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)

RESOLUCIÓN PROCESAL NO. 4

Decisión sobre la garantía por costos presentada por el Demandante y Orden de descontinuación

Miembros del Tribunal

Dr. Claus von Wobeser, Presidente del Tribunal
Sr. Alexander A. Yanos, Árbitro
Sr. Luis Alberto González García, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Anna Toubiana

Fecha: 17 de marzo de 2025

Índice de contenidos

I. ANTECEDENTES PROCESALES 1
II. PETITORIOS DE LAS PARTES 3
A. EL DEMANDANTE 3
B. LA DEMANDADA 3
III. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES 4
A. EL DEMANDANTE 4
B. LA DEMANDADA 7
IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL 11
V. COSTOS 24
VI. DECISIÓN 25

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 2 de mayo de 2024 el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de garantía por costos presentada por la República de Costa Rica (la "**Demandada**") y por mayoría ordenó al Sr. José Alejandro Hernández Contreras (el "**Demandante**") a depositar y mantener una fianza (o algún otro instrumento financiero equivalente) por un monto de USD 1.200.000.00 emitida por un banco solvente o una compañía de seguros en Costa Rica; y pagadera a la Demandada ("**RP2**").

2. El 17 de octubre de 2024 el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 ("**RP3**"), ordenando por unanimidad al Demandante que, en un plazo de 15 días, deposite y mantenga vigente la garantía conforme a lo establecido en el párrafo 67(b) de la RP2. El Tribunal especificó que dicha garantía deberá ser emitida por una entidad financiera en los Estados Unidos de América, en cumplimiento con los términos, condiciones y requisitos de validez presentados por el Demandante como Anexo 4 de su declaración incluida en el escrito de réplica de fecha 20 de septiembre de 2024 (la "**Declaración del Demandante**") (la "**Garantía**").

3. El 1° de noviembre de 2024 el Demandante informó y acreditó que la póliza de la Garantía emitida por Brace Lloyd's Consortium 9642 (Lloyd's) en favor de la Demandada había sido remitida para su inscripción con fecha del 31 de octubre de 2024. Asimismo, señaló que, una vez que obtuviera la póliza debidamente timbrada y sellada, la enviaría al Tribunal y a la Demandada. En consecuencia, el Demandante solicitó al Tribunal: (i) que acepte y declare que la Garantía se deposita en favor de la Demandada; (ii) que levante la suspensión del procedimiento arbitral y ordene su inmediata continuación; o, en su defecto, (iii) que conceda una breve extensión de tres días para la entrega de la Póliza timbrada y sellada (el "**Escrito del Demandante**").

4. El 2 de noviembre de 2024 la Demandada envió una comunicación al Tribunal solicitando autorización para presentar un escrito de respuesta al Escrito del Demandante y anexos.

5. El 5 de noviembre de 2024 el Tribunal autorizó a la Demandada a presentar el escrito de respuesta solicitado a más tardar el 8 de noviembre de 2024.

6. El 5 de noviembre de 2024 el Demandante hizo entrega de la póliza de la Garantía timbrada y sellada en beneficio de la Demandada (la "**Póliza**").

7. El 8 de noviembre de 2024 la Demandada presentó el escrito de oposición al Escrito del Demandante y la Póliza en el que señaló que la Póliza presentada por el Demandante no cumple con los requisitos indicados en la RP3 y que dicha Garantía no protege a la Demandada ante una eventual condena en costos en contra del Demandante (la "**Contestación**").

8. El 9 de noviembre de 2024 el Demandante envió una comunicación al Tribunal solicitando autorización para responder a la Contestación, adelantando que la Póliza presentada (a) sí cumple con los requisitos de la RP3, y (b) protege totalmente a la Demandada de una eventual condena en costos.

9. El 11 de noviembre de 2024 la Demandada envió una comunicación al Tribunal solicitando autorización para presentar un escrito de dúplica a la réplica que presentaría el Demandante, a fin de que las Partes tengan el mismo número de oportunidades de referirse al alegado incumplimiento de la RP3.

10. El 11 de noviembre el Tribunal autorizó a las Partes presentar sus escritos de réplica y dúplica, respectivamente. El Tribunal determinó que el escrito de réplica solicitado por el Demandante se presentaría el 14 de noviembre de 2024 y el escrito de dúplica solicitado por la Demandada el 19 de noviembre de 2024.

11. El 14 de noviembre de 2024 el Demandante presentó su respuesta a la Contestación, en la que argumentó que la Póliza sí cumple con los requisitos de la RP3 y que protege a la Demandada ante una posible condena en costos en contra del Demandante (la "**Réplica**"). El Demandante también argumentó que, dado que ninguna de las quejas y objeciones de la Demandada restan la cobertura y protección contenida en la Póliza de la Garantía, dichos argumentos sólo persiguen de forma desesperada e injustificada la descontinuación del arbitraje.

12. El 19 de noviembre de 2024 la Demandada respondió a la Réplica y argumentó que lo manifestado por el Demandante sólo confirmó los defectos de la Póliza. Seguidamente, la

Demandada reiteró su solicitud de que el Tribunal rechace la Póliza y ordene la consecuente terminación del presente procedimiento (la "**Dúplica**").

13. El 4 de febrero de 2025, el Tribunal envió a las Partes un comunicado informándoles sobre el estatus de la decisión y sobre fecha de entrega prevista.

II. PETITORIOS DE LAS PARTES

A. EL DEMANDANTE

14. En el Escrito del Demandante, el Demandante solicita al Tribunal lo siguiente[1]:

> *1. Que **acepte** y **declare conforme** la garantía que con el presente escrito se deposita en favor de la Demandada.*
>
> *2. **Levante la suspensión** del procedimiento arbitral y, ordene su inmediata continuación.*

15. En la Réplica, el Demandante solicita al Tribunal lo siguiente[2]:

> [que] *acepte la póliza ofrecida y, con ello, se le permita al Demandante proceder (a través de Longford Capital Fund III), a pagar inmediatamente la suma de quinientos seis mil quinientos noventa y tres dólares (US$ 506,593), por concepto de premium, y se deje constancia de ello.*

B. LA DEMANDADA

16. En la Contestación, la Demandada solicita al Tribunal lo siguiente[3]:

> *(i) declare que el Demandante no ha cumplido con lo ordenado por la Resolución Procesal Nro 3 y (ii) ordene la descontinuación del proceso de conformidad con la Regla 63(6) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (2022). Mientras tanto, Costa Rica solicita que el presente arbitraje se mantenga suspendido.*

[1] Escrito del Demandante, pág. 2.
[2] Réplica, págs. 7-8.
[3] Contestación, pág. 8.

