
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

DANIEL W. KAPPES
Y
KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES
Demandantes

C.

REPÚBLICA DE GUATEMALA
Demandada

Caso CIADI N.º ARB/18/43

DÚPLICA DE LOS DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

22 de noviembre de 2019

WHITE & CASE LLP
*Abogados de Daniel W. Kappes y
Kappes, Cassidy & Associates*

TABLA DE CONTENIDOS

Página

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LAS RECLAMACIONES DE LOS DEMANDANTES SE SOMETIERON DEBIDAMENTE A ARBITRAJE CON ARREGLO AL ARTÍCULO 10.16.1(A) DEL CAFTA-DR.....	3
A.	El sentido corriente del Artículo 10.16.1(A), en su contexto, permite a los Demandantes reclamar en nombre propio por los daños sufridos a raíz de las medidas adoptadas contra su inversión.....	4
1.	El sentido corriente del término “pérdidas o daños” así como la inclusión de “acciones” en la definición de “inversión”, demuestra que las reclamaciones por pérdidas reflejas son admisibles.....	5
2.	La práctica estatal anterior de la propia Demandada demuestra la procedencia de las reclamaciones por pérdidas reflejas al amparo del CAFTA-DR	7
3.	La jurisprudencia sobre el TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en su propio nombre por pérdidas reflejas.....	12
B.	Las reclamaciones de los Demandantes son acordes al objeto y fin del Artículo 10.16.1(A).....	19
1.	Permitir la presentación de reclamaciones por pérdidas reflejas es acorde con el objeto y fin del CAFTA-DR de proporcionar medios eficaces de solución de controversias.....	19
2.	Los accionistas que presentan reclamaciones por pérdidas reflejas en nombre propio no reciben una indemnización a expensas de los acreedores	30
C.	Los Demandantes presentaron reclamaciones por pérdidas sufridas por ellos como resultado de medidas adoptadas contra su inversión	34
D.	Los Demandantes dieron cumplimiento al requisito de la renuncia.....	43
E.	El Anexo 10-E del CAFTA-DR es inaplicable en este caso.....	47
III.	LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES POR TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA ES ADMISIBLE	51
A.	La objeción de la Demandada depende de una incorrecta caracterización de la reclamación de los Demandantes	52
B.	El sentido corriente del Artículo 10.16.2, en su contexto, confirma que la reclamación por trato de NMF de los Demandantes es admisible	56
C.	La Notificación de Intención de los Demandantes satisface el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR	62
D.	La reclamación de los Demandantes por trato de NMF es admisible como reclamación incidental con arreglo a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.....	70
IV.	ES OPORTUNA LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS.....	73
A.	La Demandada malinterpreta la naturaleza de la reclamación de los Demandantes	74

TABLA DE CONTENIDOS

Página

B.	La Demandada tergiversa el Derecho.....	78
----	---	----

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la Resolución Procesal N.º 1 de fecha 10 de septiembre de 2019, el Sr. Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates (“KCA” y, conjuntamente con el Sr. Kappes, los “Demandantes”) presentan la Dúplica sobre Objeciones Preliminares en respuesta a la Respuesta de la Demandada al Memorial de Contestación de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares presentado en virtud del Artículo 10.20.5 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (el “CAFTA-DR” o el “Tratado”).

2. En la Respuesta, la Demandada pasa por alto las explicaciones, los comentarios y la jurisprudencia que directamente socavan la base misma de las tres objeciones preliminares que plantea, y pretende que el Tribunal desestime las reclamaciones de los Demandantes por motivos que no tienen asidero alguno en el Tratado. Para ello, la Demandada caracteriza reiteradamente de forma incorrecta las reclamaciones de los Demandantes e insta al Tribunal a desatender las consecuencias lógicas de aceptar las equivocadas interpretaciones del Tratado que ella propone.

3. Respecto de su primera objeción (que el Tratado no permite el planteo de reclamaciones por pérdidas reflejas), la Demandada ni siquiera considera el sentido corriente de las disposiciones del Tratado. En cambio, solicita que el Tribunal haga a un lado el sentido claro de dicho instrumento en pos de supuestas preocupaciones de política normativa que los Estados Parte podrían haber abordado en él (pero no lo hicieron) según el aparente gusto actual de la Demandada. Le implora luego al Tribunal desoír el hecho de que aceptar su interpretación significaría que los inversionistas gozan de menos protección al amparo del CAFTA-DR (y el TLCAN) que la correspondiente a los inversionistas en virtud de cualquier otro tratado moderno de inversión, ya que adoptar la interpretación que propone significaría que los accionistas jamás podrían cobrar por pérdidas reflejas, lo cual constituye un fundamento común para el planteo de reclamaciones al amparo de tratados de inversión. Lo indicado también por la Demandada en el sentido de que el accionista mayoritario debe, cuando disponga de esa opción, plantear sus reclamaciones en nombre de la empresa no es sino otra interpretación interesada y no textual.

4. La Demandada tampoco puede conciliar sus prácticas anteriores, ni el objeto y fin del Tratado, con su actual postura de que el CAFTA-DR no permite el planteo de reclamaciones por pérdidas reflejas o que los accionistas mayoritarios deben reclamar en nombre de sus

inversiones. Como la objeción por la renuncia planteada por la Demandada depende de que se acepte su proposición de que los Demandantes solamente podrían haber reclamado en nombre de Exmingua, dicha objeción también fracasa, como lo ocurre también con su constante invocación del Anexo 10-E, que resulta inaplicable por sus propios términos.

5. Para sostener su segunda objeción (que corresponde desestimar la reclamación de los Demandantes por el trato de NMF porque no se la comunicó en la Notificación de Intención), la Demandada pretende recharacterizar la reclamación de los Demandantes, una vez más pasa por alto el sentido corriente del Tratado y pretende lograr un resultado que está reñido con el objeto y fin de dicho instrumento, así como con la jurisprudencia constante. El Tratado no contempla consecuencia alguna por omitir la mención de una disposición específica en la notificación de intención, y las circunstancias del caso claramente justifican la admisión de la reclamación en cuestión. Los Demandantes articularon claramente en la Notificación de Intención que los tribunales guatemaltecos y el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) habían tratado a Exmingua de manera menos favorable que a inversionistas de propiedad de nacionales en situación similar, como base de su reclamación por trato nacional. El hecho de que un tribunal guatemalteco haya actuado de manera igualmente discriminatoria respecto de una inversión de propiedad extranjera *después* de presentada la Notificación de Intención de los Demandantes, pero antes de que presentaran la Notificación de Arbitraje, en la que comunicaron su reclamación por trato de NMF, no puede justificar la desestimación de dicha reclamación.

