

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

José Alejandro Hernández Contreras

c.

República de Costa Rica

(Caso CIADI No. ARB(AF)/22/5)

OPINION DISIDENTE

Sr. Alexander Yanos

1. Al decidir que el arbitraje iniciado por el Sr. Hernández debe ser discontinuado de conformidad con las Reglas 63 y 64 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, la mayoría ha adoptado un enfoque hiperformalista que ignora el escenario distinto creado por el seguro posterior al evento (“Seguro ATE”) obtenido por el Demandante. Debido a ese escenario distinto, la decisión de la mayoría contradice directamente los requisitos expresos en la Regla 63 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (**Regla 63**). Como resultado, no puedo estar de acuerdo con la decisión de mis colegas de discontinuar este arbitraje. Si bien lamento profundamente la necesidad de este disenso, dado el impacto draconiano de la decisión de la mayoría sobre el Demandante, me siento obligado a explicar exactamente por qué creo que la mayoría está cometiendo una grave injusticia con su decisión.
2. La regla 63 establece que los tribunales pueden ordenar a cualquier parte que presente una demanda o reconvención que proporcione una garantía por costos sobre la base de todas las circunstancias pertinentes. En su lista no exhaustiva de circunstancias pertinentes, las reglas mencionan, explícitamente, la “capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos” (Regla 63.3(a)) y “el efecto que pudiera tener el otorgar dicha garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para seguir adelante con su demanda o demanda reconvencional” (Regla 63.3.3(c)).

3. La mayoría de este Tribunal concluyó, en la Orden Procesal N° 2, que, con base en todas las circunstancias pertinentes, se justificaba una orden de garantía por costos de conformidad con la Regla 63.
4. En respuesta a la Orden Procesal No. 2, el Demandante proporcionó al Tribunal evidencia de que pudo obtener un Seguro ATE –y , en particular, una póliza de Seguro ATE con una cláusula anti-elusión. El propósito del Seguro ATE –y , en particular, una póliza de Seguro ATE con una cláusula anti-elusión- es asegurar al Tribunal y a la Demandada que una vez que el Demandante haya pagado la prima, el Demandante no puede cancelar la póliza y, por lo tanto, si se dicta una sentencia en costas a favor de la Demandada, la compañía de seguros pagará. Por lo tanto, una póliza de este tipo cambia fundamentalmente el equilibrio de factores subyacentes a una solicitud de garantía por costos en virtud de la Regla 63 porque demuestra que el Demandante podrá “cumplir con una decisión adversa en materia de costos”, al menos hasta el monto de la Póliza de Seguro ATE.
5. La póliza de seguro ATE descrita por el Demandante se describió en el Anexo 4 de una Declaración del Demandante, el Sr. Hernández. Los términos clave del Anexo 4 fueron los siguientes:
 1. La póliza sería emitida por Litica . A primera vista, en el Anexo 4, queda claro que Litica es una entidad del Reino Unido con oficinas en 87-91 Birchin Court, 20 Birchin Lane, Londres EC3V 9DU. El enlace al sitio web de Litica que aparece en la parte inferior de la página proporciona información idéntica.
 2. La póliza sería "en beneficio" del Sr. Hernández y de Solfin , una entidad estadounidense propiedad del Sr. Hernández.
 3. La póliza sería pagadera en Estados Unidos.
 4. La póliza, por hasta 1,2 millones de dólares, incluiría una cláusula anti-elusión.
6. La Orden Procesal No. 3 reconoció explícitamente que esa póliza cambiaría el equilibrio de factores en virtud de la Regla 63 porque salvaguardaría la capacidad de la Demandada de recuperar el dinero que pudiera ordenarse en caso de una sentencia adversa sobre costas (Orden Procesal No. 3, párrafo 39). En consonancia con esa determinación, el Tribunal ordenó al Demandante que obtuviera un seguro de conformidad con los términos del Anexo 4 (Orden Procesal No. 3, párrafo 41(b)).
7. Sin embargo, ahora que el Demandante ha seguido adelante y ha obtenido una póliza de seguro ATE de la aseguradora a la que se hace referencia en el Anexo 4, para el beneficio del Sr. Hernández y su compañía, Solfin , y pagadera a la Demandada en los Estados Unidos, el Tribunal ha concluido que debe discontinuar el arbitraje porque: (i) la aseguradora tiene su sede en el Reino Unido (la Orden Procesal No. 3 requirió inconsistentemente que la aseguradora tuviera su sede en los Estados Unidos, aunque también respaldó los términos establecidos en el Anexo 4); (ii) el Demandante no es el “asegurado” bajo la póliza – solo Solfin es un asegurado – aunque la póliza también enumera tanto a Solfin como al Sr. Hernández como “beneficiarios” de la póliza; y (iii) la Aseguradora conserva el derecho de terminar la póliza – aunque con un reconocimiento expreso de su obligación de cubrir todos los montos incurridos por Costa Rica hasta la fecha de terminación.
8. Podemos ser breves en cuanto al lugar de negocios de la aseguradora. El Tribunal estaba al tanto de que la póliza iba a ser emitida por una entidad del Reino Unido y, si tenía la intención de que el

Demandante obtuviera una póliza de una aseguradora diferente a la descrita en el Anexo 4 de la Declaración de Hernández, debería haber sido mucho más explícito en sus instrucciones. Tampoco entiendo ninguna razón sustancial para el requisito que haría que el uso de una aseguradora del Reino Unido conocida fuera tan problemático como para merecer la rescisión. Mi impresión es que la mayoría está más preocupada por controlar la “falta de pie” que por considerar el impacto sustancial de la distinción.