17. En la Dúplica, la Demandada solicita al Tribunal lo siguiente[4]:

> *(i) declare que el Demandante no ha cumplido con lo ordenado por la Resolución Procesal Nro. 3, y (ii) ordene la descontinuación del proceso de conformidad con la Regla 63(6) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (2022). Mientras tanto, Costa Rica reitera su solicitud de que el presente arbitraje se mantenga suspendido.*

III. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES

A. EL DEMANDANTE

18. El 1° de noviembre de 2024 el Demandante envió una comunicación al Tribunal y a la Demandada informando que, conforme a la orden del Tribunal en la RP3, procedía a "*depositar y mantener la garantía en los términos establecidos en el párrafo 67(b) de la RP2* […] *de conformidad con los términos y condiciones, así como la validez requerida, que el Demandante presentó como Anexo 4 a la Declaración del Demandante como parte de su Réplica*"[5]. Esto es, el depósito de una póliza emitida por Brace Lloyd's Consortium 9642 (Lloyd's), en beneficio de la Demandada, por la cantidad de USD 1,200,000.00.

19. En esa misma comunicación, el Demandante entregó la Póliza como anexo 1 y señaló que había sido remitida para su incepción con el número y los términos finales y la fecha de 31 de octubre de 2024. Añadió que tan pronto tuviera la Póliza debidamente timbrada y sellada, la remitiría al Tribunal y a la Demandada.

20. El 5 de noviembre de 2024 el Demandante hizo entrega de la Póliza timbrada y sellada en beneficio de la Demandada y, finalmente solicitó que el Tribunal (i) acepte y declare conforme la Garantía; (ii) le permita pagar inmediatamente el *premium* de la Póliza; y (iii) levante la suspensión del procedimiento arbitral y ordene su inmediata continuación[6].

[4] Dúplica, págs. 9-10.
[5] Escrito del Demandante, pág. 1.
[6] Escrito del Demandante, pág. 2; Réplica, págs. 7-8.

21. En contestación al alegado incumplimiento de la RP3 y la oposición por parte de la Demandada a la entrega de la Póliza, el Demandante argumenta que "*la Póliza de seguro presentada (a) sí cumple con los requisitos de la Resolución Procesal Nro 3, y (b) protege totalmente a Costa Rica de una eventual condena en costos*"[7]. El Demandante señala las siguientes razones que sustentan su aseveración:

22. Primera, el Demandante se enfoca en señalar que pagó un *premium* por un monto de USD 506,593 "*más oneroso de lo usual*" para incluir un *anti-avoidance endorsement* que permite que las exclusiones de la Póliza sean solo relevantes con respecto a la obligación potencial del asegurado de resarcir a la compañía de seguro, siendo estas exclusiones irrelevantes con respecto a la obligación de la compañía de seguro de pagarle a la Demandada[8].

23. El Demandante agregó que, si fuera necesario, Lloyd's se compromete a "*(i) informar inmediatamente al tribunal, en el supuesto hipotético y lejano, que la póliza sea cancelada y (ii) a partir de que fecha entraría en vigor*"[9]. Además, el Demandante enfatiza que la Póliza es clara en definir (a) el riesgo que se cubre: orden de pagar costas; (b) el monto: hasta $1,2 millones; (c) el beneficiario: el Demandado, o la República de Costa Rica, y también identifica plenamente (d) el procedimiento arbitral específico: Caso CIADI No. ARB(AF)/22/05[10].

24. Segunda, el Demandante señala que la participación de Solfin Corp. ("**Solfin**") en la Póliza es necesaria conforme a los términos no vinculantes adjuntos a la Declaración del Demandante, y debido a que el Demandante no es un residente estadounidense. En este sentido, el Demandante indica que, si bien Solfin es el asegurado nominal, la obligación protegida es la del Demandante, por lo que "*el hecho que Solfin sea el asegurado nominal no tiene ningún impacto en la cobertura de la Póliza*"[11]. Además, afirma el Demandante que es el "*dueño absoluto del capital social de Solfin*"[12].

[7] Réplica, pág. 1.
[8] Réplica, párr. 3.
[9] Réplica, párr. 5.
[10] Réplica, párrs. 5-7.
[11] Réplica, párr. 10.
[12] Réplica, párrs. 8-12.

25. Tercera, respecto a la nacionalidad y domicilio de la empresa de seguros Brace Lloyd's Consortium 9642, el Demandante señala que está domiciliada en Reino Unido y explica que por temas regulatorios el tomador formal de la Póliza "*deber ser una persona natural, aquella debe ser ciudadano o residente de ese país*" pero que "[e]*sa limitación regulatoria no aplica cuando se trata de corporaciones o sociedades de comercio solventes domiciliadas en jurisdicciones consideradas seguras por la empresa*"[13]. Por lo anterior, el Demandante expone que, al no ser ciudadano ni residente de Reino Unido, pero sí el único dueño de una empresa incorporada y domiciliada en Florida (Estados Unidos), se emitió la Póliza que cubre a cabalidad el riesgo que protege los intereses de la Demandada[14].

26. El Demandante también argumenta que el hecho de que la Póliza haya sido emitida en el Reino Unido y no en Estados Unidos no le resta cobertura, solvencia ni seguridad y que es innegable que la Póliza expresamente señala que la indemnización debe pagarse en la ciudad de Washington D.C., lo cual refuerza o blinda la ejecución de la Póliza, pues el lugar de pago de la Póliza es la sede del arbitraje[15].

27. Cuarta, contrario a lo que alude la Demandada, el Demandante expone que una empresa del nivel de sofisticación de Lloyd's realizó la debida diligencia para la emisión de la Póliza ya que constituye una práctica cotidiana a la que está obligada regulatoriamente Lloyd's[16]. Añade que dicha empresa de seguros también le ha transmitido al Demandante, para que remita al Tribunal, una declaración en la que deja constancia acerca de los documentos revisados para emitir la Póliza[17].

28. Quinta, el Demandante señala que la queja de la Demandada sobre que no hay constancia de pago del *premium* es infundada y desconoce deliberadamente la práctica del sector[18]. El Demandante aclara que una vez que el Tribunal acepte la Póliza, Longford Capital Fund III procederá a realizar el pago del *premium* y a demostrarlo al Tribunal para que se entienda

[13] Réplica, párr. 13.
[14] Réplica, párr. 13.
[15] Réplica, párr. 15(a), (g).
[16] Réplica, párr. 15(d).
[17] Réplica, párr. 15(d), Anexo B.
[18] Réplica, párr. 15(e).

satisfecha la Garantía en favor de la Demandada. De lo contario, señala el Demandante, sería "*impropio, impráctico y problemático*"[19].

29. Sexta, el Demandante contraargumenta la posición de la Demandada sobre el requerimiento de cobro o ejecución de la Póliza y señala que es falso que la Demandada dependa de Solfin para cobrar o ejecutar la Póliza, ya que la Póliza es un "*título valor que* […] *puede ser ejecutado de forma sumaria sin necesidad de demostrar otro título*"[20]. Por ende, a la Demandada le bastaría reclamar el pago en Washington D.C., Estados Unidos, al Demandante[21].

30. Finalmente, el Demandante indica que ninguna de las quejas u objeciones de la Demandada restan cobertura y protección a la Póliza emitida en su favor y tienen el objetivo de perseguir de forma desesperada la descontinuación injustificada del arbitraje[22].