6. La Demandada, que así lo reconoce implícitamente, intenta reformular la reclamación de los Demandantes por trato de NMF, a cuyo efecto sostiene que la base de esa reclamación está dada por una decisión anterior de la Corte Suprema, del año 2017, que se dictó antes de que los Demandantes presentaran la Notificación de Intención, y no la posterior decisión dictada por la Corte de Constitucionalidad en 2018. Esto es incorrecto y, de cualquier manera, la Demandada no puede plantear reclamaciones y defenderse de ellas a gusto: los Demandantes tienen derecho a formular sus propias reclamaciones. La Demandada reconoce que, cuando una parte demandada no se ve perjudicada por la omisión de una reclamación en una carta de notificación, invariablemente esas reclamaciones son admisibles, pero inexplicablemente sostiene que esta omisión la privó de la oportunidad de negociar una solución amistosa y preparar su defensa. Como todas las conversaciones que se mantuvieron resultaron completamente infructuosas, la Demandada no dio paso alguno para negociar

desde la presentación de la Notificación de Arbitraje hace más de un año y contará con prácticamente dos años para preparar su defensa frente a la reclamación por trato de NMF, sus quejas ponen la credulidad a prueba.

7. Al igual que su objeción por el trato de NMF, la objeción de la Demandada por prescripción depende, de modo similar, de su incorrecta caracterización de la reclamación de los Demandantes. En particular, la Demandada sigue aferrándose de la palabra “continuas” empleada en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes e insiste con que las protestas y los bloqueos que estallaron a principios de 2016 después de la decisión adoptada por la Corte Suprema en diciembre de 2015 y la negativa del MEM a suspender de inmediato la licencia de Exmingua no fueron sino una simple continuación de las protestas y los bloqueos que empezaron en 2012. Con ello, decide desconocer el hecho de que esas protestas y bloqueos anteriores concluyeron, lo cual hizo posible que Exmingua comenzara sus operaciones y las desarrollara durante dos años, tal como consta claramente en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes. Los anexos presentados por los Demandantes con su Memorial de Contestación ofrecen mayores detalles sobre este punto, son completamente coherentes con los hechos expuestos en la Notificación de Arbitraje y son admisibles, a pesar de la objeción opuesta en contrario por la Demandada. Como la reclamación de los Demandantes por protección y seguridad plenas se basa en medidas que comenzaron dentro del plazo de prescripción de tres años, que les ocasionaron daños a los Demandantes dentro de ese marco temporal, el planteo es oportuno.

8. En consecuencia, las tres objeciones preliminares planteadas por la Demandada tienen como premisa una versión reconstruida e interesada de las reclamaciones de los Demandantes, no encuentran sustento en el texto del Tratado ni en la jurisprudencia, y corresponde su rechazo.

II. LAS RECLAMACIONES DE LOS DEMANDANTES SE SOMETIERON DEBIDAMENTE A ARBITRAJE CON ARREGLO AL ARTÍCULO 10.16.1(A) DEL CAFTA-DR

9. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que el sentido corriente del Artículo 10.16.1(a), en su contexto, les permite plantear reclamaciones en su propio nombre por la pérdida de valor de su participación directa e indirecta en Exmingua,

sufrida a raíz de las medidas adoptadas por la Demandada contra Exmingua¹. Demostraron también que su interpretación es congruente con el objeto y fin del Tratado de establecer medios eficaces de solución de controversias, mientras que la interpretación de la Demandada que no permite las reclamaciones por las llamadas pérdidas reflejas es incompatible con el objeto y fin del Tratado². Por otra parte, los Demandantes explicaron que la propia práctica estatal anterior de la Demandada, así como la *jurisprudence constante* de los tribunales que intervienen en arbitrajes de inversión al amparo de tratados de inversión, sustentan su interpretación³. Por último, los Demandantes demostraron haber dado cumplimiento al requisito de la renuncia previsto en el Tratado y que el Anexo 10-E del CAFTA-DR no resulta aplicable en este caso⁴.

10. En la Respuesta, la Demandada mayormente omite abordar las posturas de los Demandantes basadas en principios de interpretación de los tratados y respaldadas por diversos casos resueltos al amparo de tratados de inversión. En cambio, intenta distraer la atención de su falta de tratamiento de los argumentos de los Demandantes y la sólida práctica arbitral internacional invocada por éstos con la remisión a diversas políticas normativas, comentarios y argumentos que no priorizan el texto del Tratado y no han merecido aceptación por parte de los tribunales internacionales por, entre otros, ese motivo.

A. El sentido corriente del Artículo 10.16.1(A), en su contexto, permite a los Demandantes reclamar en nombre propio por los daños sufridos a raíz de las medidas adoptadas contra su inversión

11. En su contexto, el sentido corriente del Artículo 10.16.1(a) les permite a los Demandantes reclamar en nombre propio por perjuicios sufridos a raíz de las medidas adoptadas contra su inversión. Esta interpretación encuentra sustento en el sentido corriente del término “pérdidas o daños” así como en la inclusión de “acciones” en la definición de “inversión”. Por otra Parte, la propia práctica estatal anterior de la Demandada demuestra que las reclamaciones por pérdidas reflejas son admisibles al amparo del CAFTA-DR. La jurisprudencia del TLCAN confirma también el derecho de los accionistas a plantear reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas.

¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 13-34.

² *Íd.*, párrs. 35-55.

³ *Íd.*, párrs. 25-34, 38-43 y 58-63.

⁴ *Íd.*, párrs. 64-81.

1. El sentido corriente del término “pérdidas o daños” así como la inclusión de “acciones” en la definición de “inversión”, demuestra que las reclamaciones por pérdidas reflejas son admisibles

12. De conformidad con los principios de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena, en el Memorial de Contestación los Demandantes demostraron que el sentido corriente del Artículo 10.16.1(a) y (b), interpretados en su contexto, confirma que las reclamaciones de los Demandantes se presentaron correctamente al amparo del Artículo 10.16.1(a)⁵. En particular, demostraron que ni el Artículo 10.16.1(a) ni el 10.16.1(b) del CAFTA-DR contienen texto restrictivo o limitante alguno que sustente lo aducido por la Demandada en el sentido de que un inversionista no puede plantear una reclamación al amparo del Artículo 10.16.1(a) en nombre propio por un perjuicio de los llamados “indirectos”, por daños causados al valor de su inversión en una empresa o su tenencia accionaria⁶. Los Demandantes también demostraron que el Artículo 10.16.1(a) no contiene texto restrictivo o limitante alguno que sustente lo aducido por la Demandada en el sentido de que un accionista mayoritario que es titular de una empresa o tiene una tenencia controlante en la misma no puede plantear una reclamación con arreglo a este artículo, si la reclamación es por daños surgidos de medidas adoptadas contra la inversión⁷. Los Demandantes también respaldaron su interpretación con la remisión a decisiones arbitrales en las que los tribunales rechazaron intentos de incorporar, al interpretar las disposiciones de un tratado, un texto restrictivo o condicionante⁸. Por último, los Demandantes explicaron que el contexto del Artículo 10.16.1(a) y (b), que incluye “acciones” en la definición del término “inversión”, también menoscaba el argumento de la Demandada de que los demandantes no pueden reclamar por las llamadas pérdidas reflejas al amparo del CAFTA-DR⁹.

