sugerido por el profesor Sands es que, de un modo u otro, un tercero financiador debiese ser responsable de pagar los costos de la parte vencedora si la reclamación que ha financiado fracasa. Aunque, por supuesto, todo lo que afirma lleva implícito que tiene plena conciencia de que en la actualidad no existe tal responsabilidad en los procedimientos del CIADI.
60. En cuanto a los hechos particulares de *Eco Oro*, es evidente que el profesor Sands cree que no había justificación para que una parte incurriera en enormes costos que de otro modo no podría permitirse en la interposición de un caso que sólo tenía “posibilidades de éxito tan limitadas” por el mero hecho de contar con el apoyo de un tercero financiador con derecho a

gran parte de los ingresos recibidos (si su cliente, la parte financiada, ganaba) y libre de cualquier riesgo de tener que pagar las costas de la contraparte (si no ganaba).

61. Lo que el Profesor Sands *no* afirma es:

- (a) que el financiamiento por terceros es siempre injustificado o necesariamente indeseable;
- (b) que piensa lo peor de toda parte que obtiene financiamiento por terceros, o de toda reclamación presentada con ayuda de dicho financiamiento, o de todo tercero financiador;
- (c) que quienes litigan con el apoyo de financiamiento de terceros son propensos a presentar reclamaciones carentes de mérito o excesivamente costosas; o
- (d) que los terceros financiadores ejerzan siempre, o incluso habitualmente, un control o una influencia malintencionados sobre la conducción o costos de los procedimientos que ayudan a financiar.

Conclusión

62. De una lectura completa de la Declaración en su conjunto, el Profesor Sands no muestra parcialidad, predisposición, o apariencia de parcialidad o predisposición, en contra de las partes en general que obtienen financiamiento de terceros para presentar sus reclamaciones. Sus preocupaciones se dirigen a lo que él ve como ciertos riesgos creados por el sistema de financiamiento por terceros, no a todas las reclamaciones presentadas con el beneficio del financiamiento por terceros.

63. La Declaración no puede interpretarse en el sentido de que sugiera que las reclamaciones apoyadas por el financiamiento por terceros sean necesariamente exageradas o utilizadas para impulsar la especulación financiera y el beneficio económico, o controladas o dirigidas por el tercero financiador (cualquiera que sea su relación, de existir alguna, con la supuesta inversión o con el Estado receptor), o que los acuerdos necesariamente hagan que la tramitación de los procedimientos sea onerosa, larga y delicada, además de más costosa. El Profesor Sands afirma claramente que existe el riesgo de que todas o alguna de dichas circunstancias se den, pero su aceptación de que el financiamiento por terceros pueda estar justificada es incoherente

con su afirmación o creencia de que cualquiera de estas cosas sea siempre cierta en casos distintos de *Eco Oro*.

64. El Profesor Sands tampoco parece mostrar prejuicio alguno sobre las cuestiones relativas a las costas de este arbitraje. La única parte cuya situación financiera menciona en la Declaración es *Eco Oro*. A partir de ahí no generaliza en cuanto a la situación financiera de otros que pudieran obtener financiamiento de terceros. Por supuesto, tampoco menciona a Silver Bull ni su situación financiera.
65. Si los tribunales se consideraran competentes para condenar en costas a terceros financiadores de partes vencidas, y si de hecho dictasen tales condenas, entonces podría haber cierta fuerza para queja si el Profesor Sands hubiese dicho que los tribunales *deberían* dictar tales resoluciones. De hecho, todo lo que ha argumentado es que los tribunales deben ser capaces de emitir tales condenas, no que deban emitir las siempre. Más aún, como se ha señalado anteriormente, los tribunales no tienen tales facultades, y no sirve de nada acusar a un árbitro de prejuzgar una cuestión que no se planteará, y de hecho no puede plantearse, en este arbitraje.
66. En resumen, no creemos que un tercero razonable considere que el contenido de la Declaración muestre manifiestamente parcialidad o apariencia de parcialidad contra la Demandante (o contra quienes financian a la Demandante) ni que dé lugar a dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del Profesor Sands como árbitro en este arbitraje en relación con cualquier cuestión que deba ser decidida por el Tribunal.

VII. DECISIÓN

67. Habiendo examinado los hechos alegados y los argumentos formulados por las partes, y por las razones expuestas, decidimos que:

- (a) Se desestima la Propuesta de Recusación al Profesor Sands por parte de la Demandante.
- (b) A partir de la fecha de la presente Decisión, se da por concluida la suspensión del procedimiento, de conformidad con la Regla 22(2) del Reglamento de Arbitraje.

[Firmado]

[Firmado]

Sr. Ian Glick KC

Sr. Stephen L. Drymer