B. LA DEMANDADA

31. La Demandada se opone a la Póliza presentada por el Demandante y argumenta que no cumple con los requisitos indicados en la RP3 y no protegería a la Demandada ante una eventual condena en costos al Demandante. Además, solicita que el Tribunal (i) declare que el Demandante no ha cumplido con lo ordenado por la RP3 y (ii) ordene la descontinuación del procedimiento con base en la Regla 63(6) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI de 2022 (las "**Reglas MC (2022)**").

32. La Demandada sostiene que la Póliza no puede diferir materialmente de los términos y condiciones establecidos en la Declaración del Demandante y la RP3[23]. En este sentido, la Demandada presenta los siguientes argumentos para sustentar su posición.

33. Primero, la Demandada nota que, contrario a lo ordenado en la RP3, el Demandante no es parte asegurada bajo la Póliza y esto incumple dicha resolución. Añade que el anexo 4 de la

[19] Réplica, párr. 15(e).
[20] Réplica, párr. 15(f).
[21] Réplica, párr. 15(f).
[22] Réplica, párr. 16.
[23] Dúplica, pág. 2.

Declaración del Demandante indicaba que las partes aseguradas bajo la Póliza serían tanto el Demandante como la empresa Solfin. Sin embargo, el texto de la Póliza señala únicamente a Solfin como parte asegurada, quien es una empresa ajena a la presente disputa y de quien se desconoce su patrimonio y distribución accionaria[24]. La Demandada también agrega que en la Réplica el Demandante reconoce no ser parte asegurada en la Póliza. Además, señala que el Demandante no ha proporcionado información sobre la solvencia de Solfin ni ha garantizado ni puede garantizar que continuará siendo accionista de dicha empresa durante el desarrollo del presente arbitraje[25].

34. Segundo, la Demandada critica que contrariamente a lo ordenado en la RP3, la vigencia de la Póliza depende de que Solfin cumpla con sus obligaciones bajo la misma y por ende no tiene certeza de poder recuperar los costos del arbitraje en caso de obtener una orden de costos a su favor. Según la Demandada, lo anterior viola la RP3, ya que en dicha resolución el Tribunal ordenó al Demandante a mantener la Garantía durante toda la duración del arbitraje[26].

35. La Demandada también plantea que el Demandante no ha presentado ninguna información sobre la situación patrimonial de Solfin, lo cual es un dato relevante siendo que es la empresa que debe cumplir obligaciones bajo la Póliza. Añade que, contrario a lo que señala el Demandante, una declaración por parte de Solfin obligándose a asumir las obligaciones económicas del Demandante en nada soluciona las deficiencias de la Póliza. En relación con lo anterior, la Demandada expone que, en su Réplica, el Demandante no niega que la vigencia de la Póliza depende del cumplimiento de obligaciones de Solfin[27].

36. Tercero, la Demandada sostiene que, conforme a la cláusula 5.9 de la Póliza, esta se rige por la ley de Inglaterra y Gales. Asimismo, señala que, de acuerdo con la Ley de Seguros de 2015 del Reino Unido, antes de celebrar un contrato de seguro, el asegurado tiene la obligación de presentar al asegurador una descripción justa del riesgo. En caso de incumplir dicha obligación, la ley otorga al consorcio asegurador el derecho de anular el contrato y rechazar cualquier reclamación. Por lo anterior, la Demandada argumenta que la validez de la Póliza depende de la

[24] Contestación, pág. 2.
[25] Dúplica, págs. 2-3.
[26] Contestación, págs. 3-4.
[27] Dúplica, págs. 3-4.

información que Solfin le entregó al consorcio asegurador al momento de su obtención, la cual la Demandada desconoce y no tiene forma de verificar[28]. En relación con lo anterior, la Demandada afirma que no es cierto que la cláusula "*anti-avoidance*" le impide al consorcio asegurador solicitar la anulación de la Póliza o rechazar el pago en caso de fraude o de presentación de información falsa por parte de Solfin[29].

37. Cuarto, la Demandada critica que, contrario a lo ordenado en la RP3, la Póliza excluye determinados costos de la Demandada, lo cual demuestra que la Póliza no cumple con lo ordenado en la RP3. La Demandada señala que la cláusula 3 de la Póliza establece "[e]*sta Póliza no cubre la responsabilidad del Asegurado en virtud de la Indemnización por Costos Adversos relativa a la porción de cualquier incremento en los Costos Adversos en la medida en que dicho incremento esté directamente causado y sea exclusivamente atribuible a cualquiera de los siguientes* [...] *El abandono, acuerdo o desistimiento de la Acción Legal sin el Consentimiento Por Escrito.*" (traducción libre del Tribunal)[30]. En referencia a lo anterior, la Demandada señala en su Réplica que el Demandante "*no rechaza ni contradice la objeción presentada*" respecto a que la Póliza excluye determinados costos del procedimiento arbitral[31].

38. Quinto, según la Demandada, no podría ejecutar la Póliza por si sola, ya que depende de la voluntad de Solfin en el entendido de que una reclamación de pago al consorcio asegurador solo puede ser realizada por Solfin[32]. Añade que en la Réplica el Demandante no explica cómo la Demandada podría ejecutar la Póliza sin el involucramiento de Solfin. Según la Demandada, el Demandante no ha demostrado que, bajo la Póliza, la Demandada puede realizar un reclamo de pago directamente al consorcio asegurador ya que nada en la Póliza ni en el *anti-avoidance*

[28] Contestación, pág. 4.
[29] Dúplica, págs. 4-5.
[30] Contestación, pág. 5 ("[t]*his Policy does not cover the Insured's liability under the Adverse Costs Indemnity relating to the portion of any increase in Adverse Costs to the extent such increase in Adverse Costs is directly caused by and solely attributable to any of the following […] The Legal Action being abandoned, settled or discontinued without Written Consent.*")
[31] Dúplica, pág. 6.
[32] Contestación, págs. 5-6.

endorsement consagran un derecho a favor de la Demandada para presentar el reclamo de pago directamente[33].

39. Sexto, para la Demandada, otro defecto de la Póliza es que no establece un plazo para que el consorcio asegurador la ejecute y pague a la Demandada, ya que la cláusula 5.14 establece que el consorcio asegurador tiene la obligación de realizar todos los "*esfuerzos razonables*" para realizar el pago dentro de 10 días luego de que Solfin presente una solicitud de pago al consorcio asegurador. Eso significa que el eventual cobro de la Demandada bajo la Póliza dependería de que Solfin efectivamente presentase la solicitud correspondiente, para lo cual no se establece plazo[34].

40. Séptimo, la Demandada también critica que no existe en la Póliza obligación alguna del consorcio asegurador de informar a la Demandada en caso de terminación de la Póliza, por lo que en cualquier momento la Demandada podría encontrarse, sin saberlo, en una situación de desprotección total[35]. La Demandada nota que en la Réplica el Demandante reconoció esta situación. Asimismo, el Demandante indicó en la Réplica que Litica Ltd. asumió el compromiso de notificar al Tribunal en caso de cancelación o finalización de la Póliza. Sin embargo, la Demandada sostiene que no es claro si dicho compromiso fue hecho en representación del consorcio asegurador, ya que el propio consorcio asegurador es quien tendría que asumir la obligación de comunicarle al Tribunal y a la Demandada cualquier modificación que afecte la Póliza, incluyendo su terminación o cancelación[36].