13. En la Respuesta, la Demandada pasa por alto prácticamente todos estos puntos y no hace intento alguno de respaldar su interpretación errónea por remisión al sentido corriente del Tratado, en su contexto. *Primero*, la Demandada no ofrece ninguna respuesta frente al hecho de que el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR les permite a los demandantes plantear reclamaciones por “pérdidas o daños”, sin restringir ni limitar los tipos de pérdidas o daños

⁵ *Íd.*, párrs. 14-24.

⁶ *Íd.*, párr. 15.

⁷ *Íd.*, párr. 15.

⁸ *Íd.*, párrs. 16-19.

⁹ *Íd.*, párrs. 22-24.

que pueden ser materia de reclamación¹⁰. Tampoco da respuesta al hecho de que la idea de permitir reclamaciones por pérdidas o daños “en virtud de [una] violación o como resultado de ésta” se vería menoscabada si se interpretara el concepto de “pérdidas o daños” restrictivamente, como ella pretende. De modo similar, la Demandada pasa por alto que el texto del Artículo 10.16.1(b) es permisivo y no imperativo, ya que no exige que el demandante que tenga la propiedad o el control de la empresa someta todas o algunas de sus reclamaciones a arbitraje en nombre de la empresa¹¹. También pasa por alto el hecho de que el Artículo 10.16.1(b) le otorga al inversionista que es propietario de una empresa o ejerce el control de la misma la opción adicional de reclamar en nombre de la empresa¹² y, en consecuencia, no es algo sin sentido como lo sostiene reiteradamente la Demandada¹³. Cabe destacar que la Demandada no niega que interpretar el Artículo 10.16.1(a) y (b) de modo tal de excluir las reclamaciones por las llamadas pérdidas reflejas haría necesario que el Tribunal incorpore un texto adicional al Artículo 10.16.1, y que los tribunales se han negado constantemente a importar una fórmula restrictiva o limitante al texto de un tratado¹⁴. Tampoco niega que habría sido sencillo para los Estados Parte incluir en el texto del Artículo 10.16.1 una fórmula que excluyera las reclamaciones por pérdidas reflejas si así lo hubieran deseado¹⁵.

¹⁰ Ver Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos suscrito el 5 de agosto de 2004 (“CAFTA-DR”), Art. 10.16.1(a) (CL-0001-ENG-SPA) (“[E]l demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, [...] y (ii) que el demandante ha sufrido *pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta* [...]”) (énfasis añadido).

¹¹ *Ver íd.*, Art. 10.16.1(b) (“[E]l demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica de propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, *podrá*, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, [...] y (ii) que la empresa ha sufrido *pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta*”) (énfasis añadido).

¹² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 21; *ver también infra* párrs. 28 y 42.

¹³ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 68, 70-73, 81, 82, 90-96 y 119.

¹⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 15-20; *ver también* *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 1 de septiembre de 2009 (“*Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Anulación”), párr. 110 (CL-0051-ENG/SPA) (“Los argumentos de Argentina efectivamente intentan insertar una excepción en las disposiciones del TBI, con el efecto de que un inversor pueda iniciar un procedimiento con respecto a una supuesta violación al TBI en relación con su inversión ‘*excepto cuando la inversión sea una sociedad y la supuesta violación el TBI consista en un supuesto perjuicio a la sociedad o a los activos o derechos que le pertenecen legalmente a la sociedad, y no al inversor*’. Tal excepción no surge de los términos del TBI, y el Comité considera que una excepción de esa índole sería incongruente con la amplitud de la definición de ‘inversión’ del Artículo II(1)(a) del TBI”) (énfasis en el original).

¹⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 21.

14. *Segundo*, la Demandada no refuta el comentario de los Demandantes de que la inclusión de “acciones” en la definición de “inversión” sustenta la conclusión de que el Tratado permite las reclamaciones por pérdidas reflejas¹⁶. En cambio, intenta dejar este punto de lado al afirmar que está “fuera de lugar”¹⁷, es “completamente irrelevante”¹⁸ y es “equivoca[do]”¹⁹. Esto es incorrecto. El hecho de que los Estados Parte hayan incluido intencionalmente el término “acciones” en un listado ejemplificativo de activos que constituyen una “inversión” y hayan contemplado el arbitraje entre el inversionista y el Estado de reclamaciones por pérdidas o daños a las “inversiones” indica que las reclamaciones por pérdidas o daños ocasionados a las acciones del demandante están contempladas²⁰. Tal como lo razonó el comité *ad hoc* que intervino en *Azurix c. Argentina*, “ninguna parte del Artículo I(1)(a) [del TBI entre EE. UU. y Argentina, que contiene una definición amplia de ‘inversión’] sugiere que sólo los derechos legales de Azurix en calidad de accionista de ABA están amparados por el tratado”²¹. Limitar las reclamaciones a aquellas planteadas por los llamados perjuicios “directos”, como la toma de acciones, por contraposición a la pérdida de valor de las acciones, resulta entonces incongruente con el sentido corriente, en su contexto, de los Artículos 10.16.1 y 10.28.

2. La práctica estatal anterior de la propia Demandada demuestra la procedencia de las reclamaciones por pérdidas reflejas al amparo del CAFTA-DR

15. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que la práctica anterior de la propia Demandada en el caso *TECO c. Guatemala*, tramitado al amparo del CAFTA-DR, confirma que el Artículo 10.16.1(a) permite que el demandante reclame en nombre propio por la pérdida de valor de sus acciones en una empresa que ha sido blanco de

¹⁶ *Íd.*, párrs. 22-24.

¹⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 57.

¹⁸ *Íd.*, párr. 58.

¹⁹ *Íd.*, párr. 94.

²⁰ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 24.