9. En cuanto a la queja de que Solfin es el asegurado y no es parte del arbitraje, esa preocupación no comprende la naturaleza del seguro ATE. Es bien aceptado en el arbitraje internacional que el seguro ATE es un medio razonable para satisfacer la preocupación de una demandada de que, al final del arbitraje, la demandada podría ganar pero el demandante no podrá pagar una sentencia de costas adversa. *Cf., Ascent Resources c. Eslovenia*, caso CIADI N.º ARB/22/21, Orden Procesal N.º 3, de fecha 8 de febrero de 2024 (denegando la solicitud de garantía por costos cuando el demandante había obtenido un seguro ATE); *Eskosol SpA c. República Italiana*, caso CIADI N.º ARB/15/50, Orden Procesal N.º 3, de fecha 12 de abril de 2017, párrafo 37 (en el que se concluye que la orden de garantía por costos era innecesaria, en parte, debido a la póliza de seguro ATE). Esta aceptación surgió de muchas decisiones de los tribunales ingleses que reconocieron la utilidad del seguro ATE como un medio para satisfacer las preocupaciones sobre la capacidad de una parte para satisfacer una orden de costas adversa.
10. Al mismo tiempo, es un hecho que en cualquier situación en la que se utilice el seguro ATE para satisfacer una sentencia de costas adversa, el “pagador” será una aseguradora que no sea parte del arbitraje.
11. En el caso que nos ocupa, esto sería igualmente cierto si el asegurado fuera Solfin o si el asegurado fuera el Sr. Hernández o ambos. En todas esas situaciones, el Tribunal no podría obligar a la aseguradora a pagar. La única garantía que tiene la Demandada de que el dinero estará disponible en caso de una sentencia adversa en materia de costas es el hecho de que es un tercero beneficiario de la póliza en cuestión y, si la aseguradora no paga, será responsable de una demanda de pago que tendrá éxito y causará un daño a la reputación de la aseguradora, así como creará una obligación de pagar mayores intereses y los honorarios incurridos por la Demandada en su acción de cobro.
12. En el caso presente, el Demandante ha proporcionado a la Demandada precisamente las garantías que necesita para saber que es el tercero beneficiario de una póliza que se activaría por una adjudicación de costas adversa en relación con el arbitraje en cuestión.
13. La queja final de la mayoría se relaciona con los términos de la cláusula anti-elusión. El propósito general de las disposiciones “anti-elusión” es asegurar que la aseguradora pagará a la demandada, independientemente de si alguna de las excepciones o exclusiones de la póliza se aplica de alguna manera o forma. Si la aseguradora cree que se aplica una excepción o exclusión, entonces el riesgo recae sobre el asegurado; la aseguradora puede reclamar la recuperación del asegurado, pero eso no tiene relevancia para la demandada (Costa Rica recibe el pago sin importar lo que pase). Si analizamos el lenguaje de esta cláusula “anti-elusión” en particular, en general es coherente con este propósito. Establece que:

Subject to paragraph 6 of this Endorsement, the Insurer confirms that this Policy is non-voidable and any claim for payment made pursuant to clauses 2.1.1 and 2.2 of this Policy will be honored in full up to the Limit of Indemnity in the Policy

irrespective of any exclusions or any provisions of the Policy or of the general law, which would have otherwise rendered the Policy or the claim unenforceable or entitled the Insurer to avoid, rescind or discharge the Policy or avoid, reduce, exclude or deny cover or otherwise repudiate liability under the terms of the Policy. However, if any payment is, or has been, made under this Policy which would not have been made but for this paragraph 1 (whether due to a condition or exclusion or otherwise), the Insurer is entitled to reclaim such costs directly from the Insured and/or the Claimant.

14. Es cierto que existe una excepción a esta garantía general establecida en el párrafo 6 del Anexo “Anti-elusión”. Sin embargo, esta excepción, que permite a la aseguradora rescindir la póliza con notificación, también garantiza que todos los gastos incurridos por Costa Rica antes de la rescisión de la póliza sigan cubiertos por la póliza, incluida la cláusula adicional. Por lo tanto, en caso de rescisión, todos los gastos incurridos por Costa Rica hasta la fecha de rescisión están protegidos y correspondería al demandante obtener una póliza de reemplazo o enfrentarse a la rescisión del arbitraje. La mayoría expresa preocupación por el hecho de que la Demandada no sería notificada en caso de dicha rescisión, pero reconoce el requisito de que se notifique al Tribunal. En mi opinión, esta disposición protege adecuadamente a Costa Rica en caso de dicha rescisión y niega cualquiera de las preocupaciones reales descritas en la Orden Procesal No. 4.
15. En resumen, la póliza obtenida por el Demandante garantiza que la razón principal detrás de la decisión de ordenar la garantía por costos bajo la Regla 63 en la Orden Procesal No. 2 ya no existe. Ese debería ser el final de la historia y deberíamos continuar con el resto del arbitraje, especialmente cuando, como en este caso, el factor compensatorio enumerado en la Regla 63 –la capacidad del Demandante para presentar su demanda– se ve amenazado fundamentalmente por la decisión del Tribunal. Cualquiera de las preocupaciones menores expresadas por el Tribunal con respecto a la notificación podría abordarse con una orden que exija al Demandante proporcionar a Costa Rica dicha información con prontitud y, potencialmente, proporcionar confirmaciones periódicas sobre la validez continua de la póliza.
16. En mi opinión, el hecho de que el Tribunal no haya adoptado este curso de acción sino que ordene la discontinuación del arbitraje es incompatible con los términos expresos de la Regla 63 y los fines de la justicia.

Estoy en desacuerdo.

[firmado]

Sr. Alexander Yanos
13 de marzo de 2025