41. Octavo, la Demandada reprocha que el Demandante no ha acreditado haber pagado el *premium* de la Póliza y expone que el consorcio asegurado puede terminar la Póliza sin responsabilidad alguna, afectándose así la vigencia de la Póliza[37]. Además, señala que en la Réplica el Demandante reconoció que aún no ha pagado la Póliza, por lo cual la Póliza no es exigible[38].

[33] Dúplica, págs. 6-7.
[34] Contestación, pág. 6; Dúplica, pág. 7.
[35] Contestación, pág. 6.
[36] Dúplica, págs. 7-8.
[37] Contestación, págs. 6-7.
[38] Dúplica, págs. 8-9.

42. Finalmente, la Demandada argumenta que la Póliza no fue emitida por una entidad financiera en los Estados Unidos de América, como lo requiere la RP3. Expone la Demandada que la aseguradora de la Póliza es el consorcio Lloyd's (Brace Lloyd's Consortium 9642), el cual no tiene ni personería jurídica ni domicilio en Estados Unidos[39]. En relación con lo anterior, la Demandada enfatiza que el Demandante reconoce en su Réplica que la póliza de la Garantía no fue emitida por una entidad financiera en los Estados Unidos como lo requiere la RP3, e incluso el Demandante señala que este hecho es "*irrelevante*"[40].

IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

43. La presente decisión deja constancia de la resolución de la mayoría del Tribunal respecto de la Solicitud del Demandante, principalmente, que se determine que la Póliza de la Garantía presentada cumple con lo dispuesto en la RP3 y, en consecuencia, se levante la suspensión del procedimiento arbitral y se continúe con su tramitación.

44. Previo a adentrarse al análisis de las pretensiones de las Partes, el Tribunal considera relevante recordar el motivo por el cual decidió otorgar la Garantía en la RP2. La mayoría del Tribunal coincidió en que las circunstancias relevantes previstas en los criterios de la Regla 63 de las Reglas MC (2022) se satisfacían en este caso. Tras un análisis de riesgos, la mayoría del Tribunal concluyó que el derecho del Demandante de continuar con sus pretensiones no se veía afectado por la emisión de la Garantía, mientras que, debido a su situación de insolvencia, podría verse impedido de sufragar una eventual decisión adversa en costos. Por ello, la mayoría del Tribunal determinó que sí se justificaba que el Demandante depositara y mantuviera "*una fianza (o algún otro instrumento financiero equivalente) por un monto de USD 1.200.000.00 emitida por un banco solvente o una compañía de seguros en Costa Rica; y pagadera a la República de Costa Rica*". De lo ordenado en la RP2 se desprende que el Demandante tenía la obligación de presentar una garantía que cumpliera con los siguientes requisitos esenciales:

[39] Contestación, págs. 7-8.
[40] Dúplica, pág. 9; Réplica, párr. 15(a).

(i) La fianza o el instrumento financiero presentado ante el Tribunal permanecerían vigentes para que el Demandante sea capaz de sufragar una potencial decisión adversa en costos.

(ii) El valor de la fianza o instrumento financiero sería de USD 1,200,000.00.

(iii) La entidad emisora sería un banco solvente o compañía de seguros establecida en Costa Rica.

(iv) El pago debía ser garantizado en favor de la República de Costa Rica.

45. Posteriormente, más de cuatro meses y medio después de la emisión de la RP2, el Demandante le informó al Tribunal los diversos obstáculos enfrentados en Costa Rica para poder emitir la Garantía conforme a los requisitos ordenados. Por ejemplo, algunos de los impedimentos narrados por el Demandante fueron que ninguna de las aseguradoras contactadas, tanto privadas como estatales, ofrecían este tipo de pólizas en Costa Rica, ya sea porque no estaban familiarizadas con pólizas como la ordenada por el Tribunal en la RP2 o porque no podían emitir la fianza bajo los términos solicitados[41].

46. Tras analizar los diversos impedimentos enfrentados por el Demandante para emitir la Garantía en Costa Rica conforme a los requisitos ordenados por el Tribunal en la RP2 y ante el argumento del Demandante de que la "*única opción*" era emitir la Garantía ordenada desde los Estados Unidos[42], el Tribunal por unanimidad dictó la RP3, en la cual, con el objetivo de salvaguardar el derecho del Demandante de someter sus pretensiones al Tribunal y evitar la descontinuación del procedimiento, fue permisivo y autorizó y ordenó al Demandante a depositar y mantener la Garantía conforme a lo dispuesto en la RP2, con la excepción de que debía emitirse "*por una entidad financiera en los Estados Unidos de América, de conformidad con los términos y condiciones, así como con la validez requerida, que el Demandante presentó como Anexo 4 a la Declaración del Demandante como parte de su Réplica*". Es decir, el Tribunal por unanimidad autorizó al Demandante a presentar una garantía conforme a los términos que este propuso. Así,

[41] Declaración del Demandante, párrs. 1-16.
[42] Declaración del Demandante, párr. 16.

el Demandante quedó obligado a presentar una garantía que cumpliera con los siguientes requisitos esenciales:

(i) La garantía sería un Seguro ATE. En este contexto, una póliza de seguro diseñada para cubrir la responsabilidad del Demandante respecto del pago de todos los costos frente a una decisión adversa en costos.

(ii) Los asegurados serían el señor José Alejandro Hernandez Contreras y Solfin Corp.

(iii) El Seguro ATE presentado ante el Tribunal debía permanecer vigente para que el Demandante fuera capaz de sufragar una potencial decisión adversa en costos.

(iv) El valor del Seguro ATE sería de USD 1,200,000.00.

(v) El pago sería garantizado en favor de la República de Costa Rica.

(vi) La emisora del Seguro ATE sería una entidad financiera de los Estados Unidos.

(vii) La acción legal que cubre el seguro sería el Arbitraje ICSID Case No. ARB(AF)/24/5.

(viii) El Seguro ATE cubriría los "Costos Adversos".[43]

(ix) El seguro contendría un *Endorsement* titulado *Anti-avoidance enhancement*.

(x) La aseguradora sería Litica.

47. El Tribunal destaca que estos términos establecidos en la RP3 eran de cumplimiento obligatorio para el Demandante y que, salvo autorización previa del propio Tribunal, la Garantía debía adherirse estrictamente a dichos términos. Tal como el Tribunal señaló anteriormente, estos términos y condiciones fueron definidos de manera unánime por el Tribunal como indispensables

[43] Póliza, cláusula 1.2 ("*Adverse Costs means any amount of the Respondent's costs, expenses, legal fees, disbursements or similar, in the Legal Action that Claimant is ordered to pay or with Written Consent agrees to pay, but excluding any costs, expenses, legal fees, disbursements or similar ordered or agreed to be paid prior to the Inception Date*.")

para equilibrar el derecho del Demandante de presentar sus pretensiones ante el Tribunal con la certeza de la Demandada de poder ejecutar una eventual condena en costas a su favor.