²¹ *Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Anulación (CL-0051-ENG/SPA), párr. 94; *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso CIADI N.º ARB/15/20, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños del 19 de febrero de 2019 (“*Cube Infrastructure c. España*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños”), párrs. 197-198 (CL-0059-ENG) (“La palabra ‘indirectamente’ [en la definición de ‘inversión’] es una respuesta completa a la objeción opuesta por España por la personalidad societaria. [...] En respuesta a la invocación del texto que hace el Demandante, España afirma que su objeción se refiere a la legitimación, más que a una diferencia en torno del concepto de ‘Inversión’ según se lo define. No obstante, la legitimación de los Demandantes en los términos del TCE no se rige por el derecho internacional consuetudinario ni los principios generales del derecho. Se rige por el TCE y el Convenio del CIADI”).

medidas que violan las obligaciones que le caben al Estado en virtud del Tratado²². Los Demandantes también explicaron que en el caso *RDC c. Guatemala*, tramitado al amparo del CAFTA-DR, Guatemala se opuso a que se le pagara el laudo a la empresa (que sería lo necesario si se dictara condena por una reclamación planteada en nombre de la empresa) porque ello provocaría que nacionales guatemaltecos que eran accionistas minoritarios de la empresa recibieran una indemnización indirecta por la violación del tratado cometida por Guatemala²³.

16. En su Respuesta, la Demandada aduce que “[l]os Demandantes y este Tribunal no pueden utilizar las objeciones planteadas o no en otros casos como motivos para evaluar la propiedad de las objeciones formuladas en el presente Arbitraje”²⁴. Luego especula en cuanto a sus propias motivaciones, y afirma que el motivo por el cual Guatemala planteó determinadas defensas en ciertos casos y no en otros “puede[] haber sido por eficiencia, por una asignación intencional de recursos o para centrarse en argumentos específicos”²⁵. Por último, afirma que su “posición [...] en casos anteriores es completamente consistente con su posición en el presente arbitraje”²⁶. No obstante, la práctica anterior de la Demandada confirma que la interpretación del Tratado que proponen los Demandantes es correcta y los intentos de aquella por minimizar y diferenciar esa práctica anterior no son convincentes.

17. *Primero*, sigue estando fuera de discusión el hecho de que TECO planteó una reclamación por las llamadas pérdidas reflejas al amparo del Artículo 10.16.1(a), que Guatemala no opuso objeción alguna al respecto y que TECO consiguió un laudo indemnizatorio por pérdida refleja²⁷. La Demandada no puede conciliar las posturas que sostuvo en ese caso con las que sostiene en este y, entonces, en cambio, ofrece una seguidilla de excusas y especula en cuanto a sus propias posibles motivaciones²⁸.

²² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 25-29.

²³ *Íd.*, párrs. 53-55; *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Dúplica de Guatemala sobre el Fondo del 21 de octubre de 2011, párr. 375 (CL-0069-ENG); *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012 (“*Railroad Development c. Guatemala*, Laudo”), párr. 266 (CL-0068-ENG).

²⁴ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 87.

²⁵ *Íd.*, párr. 87.

²⁶ *Íd.*, § IV.D.2; *ver también íd.*, párr. 85 (lo mismo).

²⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 26-28; *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013 (anulado parcialmente) (“*TECO c. Guatemala*, Laudo”), párrs. 437-441, 488, 716 y 742 (CL-0031-ENG/SPA).

²⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 87-88.

18. En el caso *TECO*, Guatemala planteó varias objeciones a la jurisdicción y admisibilidad; luego formuló diversas objeciones en un infructuoso intento de lograr la anulación del laudo; y opuso objeciones adicionales a la jurisdicción ante un tribunal estadounidense en un intento de evitar la ejecución del laudo definitivo del tribunal original²⁹. Han transcurrido ya nueve años desde que se planteó la reclamación en el caso *TECO*, y parte de la misma continúa en trámite ante un nuevo tribunal³⁰. Con seguridad, Guatemala no se vio movida por razones de “eficiencia” en ese caso, y su deseo de eficiencia no puede explicar su falta de oposición de una objeción en el sentido de que el CAFTA-DR supuestamente no permite el planteo de reclamaciones por pérdidas reflejas.

19. En *Oil Platforms*, la CIJ reconoció la importancia de la falta de invocación en el pasado, por las partes del Tratado de Amistad entre Irán y EE. UU., de una disposición de dicho Tratado respecto del derecho reclamado. En ese caso, Irán invocó el Artículo I del Tratado de Amistad, que dispone que “[h]abrá paz firme y duradera y amistad sincera entre Estados Unidos [...] e Irán”³¹. Irán alegó que esta disposición “no se limita a formular una recomendación o un deseo [...], sino que impone obligaciones efectivas a las Partes Contratantes, por lo que las obliga a mantener duraderas relaciones pacíficas y amistosas”³². Irán adujo que correspondía interpretar la disposición de modo tal de darle máxima eficacia, y afirmó, básicamente, que la disposición importaba al Tratado las reglas generales del derecho internacional sobre la amenaza y el uso de la fuerza, con la consecuencia de que cualquier violación de esas reglas generales también constituiría una violación del Tratado³³.

²⁹ *TECO c. Guatemala*, Laudo, párr. 441 (CL-0031-ENG/SPA); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Decisión sobre Anulación del 5 de abril de 2016 (“*TECO c. Guatemala*, Decisión sobre Anulación”), §§ 1.7 a 1.14 (CL-0100-ENG/SPA); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Acción Civil N.º 17-00102 (RBW), Tribunal Federal de Primera Instancia del Distrito de Columbia, Memorandum de Derecho en sustento de la Solicitud de Guatemala de desestimación de la petición del 17 de abril de 2017, págs. 2-3 (CL-0101-ENG).

³⁰ *TECO c. Guatemala* (nueva presentación), ver *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Detalles del caso, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/23> (visitada el 22 de noviembre de 2019) (CL-0102-ENG).

³¹ *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Objeción Preliminar, Sentencia del 12 de diciembre de 1996, 1996 I.C.J. Rep. 803, pág. 812, párr. 24 (CL-0103-ENG).

³² *Íd.*, pág. 812, párr. 25.

³³ *Íd.*, págs. 812-813, párr. 25.

20. La CIJ rechazó la interpretación del Artículo I del Tratado propuesta por Irán y luego determinó que la práctica posterior de las partes en los escritos anteriormente presentados ante la CIJ en casos anteriores basados en el mismo Tratado confirmaba su interpretación:

La práctica seguida por las Partes respecto de la aplicación del Tratado no conduce a conclusiones distintas. Estados Unidos jamás invocó ese Artículo en procesos en los que Irán estuviera involucrado y, más especialmente, no invocó ese texto en el caso referente al *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*. Irán tampoco invocó ese Artículo, por ejemplo, en el proceso tramitado ante esta Corte en el caso referente al *Incidente Aéreo del 3 de julio de 1988*³⁴.