48. El Tribunal considera que se está en una situación de garantía o protección suficiente sólo si la Póliza en su totalidad está detallada de forma tal que no exista el riesgo de no pago. Para que esto se dé, la Póliza debe garantizar beneficios directos a la Demandada en la recuperación de sus costos y que la eficacia en la ejecución de la Póliza no dependa de factores ajenos al Demandante, tal como se desprende del contenido de los requisitos ordenados por el Tribunal por unanimidad mediante la RP3. Para tomar la decisión contenida en esta Resolución Procesal, la mayoría del Tribunal consideró estos factores y prerrogativas para asegurar que el equilibrio en el procedimiento se mantuviera en todo momento.

49. Una vez analizados los argumentos de las Partes en sus escritos, así como tras haber realizado una revisión exhaustiva de la Póliza de la Garantía presentada por el Demandante, la mayoría del Tribunal determina que el Demandante no ha cumplido con emitir la Garantía conforme a los términos y condiciones señalados en la RP3. Cómo se expondrá a continuación, los incumplimientos del contenido de la Garantía respecto de lo ordenado por el Tribunal por unanimidad en la RP3 implican que la Demandada no estaría en una situación de garantía o protección plena para recuperar sus costos y, por lo tanto, existiría un desequilibrio procesal.

50. Aunque la mayoría del Tribunal reconoce que la Póliza de la Garantía incluye una disposición de "*Anti-avoidance*" destinada a garantizar que la aseguradora pague a la Demandada, incluso si se activaran algunas de las exclusiones o disposiciones de no pago bajo la Póliza o de la legislación general, también destaca que los términos en los que por unanimidad permitió al Demandante que presentara la Garantía eran los términos y condiciones que a juicio del Tribunal realmente satisfacían el balance procesal entre el derecho del Demandante de presentar sus prestaciones ante el Tribunal y la seguridad de la Demandada de que podía hacer efectiva una eventual condena en costos a su favor. Lo anterior va en consonancia con la Regla 63(5) de las Reglas MC (2022) que establece lo siguiente:

> *El Tribunal especificará cualquier término relevante en una resolución sobre garantía por costos y fijará el plazo para el cumplimiento de la resolución.*

51. En particular, la mayoría del Tribunal nota que la Póliza de la Garantía presentada por el Demandante no cumple con los requisitos esenciales establecidos de manera unánime por el Tribunal en la RP3, ya que: (i) no existe certeza de que la Póliza permanecerá vigente durante todo el arbitraje; (ii) el Demandante no figura como parte asegurada en la Póliza, como lo indicaba el Anexo 4 de su Declaración, y (iii) la Póliza no fue emitida en Estados Unidos.

52. Primero, tanto en la RP2 como en la RP3 el Tribunal ordenó de manera expresa al Demandante depositar y mantener vigente la Garantía para que el Demandante fuera capaz de sufragar una potencial decisión adversa en costos[44]. Esto implica que la responsabilidad de garantizar la vigencia de la Garantía recae exclusivamente en el Demandante y no puede ser delegada a un tercero. Sin embargo, la mayoría del Tribunal considera que los términos de la Garantía presentada por el Demandante no cumplen con este requisito, ya que mantener la vigencia de la Póliza recae en un tercero, *i.e*., Solfin.

53. Al respecto, la mayoría del Tribunal observa que, en su escrito de Contestación, la Demandada expuso que "*[l]a vigencia de la Póliza depende de que Solfin cumpla con sus obligaciones bajo la misma. Por ende, Costa Rica no tendría certeza o garantía de que podrá recuperar los costos del presente arbitraje*" y que un incumplimiento por parte de Solfin a sus obligaciones podría "*ocurrir en cualquier momento antes de que el Tribunal emita su orden de costos (posiblemente, por ejemplo, luego de la audiencia, cuando Costa Rica ya habría incurrido en millones de dólares en su defensa legal)*".[45] Del mismo modo, en su Dúplica, la Demandada enfatizó que "[…] *la vigencia de la Póliza depende de que Solfin cumpla con sus obligaciones bajo la misma*" y que "*ello es contrario a la Resolución Procesal Nro. 3, la cual ordenó al Demandante —y no a una tercera persona— a "mantener la Garantía" durante toda la duración del presente arbitraje*"[46].

54. El Tribunal advierte que en su Réplica el Demandante no se pronunció sobre los argumentos hechos valer por la Demandada sobre este punto. Al respecto, la Demandada notó en

[44] RP2, párr. 65; RP3, párr. 40.
[45] Contestación, pág. 3.
[46] Dúplica, pág. 4.

su Dúplica que "[e]*l Demandante no niega que la vigencia de la Póliza depende del cumplimiento de obligaciones de Solfin*"[47].

55. El Tribunal observa que el *Endorsement 1* de la Póliza de la Garantía establece que "[…]*el Asegurador conserva el derecho de terminar o cancelar la Póliza (incluyendo esta cláusula adicional) de acuerdo con los términos de la misma"* (traducción libre del Tribunal)[48]. Conforme a los términos de la Póliza, entre otras causales de terminación, se encuentran las siguientes:

> *Cláusula 4.1.*
>
> *Pago de la prima*
>
> *[…]*
>
> *4.1.2 Si la Prima (o cualquier parte de esta) permanece sin pagar treinta (30) Días Hábiles después de la Fecha de Pago, entonces:*
>
> *[…]*
>
> *4.1.2.2. El Asegurador tendrá derecho a cancelar esta Póliza mediante un aviso escrito de 15 Días Hábiles al Asegurado (un Aviso de Cancelación), con la condición de que, si el Asegurado paga la parte impagada de la Prima dentro del período de aviso de 15 Días Hábiles, el Aviso de Cancelación se retirará automáticamente. El período de aviso de 15 Días Hábiles podrá extenderse en cualquier momento con el Consentimiento por Escrito del Asegurador.*
>
> *4.1.3 Si la Póliza es cancelada tras un Aviso de Cancelación, el Asegurador no tendrá ninguna responsabilidad bajo esta Póliza con respecto a la Indemnización por Costos Adversos y reembolsará al Asegurado cualquier Prima pagada y el impuesto correspondiente sobre la prima. (Traducción libre del Tribunal)*[49]
>
> *Cláusula 5.4.1.*
>
> *Tan pronto como sea razonablemente posible tras el descubrimiento por parte del Asegurado de cualquier circunstancia que razonablemente pudiera dar lugar a*

[47] Dúplica, pág. 4.
[48] Póliza, *Endorsement 1* (*"[…] the Insurer remains entitled to terminate or cancel the Policy (including this Endorsement) in accordance with the terms of the Policy."*)
[49] Póliza, cláusula 4.1 ("*Payment of the premium […] 4.1.2 Should the Premium (or any part thereof) remain unpaid thirty (30) Business Days after the Payment Date then: […] 4.1.2.2 the Insurer shall be entitled to cancel this Policy with 15 Business Days written notice to the Insured (a Cancellation Notice), provided that if the Insured makes payment of the unpaid part of the Premium within the 15 Business Day notice period, the Cancellation Notice shall be automatically withdrawn. The 15 Business Day notice period may at all times be extended with the Insurer's Written Consent. 4.1.3 If the Policy is cancelled following a Cancellation Notice the Insurer shall have no liability under this Policy in respect of the Adverse Costs Indemnity and the Insurer shall refund any paid Premium and corresponding insurance premium tax to the Insured.*")

> *una Reclamación o tras la presentación de una Reclamación, el Asegurado deberá notificar al Asegurador utilizando el correo electrónico especificado en la Dirección de Notificación. (Traducción libre del Tribunal)*[50]
>
> *Cláusula 5.4.2.*
>
> *El Asegurado proporcionará informes trimestrales (Informes Trimestrales) al Asegurador sobre el estado actual de la Acción Legal y cualquier novedad ocurrida desde la Fecha de Inicio y/o la fecha del Informe Trimestral más reciente […]. (Traducción libre del Tribunal)*[51]
>
> *Cláusula 5.6.*
>
> *Rescisión o Retiro de la Indemnización por parte del Asegurador*
>
> *Sin perjuicio de cualquier otra disposición de esta Póliza, el Asegurador tiene derecho de cancelar o retirar la indemnización otorgada bajo la Póliza después de haber emitido un aviso por escrito con 30 días de antelación (el Período de Aviso) al Asegurado (salvo que se subsane dentro del Período de Aviso) en caso de un incumplimiento deliberado o imprudente de la Cláusula 5.4.[…]. (Traducción libre del Tribunal).*[52]

56. Lo anterior deja patente que, bajo los términos de la Póliza, la vigencia de la Garantía depende del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Solfin, y no por el Demandante, lo cual contradice lo expresamente ordenado de manera unánime por el Tribunal en la RP3, que dispuso que el Demandante debe mantener vigente la Garantía.

57. El Tribunal destaca que el *Endorsement No.1* de la Póliza de la Garantía establece que, en caso de terminación anticipada, "[e]*l Asegurador sigue siendo responsable de pagar los Costos Adversos cuando dichos costos sean incurridos por la Parte Demandada entre la Fecha de Inicio y la fecha en que la Póliza sea terminada o cancelada. Para evitar dudas, esta condición de temporalidad se refiere al momento en que la Parte Demandada incurrió en los costos en cuestión, no al momento en que la sentencia, orden, laudo o acuerdo origine dichos costos*" (traducción

[50] Póliza, cláusula 5.4.1 ("*As soon as is reasonably practicable upon discovery by the Insured of any circumstance which might reasonably be expected to give rise to a Claim or upon the making of a Claim the Insured shall notify the Insurer using the email specified in the Notification Address.*")
[51] Póliza, cláusula 5.4.2 ("*The Insured will provide quarterly reports (Quarterly Reports) to the Insurer on the current status of the Legal Action and any developments since the Inception Date and/or the date of the most recent Quarterly Report.* […].")
[52] Póliza, cláusula 5.6 ("*Notwithstanding any other term of this Policy, the Insurer is entitled to cancel or withdraw the indemnity provided under the Policy after 30 days written notice (the Notice Period) has been issued to the Insured (unless remedied in the Notice Period) if there is a deliberate or reckless breach of Clause 5.4.* [...]*.*")

libre del Tribunal)[53]. A juicio de la mayoría del Tribunal, lo expuesto evidencia que la Garantía no brinda a la Demandada una protección total para ejecutar una eventual condena en costos a su favor. Esto se debe a que, si la Garantía llegara a concluir de manera anticipada y, posteriormente, la Demandada continuara incurriendo en gastos, dichos gastos no serían cubiertos por la Garantía en caso de que el Tribunal emitiera una condena en costos a favor de la Demandada después de la cancelación de la Póliza.

58. En adición, la mayoría del Tribunal observa que la Póliza no prevé la obligación de notificar a la Demandada o al propio Tribunal por parte de la aseguradora, Solfin o el Demandante en caso de que se active alguno de los procedimientos establecidos en las cláusulas 4.1 y 5.6 de la Póliza para su terminación anticipada. La mayoría del Tribunal también advierte que, bajo la Póliza, ni la aseguradora, ni Solfin ni el Demandante tienen obligación de notificar a la Demandada o al Tribunal de la cancelación de la Póliza. Por lo tanto, como argumenta la Demandada, ni el Tribunal ni la Demandada tendrían la certeza de ser informados si la Garantía llegara a terminar de manera anticipada, lo cual afecta la seguridad de la Demandada de que podrá ejecutar una eventual condena en costos a su favor.[54]

59. Ante esta situación, el Demandante propuso en la Réplica y en el Anexo B que la aseguradora se comprometa a: (i) "*informar inmediatamente al tribunal, en el supuesto hipotético y lejano, que la Póliza sea cancelada*" e (ii) indicar que "*a partir de qué fecha entraría en vigor*" la cancelación de la Póliza[55]. Sin embargo, la mayoría del Tribunal considera que, aunque exista este compromiso, no tendría manera de hacerlo valer dado que proviene de un tercero sobre el cual el Tribunal no tiene jurisdicción. En consecuencia, a ojos de la mayoría del Tribunal, persistiría el riesgo de que el arbitraje avanzara sin que la Demandada o el Tribunal tuvieran conocimiento de que la Garantía perdió vigencia o fue cancelada.

[53] Póliza, *Endorsement 1* ("*The Insurer remains liable to pay Adverse Costs where such costs are incurred by the Respondent between the Inception Date and the date the Policy is terminated or cancelled. For the avoidance of doubt, this timing condition relates to when the cost in question was incurred by the Respondent, not when the judgment, order, award or agreement causes such costs to become Respondent's Costs.*")
[54] Contestación, pág. 6; Dúplica págs. 6-7.
[55] Réplica, pág. 3.

60. Consecuentemente, la mayoría del Tribunal concuerda con la Demandada en que "[l]*a vigencia de la Póliza depende de que Solfin cumpla con sus obligaciones bajo la misma. Por ende, Costa Rica no tendría certeza o garantía de que podrá recuperar los costos del presente arbitraje* […]".[56]

61. Segundo, tanto la Declaración del Demandante como su Anexo 4 señalan que los asegurados bajo la Garantía serían el Demandante y Solfin, una empresa incorporada en Florida y que es propiedad del Demandante. No obstante, el Tribunal observa que la Póliza de la Garantía presentada por el Demandante únicamente señala como parte asegurada a Solfin, no así al Demandante, lo cual es contrario a los términos del Anexo 4 ofrecido por el Demandante en su Declaración y consecuentemente a lo ordenado por el Tribunal de manera unánime en la RP3.

62. La mayoría del Tribunal no puede pasar por alto esta omisión, ya que para la mayoría del Tribunal es esencial que el Demandante sea precisamente el asegurado nominal y no una tercera persona que no tiene relación jurídica con este arbitraje. Esos son los términos bajo los cuales el Tribunal de forma unánime concedió al Demandante que se emitiera la Garantía, esto es, en apego al Anexo 4 de su Declaración: "*Asegurado: Litica proporcionará cualquier póliza ATE en Beneficio del Demandante José Alejandro Hernández Contreras y de Solfin Corp., una entidad estadounidense constituida en Florida y propiedad del Demandante José Alejandro Hernández Contreras*"[57]. (traducción libre del Tribunal).