21. La práctica anteriormente seguida por Guatemala en el caso *TECO*, al omitir plantear como objeción que las reclamaciones por pérdidas reflejas no pueden someterse al conocimiento de un tribunal al amparo del Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, confirma, del mismo modo, la interpretación de los Demandantes en contrario. La afirmación de la Demandada de que “el Tribunal no necesita abordar cuestiones complejas relacionadas con accionistas desprotegidos o minoritarios” no hace sino subrayar su enfoque contradictorio y la falta de fundamento de su postura³⁵. El Tribunal no puede sencillamente pasar por alto la práctica anteriormente seguida por Guatemala en el caso *TECO*, por el hecho de que *TECO* era un accionista minoritario que no podría haber planteado la reclamación en nombre de la empresa. La idea de permitir que un accionista minoritario presente una reclamación por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 10.16.1(a), pero exigir que el accionista mayoritario o controlante presente esa misma reclamación al amparo del Artículo 10.16.1(b) no tiene asidero en el texto del Tratado y sería incongruente con la postura de la Demandada de que el CAFTA-DR no permite *ninguna* reclamación por pérdidas reflejas³⁶. Expresado en términos sencillos, la interpretación del Tratado que propone la Demandada en este caso es imposible de conciliar con su práctica anterior en el caso *TECO*. Soslayar las “cuestiones complejas relacionadas con accionistas [...] minoritarios”³⁷ no basta para esconder el hecho de que la Demandada no ha planteado una interpretación lógica, congruente y contextual del Tratado que vaya a privar a los Demandantes de su legitimación para someter sus reclamaciones a arbitraje al amparo del Artículo 10.16.1(a).

³⁴ *Íd.*, pág. 815, párr. 30 (CL-0103-ENG).

³⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 9.

³⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 29.

³⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 9.

22. *Segundo*, la Demandada no concilió la práctica que siguió anteriormente en el caso *RDC* con la postura que sostiene en este caso. Como lo explicaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, el demandante en *RDC* planteó su reclamación con arreglo tanto al Artículo 10.16.1(a) como (b)³⁸ y, por consiguiente, presentó renunciaciones en nombre propio y de su empresa³⁹. Guatemala se opuso a que se pagara la condena indemnizatoria a la empresa (que es lo que correspondería respecto de cualquier reclamación por el Artículo 10.16.1(b)) por el hecho de que había accionistas minoritarios de la empresa que eran nacionales guatemaltecos y que se beneficiarían indirectamente con esa condena, a pesar de no gozar de derechos en virtud del Tratado⁴⁰. Como la indemnización, por pedido de Guatemala, se le pagó al demandante (y no a su empresa), la condena se dictó en virtud de una reclamación planteada por el demandante en nombre propio al amparo del Artículo 10.16.1(a).

23. Las medidas cuestionadas en *RDC* estuvieron dirigidas a la empresa. Específicamente, FVG, que es una empresa guatemalteca cuya propiedad mayoritaria y control estaban en manos del demandante, suscribió varios contratos de usufructo con FEGUA, la empresa estatal responsable de determinados servicios y gestión ferroviaria⁴¹. Posteriormente, a pedido de FEGUA, el Procurador General recomendó que Guatemala declarara la nulidad de uno de los contratos y, a tal efecto, el Gobierno dictó una resolución por la cual lo declaraba lesivo⁴². La insistencia de Guatemala en *RDC* con que la reclamación estuvo correctamente planteada por el demandante en su propio nombre resulta entonces imposible de conciliar con los argumentos que aquí formula según los cuales los Demandantes no tienen legitimación para presentar las reclamaciones en su propio nombre para impugnar medidas dirigidas a su inversión. Una vez más, el pedido de la Demandada de que el Tribunal esquive las “cuestiones complejas relacionadas con accionistas desprotegidos”⁴³ sencillamente subraya el hecho de que la interpretación del Tratado que ella propone en este caso es oportunista y equivocada.

³⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 54; *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo, párr. 1 (CL-0068-ENG).

³⁹ *Railroad Development Corp. (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADIN.º ARB/07/23, Solicitud de Inicio del Proceso Arbitral del 14 de junio de 2007, párr. 14 (RL-0081-ENG).

⁴⁰ *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo, párr. 266 (CL-0068-ENG).

⁴¹ *Íd.*, párrs. 30-34.

⁴² *Íd.*, párrs. 35-37.

⁴³ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 9.

3. La jurisprudencia sobre el TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en su propio nombre por pérdidas reflejas

24. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que los tribunales del TLCAN han rechazado reiteradamente objeciones opuestas por Estados demandados según las cuales los demandantes no pueden cobrar por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 1116 del TLCAN (que corresponde al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR), medidas por el menoscabo ocasionado al valor de su tenencia accionaria en la empresa⁴⁴. Por ejemplo, en *GAMI c. México*, que fue un caso en el que un accionista minoritario planteó una reclamación respecto de su empresa mexicana cuyos activos se expropiaron, el tribunal rechazó la excepción opuesta por México según la cual el demandante no tenía legitimación, y advirtió que “[e]l hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada”⁴⁵. Del mismo modo, los tribunales han rechazado la afirmación de que los accionistas mayoritarios solamente pueden cobrar por las pérdidas reflejas indirectamente, con la presentación de reclamaciones en nombre de la empresa de que son propietarios o que está bajo su control, de conformidad con el Artículo 1117 (que corresponde al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR)⁴⁶. Tanto en *Pope & Talbot c. Canadá* como en *UPS c. Canadá*, los tribunales rechazaron entonces la objeción opuesta por Canadá según la cual los demandantes solamente podrían haber planteado reclamaciones al amparo del Artículo 1117 respecto de daños sufridos como resultado de medidas dirigidas a subsidiarias de su propiedad absoluta⁴⁷.

⁴⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 30-34.

⁴⁵ *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Final del 15 de noviembre de 2004 (“*GAMI c. México*, Laudo Final”), párrs. 12-13, 17 y 26-27 (CL-0036-ENG/SPA).

⁴⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 33-34.