63. Como lo advirtió el Tribunal de manera unánime en la RP3, el objetivo de la Garantía es asegurar que la Demandada tenga la certeza de que recibirá el pago de sus costos en caso de que se emita una decisión adversa en materia de costos a su favor y que no pueda ser satisfecha por el Demandante.[58]

64. De acuerdo con los términos de la Póliza de la Garantía, en caso de que esta sea cancelada por la aseguradora, que haya una disputa respecto a la interpretación de la Póliza, o en general que

[56] Contestación, pág. 3.
[57] Anexo 4 de la Declaración del Demandante ("*Insured: Litica will provide any ATE policy for the benefit of Claimant Jose Alejandro Hernandez Contreras and Solfin Corp., a US entity incorporated in Florida and owned by Claimant Jose Alejandro Hernandez Contreras.*")
[58] RP3, párr. 35.

surja cualquier controversia en relación con la Póliza, será Solfin quien tenga la facultad y el derecho exclusivo de presentar un reclamo en contra de la aseguradora, quedando excluido el Demandante de dicha facultad.

65. Específicamente, las cláusulas 1.5 y 5.12 de la Póliza disponen lo siguiente, respectivamente "[r]*eclamo significa una solicitud realizada por el Asegurado bajo esta Póliza para obtener indemnización por parte del Asegurador por cualquier pago o pérdida incurrida por el Asegurado en relación con la Indemnización de Costos Adversos o una orden del Tribunal que obligue al Demandante a pagar los Costos Adversos"* y "[...] *En caso de que el Asegurado impugne cualquier decisión del Asegurador de negar su consentimiento tras la notificación de un asunto que debía ser notificado al Asegurador conforme a esta Póliza, el Asegurado tendrá derecho a solicitar una revisión de dicha decisión del Asegurador.* [...] *Cualquier otro asunto en disputa entre las partes que surja de o esté relacionado con este seguro será remitido a un mediador* [...]" (traducción libre del Tribunal)[59].

66. Lo anterior implica que, un tercero ajeno a este arbitraje, sobre el cual el Tribunal no tiene jurisdicción y que en cualquier momento puede perder relación con las Partes, sea el único facultado para presentar un reclamo en contra de la aseguradora por las causales señaladas anteriormente. La mayoría del Tribunal considera que esto genera incertidumbre para la Demandada respecto de su derecho de recibir el pago de sus costos en caso de que se emitiera una resolución favorable en materia de costos.

67. En este sentido, la mayoría del Tribunal concuerda con la Demandada en que "*la Póliza no puede diferir materialmente de los términos y condiciones del Anexo 4 de la Declaración del Demandante, incluyendo en lo referente a las partes aseguradas*"[60] y que el hecho de que el

[59] Póliza, cláusula 1.5 ("*Claim means a request by the Insured under this Policy for indemnification by the Insurer for any payment or loss incurred by the Insured relating to the Adverse Costs Indemnity or an order of the Tribunal requiring the Claimant to pay Adverse Costs")*; cláusula 5.12 *("[…] In the event that the Insured disputes any decision taken by the Insurer to withhold consent following notification of a matter required to be notified to the Insurer under this Policy then the Insured shall be entitled to request a review of the Insurer's decision. […] Any other matters in dispute between the parties arising out of or in connection with this insurance will be referred to a mediator […].")*
[60] Dúplica, pág. 2.

Demandante no sea parte de la Póliza "*representa un incumplimiento de la Resolución Procesal Nro. 3*"[61].

68. Recapitulando estos dos incumplimientos analizados, la mayoría del Tribunal considera que no debe aceptar la Póliza si hay términos y condiciones en la Póliza o circunstancias en las que (i) el cumplimiento de los términos de la Póliza dependa de un tercero; y (ii) la aseguradora pueda alegar que se exime de realizar un pago o modificar sus obligaciones de pago a Costa Rica dejando a la Demandada en desprotección. Para la mayoría del Tribunal, ambas circunstancias se cumplen en este caso.[62]

69. Tercero, para la mayoría del Tribunal, el hecho de que la Póliza no sea emitida en Estados Unidos es otro requisito esencial señalado en la RP3 que ha sido incumplido por el Demandante.

70. El Demandante reconoce que la Póliza "*no fue emitida en EE. UU.*", e incluso indica que "*ese hecho es irrelevante*"[63]. La mayoría del Tribunal no concuerda con el Demandante. Por el contrario, el Tribunal de manera unánime modificó la RP2 con base en la Regla 63(8) de las Reglas MC (2022) a fin de hacer frente a los obstáculos a los que se estaba enfrentando el Demandante en Costa Rica para emitir la Garantía.

71. Fue el propio Demandante quien solicitó que se le permitiera emitir la fianza en los Estados Unidos de América, ya que era la "*única opción disponible*"[64]. Es más, el Demandante incluso aseguró que "*debido a las regulaciones aplicables y a su política corporativa*", la compañía de seguros Lloyd's of London "*solo puede emitir la póliza en los Estados Unidos de América*"[65]. Además, el Demandante también le informó al Tribunal que la Póliza de la compañía de seguros Lloyd's of London estaba "*lista para emitirse en los Estados Unidos de América*", y con ello satisfacer la orden del Tribunal[66]. Con base en esto y en los demás motivos señalados en la RP3,

[61] Contestación, pág. 2.
[62] Póliza, cláusulas 4.1, 5.4.1, 5.4.2, 5.6; *Endorsement 1* de la Póliza, párrs. 1, 4, 6.
[63] Réplica, párr. 15(a).
[64] Solicitud del Demandante del 6 de septiembre de 2024, pág. 2.
[65] Solicitud del Demandante del 6 de septiembre de 2024, pág. 1.
[66] Escrito del Demandante del 20 de septiembre de 2024, al cual se adjunta la Declaración del Demandante.

el Tribunal de manera unánime ordenó que la Garantía se emitiera en los Estados Unidos de América y no en cualquier otra jurisdicción.

72. No obstante, la Póliza que presentó el Demandante está emitida en el Reino Unido y está sujeta a derecho inglés[67], contraviniendo expresamente no solo los requisitos esenciales ordenados por el Tribunal de manera unánime en la RP3 sino también los propios compromisos y garantías del Demandante. La mayoría del Tribunal considera que el hecho de que el Demandante primero haya solicitado la autorización del Tribunal para precisamente "*consignar una garantía por la cantidad de US$ 1,200,0000 en beneficio de la Demandada (La República de Costa Rica), para que sea emitida por una empresa de seguros de elevada reputación y solvencia domiciliada en los Estados Unidos de América (EE.UU.)*"[68] y, posteriormente, tras obtener dicha autorización en los términos solicitados, desconocer su compromiso y manifestar que dichos términos son "*no vinculantes*" es contradictorio a la solicitud inicial del Demandante[69].

73. Asimismo, la mayoría del Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que estos factores implican que en el hipotético caso de que la Demandada tuviese que demandar el pago de la Garantía, la Demandada ahora correría el riesgo de litigar la Póliza en Inglaterra, con los gastos y costos adicionales que ello involucraría[70]. En la RP3, el Tribunal indicó que las complicaciones legales, los riesgos de demora y los costos adicionales derivados de emitir la Garantía en un país no autorizado dependen de escenarios hipotéticos[71]. Sin embargo, a juicio de la mayoría del Tribunal, los incumplimientos previamente analizados aumentan la probabilidad de que dichos escenarios hipotéticos se materialicen, lo que altera el equilibrio de riesgos considerado en la RP3, el cual permitió al Demandante presentar una póliza conforme a los términos que él mismo propuso y que ahora contraviene.

74. En adición a lo anterior, el Tribunal también observa que el cuarto párrafo del *Endorsement 1* establece que Solfin o el Demandante deben notificar al Tribunal, pero no a la Demandada, dentro de un plazo de cinco días hábiles sobre cualquier cambio material en la Póliza

[67] Póliza, cláusula 5.9, *Schedule*, pág. 12.
[68] Declaración del Demandante, párr. 2.
[69] Réplica, párr. 8.
[70] Dúplica, pág. 9.
[71] RP3, párr. 38.

de la Garantía que reduzca el límite de indemnización. Esto implica que se puede reducir de manera significativa el monto de la Póliza de la Garantía sin notificar previamente a la Demandada. A juicio de la mayoría del Tribunal, dicha situación representa un riesgo de que la Garantía presentada por el Demandante no sea suficiente para cubrir todos los costos de la Demandada, como fue ordenado de forma unánime por el Tribunal en la RP3.

75. Por estas razones señaladas anteriormente, la mayoría del Tribunal considera que el incumplimiento del Demandante altera de manera significativa el balance de riesgos valorado previamente en la RP3 que buscaba armonizar mediante la Garantía el derecho del Demandante a presentar sus pretensiones ante el Tribunal, la posibilidad de una eventual condena en costos que pudiera quedar incumplida, así como las complicaciones legales, riesgos de demora y costos adicionales señalados por la Demandada.

76. Una vez que ha quedado determinado el incumplimiento del Demandante a la RP3, el Tribunal deberá resolver lo relativo a las consecuencias del incumplimiento del Demandante. El Tribunal tiene presente que dichas consecuencias se encuentran en la Regla 63(6) de las Reglas MC (2022) que establece lo siguiente:

> *(6) Si una parte incumpliera una resolución para otorgar una garantía por costos, el Tribunal podrá suspender el procedimiento. Si el procedimiento se suspendiera durante más de 90 días, el Tribunal podrá, previa consulta a las partes, ordenar la descontinuación del procedimiento.*

77. Para ello, el Tribunal toma nota de la solicitud de la Demandada en su Contestación y Dúplica respecto de descontinuar el procedimiento de conformidad con la Regla 63(6) de las Reglas MC (2022) y la oposición a ello por parte del Demandante señalada en su Réplica. Asimismo, el Tribunal deja de manifiesto que en la RP3 unánimemente se reservó el derecho de mantener la suspensión o descontinuar el procedimiento en caso de no otorgarse la Garantía en un plazo de 15 días.

78. En este caso, como señaló previamente la mayoría del Tribunal, el Demandante ha incumplido con lo ordenado en la RP3 al no haber emitido la Garantía conforme a los términos y condiciones esenciales establecidos en dicha resolución. Este incumplimiento altera el equilibrio de riesgos considerado en la RP3 y al reevaluar este equilibrio de riesgos, la mayoría del Tribunal

concluye que la Póliza de la Garantía presentada por el Demandante no respalda adecuadamente el derecho de la Demandada de cobrar una posible condena en costos a su favor.

79. Además, el Tribunal destaca que la presentación de la Póliza de Garantía excedió el plazo de 15 días originalmente concedido unánimemente por el Tribunal al Demandante. Por último, el Tribunal nota que han transcurrido más de ocho meses desde que requirió al Demandante suscribir la Póliza y, considerando que incluso se modificó la RP2 para permitirle cumplir con los requisitos bajo las condiciones que él mismo manifestó como viables, la mayoría del Tribunal concluye que el Demandante no cumplió a cabalidad otorgar una garantía por costos en los términos que le fueron ordenados.

80. Estos nueve meses transcurridos se traducen en que el procedimiento lleva suspendido más de 90 días, ya que el 10 de junio de 2024 el Tribunal ordenó la suspensión del procedimiento arbitral y desde ese entonces se ha mantenido suspendido. A la fecha, el procedimiento lleva suspendido 281 días.

81. Por ende, en consideración de los hechos y argumentos de las Partes que el Tribunal tiene frente a si, así como de lo que conoció y analizó durante este incidente, la mayoría del Tribunal determina que lo procedente en este caso es la descontinuación del procedimiento en ejercicio de su facultad prevista en la Regla 63(6) de las Reglas MC (2022). En adición, la mayoría del Tribunal considera que mediante la descontinuación del procedimiento quedan a salvo los derechos sustantivos de las Partes para hacerlos valer en el futuro.

V. COSTOS

82. La Regla 62 de las Reglas MC (2022) establece lo siguiente en cuanto a la decisión sobre costos del procedimiento:

> *(1) Al distribuir los costos del procedimiento, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo:*
>
> *(a) el resultado del procedimiento o de una parte del mismo;*

> *(b) la conducta de las partes durante el procedimiento, incluyendo la medida en la que hayan actuado de manera expedita y eficiente en materia de costos y en cumplimiento de estas Reglas y de las resoluciones y decisiones del Tribunal;*
>
> *(c) la complejidad de las cuestiones; y*
>
> *(d) la razonabilidad de los costos reclamados.*

83. De conformidad con esta Regla, el Tribunal consideró las circunstancias relevantes enumeradas en la Regla 62 de las Reglas MC (2022) para llegar a su determinación sobre los costos. Guiado por la conducta procesal de las Partes, en particular por el incumplimiento del Demandante en emitir la Garantía conforme a lo ordenado en la RP3, pero también considerando la complejidad de las cuestiones planteadas, el Tribunal decide que cada Parte asumirá en partes iguales los costos del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros, así como los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos. Asimismo, cada Parte sufragará sus propios costos—es decir, sus honorarios legales y los honorarios de sus peritos—y los gastos relacionados con el procedimiento. Cualquier remanente será reembolsado a las Partes por el CIADI.

VI. DECISIÓN

84. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal por mayoría resuelve:

(a) NEGAR la Solicitud del Demandante;

(b) ORDENAR la descontinuación del procedimiento arbitral conforme a la Regla 63(6) de las Reglas MC (2022);

(c) ORDENAR que cada Parte asumirá en partes iguales los costos y gastos administrativos del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros. Además, cada una de las Partes sufragará sus propios costos y gastos en relación con el procedimiento.

[firmado]

Sr. Luis Alberto González García
Árbitro

Fecha: 17 de marzo de 2025

[firmado]

Sr. Alexander Yanos
Árbitro
Sujeto a la opinión disidente

Fecha: 17 de marzo de 2025

[firmado]

Dr. Claus von Wobeser
Presidente del Tribunal

Fecha: 17 de marzo de 2025

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 descontinuado 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 descontinuar 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 Nº 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 descontinuar 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 descontinuación 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