⁴⁷ *Pope & Talbot, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Daños del 31 de mayo de 2002 (“*Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños”), párrs. 74-75, 78 y 80 (CL-0028-ENG) (“[N]o podría ser más claro que un inversionista puede presentar reclamaciones conforme al Artículo 1116 por pérdida o daño a su participación en la empresa correspondiente, que sea una persona jurídica propiedad del inversionista. Por lo tanto, en el presente caso, cuando el inversionista es el único propietario de la empresa (que es una sociedad anónima y, por consiguiente, una inversión de conformidad con las definiciones contenidas en los artículos 1139 y 201), es evidente que puede presentar una reclamación por pérdida o daño a su participación en esa empresa/ inversión con arreglo al Artículo 1116... [L]a existencia del Artículo 1117 no impide presentar una reclamación en virtud del Artículo 1116”); *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CIADIN.º UNCT/02/1, Laudo sobre el Fondo del 24 de mayo de 2007 (“*UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo”), párrs. 32-35 (CL-0037-ENG) (“[L]as reclamaciones en este caso están debidamente presentadas conforme al artículo 1116 y también coincidimos en que la distinción entre reclamar en virtud del artículo 1116 o el artículo 1117, en el contexto de esta controversia al menos, es casi absolutamente formal, sin

25. En la Respuesta, la Demandada afirma que el “TLCAN ofreció una solución única para abordar las preocupaciones de política normativa relacionadas con reclamaciones por pérdidas reflejas al otorgarle legitimación activa a los accionistas para presentar reclamaciones derivativas, es decir, reclamaciones en nombre de su compañía local, siempre que se cumplan algunos requisitos”⁴⁸. Dice mucho el hecho de que la Demandada sustente sus consideraciones atinentes a los Artículos 1116 y 1117 con referencias a trabajos de doctrina⁴⁹ y las presentaciones efectuadas en otros casos por Partes del TLCAN⁵⁰, pero no con decisiones de tribunales. La Demandada aduce luego que permitir reclamaciones por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 1116 del TLCAN privaría de sentido al mecanismo previsto en el Artículo 1117⁵¹. Por último, la Demandada aduce que “[l]a razón por la cual la Demandada no identificó casos sobre reclamaciones por pérdidas reflejas en sus Objeciones Preliminares es porque los Demandantes no presentaron reclamaciones por pérdidas reflejas en sus Notificaciones”⁵². La postura de la Demandada es incorrecta por los siguientes motivos.

26. *Primero*, la Demandada sostiene que la doctrina ha destacado el carácter singular del mecanismo de planteo de reclamaciones derivativas del TLCAN⁵³. Sin embargo, las posturas de la doctrina no reemplazan ni modifican el sentido del texto del TLCAN, ni pueden reemplazarlo o modificarlo. Como lo han entendido diversos tribunales, el texto claro del TLCAN permite que los accionistas planteen reclamaciones por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 1116⁵⁴. Por otra parte, ninguna de las fuentes invocadas por la Demandada dice siquiera que el TLCAN *excluye* reclamaciones por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 1116⁵⁵. Como también consta en el Memorial de Contestación de los Demandantes, los

que ello tenga ninguna implicación significativa en el fondo de las reclamaciones o los derechos de las partes. UPS es el único propietario de UPS Canada. Como tal, tiene derecho a presentar una reclamación por sus pérdidas, incluidas las pérdidas sufridas por UPS Canada. . . . Si el daño fue ocasionado directamente a UPS, o directamente a UPS Canada y solo indirectamente a UPS, resulta irrelevante respecto de nuestra jurisdicción para conocer de estas reclamaciones”).

⁴⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 60.

⁴⁹ *Íd.*, párrs. 61-64 y 71.

⁵⁰ *Íd.*, párrs. 65-69 y 72.

⁵¹ *Íd.*, § IV.C.3, párrs. 70-73.

⁵² *Íd.*, párr. 80.

⁵³ *Íd.*, § IV.C.1, párr. 61.

⁵⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 30-34; *ver infra* párrs. 29-31.

⁵⁵ En su Guía del Capítulo Once del TLCAN, la Sra. Meg Kinnear y la Sra. Andrea Bjorklund, de hecho, coinciden con los Demandantes en cuanto a que “el Artículo 1116 sí permite que un inversionista de una Parte presente una reclamación en la que alegue que ha sido perjudicado debido a los daños ocasionados a su

tribunales disponen de medios para ocuparse de los aspectos que preocupan a los autores de las referencias presentadas por la Demandada, lo que incluye configurar los laudos de forma tal que se evite la doble indemnización o el doble pago⁵⁶.

27. *Segundo*, la Demandada afirma que las Partes del TLCAN coinciden en que el Artículo 1116 no permite que un accionista cobre por pérdidas reflejas⁵⁷. Sin embargo, la Demandada no reconoce que los tribunales ante los cuales se efectuaron presentaciones de Estados demandados y Partes no contendientes se negaron a adoptar la interpretación de las Partes del TLCAN tal como se la propone en estas presentaciones y a declinar su jurisdicción o concluir la improcedencia de las reclamaciones planteadas al amparo del Artículo 1116⁵⁸. De cualquier manera, las presentaciones que cita la Demandada no modifican ni pueden modificar el sentido del TLCAN, que (como lo han determinado diversos tribunales) permite que los accionistas cobren al amparo del Artículo 1116 por los perjuicios que hayan sufrido a raíz de medidas dirigidas a su empresa. Por otro lado, las Partes del TLCAN no son las Partes del CAFTA-DR y, por consiguiente, la Demandada se equivoca al invocar la práctica estatal posteriormente seguida por las Partes del TLCAN: no ha habido práctica estatal posterior alguna de las Partes del CAFTA-DR en cuanto a este tema de interpretación que fuera a ser relevante para la interpretación del Tratado por parte de este Tribunal.

inversión, incluida una inversión que se trate de una empresa”. MEG KINNEAR, ANDREA BJORKLUND Y OTROS, INVESTMENT DISPUTES UNDER NAFTA: AN ANNOTATED GUIDE TO NAFTA CHAPTER 11, págs. 1116-8 (2006) (CL-0035-ENG).

⁵⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 70-71 y notas 140-141; Nota de la Secretaría del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas*, 9 de agosto de 2019, párr. 22 (RL-0058-ENG/SPA) (“[a]lgunos tribunales arbitrales que entienden en casos de SCIE han estado atentos a esta cuestión y han adoptado medidas proactivas para evitarla, por ejemplo, han tenido en cuenta la existencia de reclamaciones previas y en curso relacionadas con un mismo caso o han prorrateado la indemnización”).

⁵⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 65-69 y § IV.C.2.

⁵⁸ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 32-34 (en que se aborda *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párrs. 74, 75, 78 y 80 (CL-0028-ENG); *GAMI c. México*, Laudo Final, párrs. 12-13, 17, 26, 27 y 33 (CL-0036-ENG/SPA); *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párrs. 32-35 (CL-0037-ENG)); ver también *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000 (“*S.D. Myers c. Canadá*, Laudo Parcial”), párrs. 290 y 301 (CL-0104-ENG) (“[L]o planteado por SDMI es que ha sufrido un perjuicio económico en su inversión a raíz de la interferencia en sus operaciones, los contratos y las oportunidades perdidas en Canadá. SDMI plantea sus reclamaciones de conformidad con el Artículo 1116 del TLCAN. [...] El Tribunal ha determinado que la prohibición impuesta por CANADÁ a las exportaciones de bifenilos policlorados a EE. UU. constituyó un incumplimiento de las obligaciones de CANADÁ [en virtud del TLCAN] [...]. En la medida en que esta conducta le ocasionó un daño a SDMI al perjudicar su inversión, Myers Canada, CANADÁ debe pagarle una indemnización a SDMI”). Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 58-59 e *infra* párrs. 32-33 (en que se aborda *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Daños, del 10 de enero de 2019 (“*Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Daños”) (CL-0070-ENG)).

28. *Tercero*, la Demandada aduce incorrectamente que permitir las reclamaciones por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 1116 del TLCAN dejaría sin sentido al mecanismo del Artículo 1117⁵⁹. El Artículo 1117 (al igual que el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR) ofrece una opción adicional para que el inversionista que es propietario de una empresa o tiene el control de ésta plantee una reclamación⁶⁰. También ofrece una cobertura distinta de la del Artículo 1116. Ello obedece a que, al concederles a los accionistas mayoritarios y controlantes el derecho a reclamar en nombre de una empresa, el TLCAN permite que el demandante obtenga un cobro *más amplio* para todos los demás accionistas y acreedores de la empresa (algunos de los cuales pueden no gozar siquiera de derechos en virtud del tratado), y, con ello, posiblemente incremente la responsabilidad del Estado demandado⁶¹. En efecto, esto da respuesta a la pregunta de la Demandada en cuanto a por qué el TLCAN “impondría requisitos a los inversores que solicitan compensación por los perjuicios de la compañía (y la pérdida indirecta del accionista) si evitarlos fuera tan fácil como presentar una reclamación bajo el Artículo 1116 por pérdida refleja, aislando el laudo de los acreedores y otros accionistas”⁶². Esos requisitos están ligados al cobro más amplio que puede permitirse con arreglo al Artículo 1117.

29. *Cuarto*, la Demandada afirma que ningún tribunal del TLCAN concedió jamás una indemnización por pérdidas reflejas al amparo del Artículo 1116 del TLCAN⁶³. Sin embargo, los Demandantes mencionaron diversos casos sustanciados al amparo del TLCAN en que los tribunales determinaron que los accionistas tenían derecho a cobrar por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 1116 y rechazaron las objeciones opuestas en contrario por los Estados⁶⁴. El hecho de que esos demandantes específicos puedan no haberse impuesto en cuanto al fondo de los casos en cuestión no tiene relevancia; en ninguno de los casos tratados por la Demandada el tribunal desestimó la reclamación del demandante o se negó a conceder una

⁵⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 70-73 y § IV.C.3.

⁶⁰ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 21.

⁶¹ *Íd.*, párrs. 50-53; *ver también infra* párrs. 53 y 60.

⁶² Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 73.

⁶³ *Íd.*, párrs. 74-81 y § IV.C.4.

⁶⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 30-34 (en que se aborda *Mondev Int'l Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo Definitivo del 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo”), párr. 82 (RL-0018-ENG); *GAMI c. México*, Laudo Final, párr. 33 (CL-0036-ENG/SPA); *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párrs. 74-75, 78 y 80 (CL-0028-ENG); *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párrs. 32-35 (CL-0037-ENG)).

indemnización por el hecho de que el demandante pretendiera cobrar una reparación por sus pérdidas reflejas.

30. Específicamente, en *Mondev c. Estados Unidos*, *GAMI c. México* y *UPS c. Canadá*, las reclamaciones no prosperaron como cuestión de fondo y, por ende, no se concedió la indemnización⁶⁵. En *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal rechazó expresamente la objeción opuesta por Canadá según la cual el demandante debería haber planteado su reclamación en nombre de la empresa de su absoluta propiedad con arreglo al Artículo 1117 y no podía reclamar por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 1116⁶⁶. Si bien el tribunal concluyó que, en principio, el demandante podía cobrar por pérdidas reflejas, determinó que éste no había demostrado que su empresa hubiera perdido ganancias como resultado de la medida que el tribunal declaró violatoria del TLCAN⁶⁷. En consecuencia, el único daño que había probado el demandante eran los gastos en que incurrió por participar en la revisión de verificación que, se concluyó, se había llevado adelante en violación de la obligación de Canadá de conferir trato justo y equitativo⁶⁸. En *S.D. Myers c. Canadá*, el tribunal confirmó

⁶⁵ *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo, pág. 58 (RL-0018-ENG) (“Por los motivos expuestos precedentemente, el Tribunal, por unanimidad, RESUELVE: [...] (c) Que las decisiones de los tribunales de Estados Unidos no involucraron una violación del Artículo 1105(1) del TLCAN o ninguna otra disposición; (d) Que las reclamaciones de Mondev quedan, en consecuencia, desestimadas en su totalidad”); *GAMI c. México*, Laudo Final, párr. 137 (CL-0036-ENG/SPA) (“Por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal declara de manera unánime que tiene jurisdicción sobre las demandas y las desestima en su totalidad. Todos los planteamientos en contrario son rechazados”); *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párrs. 78, 120, 181, 184 y 187 (CL-0037-ENG) (“[L]as decisiones de Canada Post [...] no se toman en ejercicio de ‘facultades gubernamentales’ [...]. En consecuencia, de ello se desprende que fracasa esta parte del planteo de UPS respecto de los actos de Canada Post. [...] La reclamación de UPS al amparo del artículo 1102 del TLCAN [...] fracasa dado que la Demandante [...] no recibe un trato menos favorable que Canada Post ni se la trata distinto por razones de nacionalidad. [...] [A] falta de mayores especificaciones sobre las supuestas violaciones del artículo 1103 (y 1104), esta reclamación no puede sino fracasar. [...] UPS no demostró tener interés suficiente en justificar su planteo de las otras dos reclamaciones ni ningún fundamento sustantivo que pudiera demostrar en lo más mínimo una violación del nivel mínimo reflejado en el artículo 1105. También esta reclamación debe fracasar”); ver también, Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 75-76 y 78 (en que se establece lo mismo).

⁶⁶ *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párrs. 79-80 (CL-0028-ENG) (*versupra* nota 47).

⁶⁷ *Íd.*, párr. 84 (“Así pues, el Tribunal debía determinar qué lucro cesante, de haberlo, sufrió la Inversión a raíz del cierre. En esa misma audiencia, Canadá presentó pruebas y análisis, basados en los registros de la propia Inversión, que convencieron al Tribunal de que, en todos los momentos pertinentes, la Inversión contó con existencias suficientes para cumplir todas sus necesidades de venta, a pesar de ese cierre. Por consiguiente, la tesis planteada por el Inversor en el sentido de que la Inversión jamás se recuperó de la pérdida de producción no encontraba sustento en la prueba. De hecho, la Inversión no sufrió lucro cesante a raíz del cierre dado que en todo momento pudo satisfacer las necesidades de sus clientes de manera oportuna. No había pruebas convincentes de que la reposición de esas existencias le haya costado a la Inversión más de lo que le habría costado de no haberse producido el cierre”).

⁶⁸ *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párr. 85 (CL-0028-ENG) (“Los rubros indemnizatorios reclamados que el Tribunal entiende resarcibles son (1) los gastos de caja chica correspondientes al Episodio de Revisión de Verificación, incluidos los honorarios correspondientes de contadores y abogados, así como los honorarios y gastos en que incurrió el Inversor en sus esfuerzos de cabildeo para contrarrestar los actos del SLD y la posibilidad resultante de reducciones en los cupos de exportación de la Inversión, y (2) gastos de caja chica

que, en principio, el demandante tenía legitimación para cobrar la indemnización por la pérdida que sufrió a raíz de las medidas que afectaron al demandante y su inversión, la empresa canadiense⁶⁹. El tribunal entonces le concedió una indemnización al demandante por el valor de los flujos netos de ingresos perdidos y demorados, que calculó con una compleja metodología de 12 pasos⁷⁰.

31. La Demandada también caracteriza incorrectamente el laudo del caso *Mondev*⁷¹. Específicamente, remite a la comparación que hizo el tribunal de *Mondev* entre el Artículo 1117, que permite al demandante reclamar en nombre de la empresa de la que es propietario o que controla, y “el mecanismo de uso común” en los TBI “por el que se considera que la empresa local tiene la nacionalidad del inversionista extranjero que es su propietario o la controla”⁷². Lejos de indicar que los accionistas no tienen legitimación para cobrar por los perjuicios que hayan sufrido a raíz de la disminución del valor de su empresa con arreglo al Artículo 1116, esa explicación demuestra que el TLCAN (y el CAFTA-DR) no son “singulares” entre los tratados de inversión al ofrecer diversas vías para que los demandantes planteen sus reclamaciones. En efecto, como lo advirtieron los Demandantes en el Memorial de Contestación, el tribunal de *Mondev* determinó que el demandante podía cobrar con arreglo al Artículo 1116 “incluso si la propia empresa [...] también sufrió pérdidas o daños”⁷³.

en que haya incurrido directamente el Inversor en relación con la Audiencia Intermedia realizada en enero de 2000”) (se omitió la cita).

⁶⁹ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Segundo Laudo Parcial del 21 de octubre de 2002 (“*S.D. Myers c. Canadá*, Segundo Laudo Parcial”), párrs. 116 y 126 (RL-0077-ENG) (“Las medidas que introdujo CANADÁ, contrarias a los Artículos 1102 y 1105, interfirieron en la capacidad de MYERS Canada de seguir adelante y ampliar su aporte a la operación general. MYERS Canada era una inversión de SDMI y parte fundamental e integral de los esfuerzos de SDMI por generar ingresos. SDMI ha demostrado sobre la base de los hechos de este caso que sufrió daños que presentan un nexo causal suficiente con la interferencia en una inversión en Canadá, contrariamente a las disposiciones del Capítulo 11. [...] SDMI aduce que sufrió pérdidas porque CANADÁ interfirió en MYERS Canada. [...] El negocio de MYERS Canada consistía en el apoyo de marketing y logística para la prestación, por parte de SDMI, de un servicio transfronterizo”); ver también, *supra* nota 58 (en que se cita de *S.D. Myers c. Canadá*, Laudo Parcial párrs. 290 y 301 (CL-0104-ENG)).

⁷⁰ *S.D. Myers c. Canadá*, Segundo Laudo Parcial párrs. 222-228 y 300-301 (RL-0077-ENG) (“[E]l Tribunal concluye que la medida correcta de los daños es el valor de los flujos de ingresos perdidos y retrasados. El cierre canadiense tuvo tres efectos negativos para la inversión de SDMI. Parte del total de existencias disponibles se perdió irrecuperablemente a otros; parte de las existencias que se mantuvo sin procesar una vez reabierta la frontera se perdió a otros; y otra parte se retrasó o perdió porque SDMI no pudo obtener los pedidos y exportar los materiales antes de que EE. UU. cerrara la frontera”).

⁷¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 75, nota 117.

⁷² *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo, párr. 79 (RL-0018-ENG); ver también *infra* párrs. 44-49.

⁷³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 30, nota 52 (en que se cita de *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo, párr. 82 (RL-0018-ENG)).

32. Por último, si bien reconoce tardíamente el laudo indemnizatorio dictado en *Clayton c. Canadá*, tras centrarse exclusivamente en el Memorial en la presentación efectuada en ese caso por Canadá y una parte no contendiente, la Demandada de todas formas no confronta los aspectos del laudo que socavan su postura. Como lo advirtieron los Demandantes en el Memorial de Contestación, a pesar de ser el único tribunal del TLCAN en concluir erróneamente que no es posible plantear reclamaciones por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 1116 del TLCAN, el tribunal determinó que los demandantes habían planteado correctamente sus reclamaciones en nombre propio con arreglo a dicho artículo⁷⁴.

33. Los demandantes estadounidenses del caso *Clayton* habían constituido una empresa canadiense a la que se le denegó un permiso para desarrollar y operar una cantera y una terminal marítima, en violación de las obligaciones que pesan sobre Canadá en virtud del TLCAN⁷⁵. El tribunal determinó que la oportunidad de desarrollar el proyecto, que se había denegado ilícitamente, era de los demandantes y, por consiguiente, los demandantes habían sufrido un perjuicio directo y habían planteado correctamente sus reclamaciones con arreglo al Artículo 1116 del TLCAN⁷⁶. Aun si este Tribunal fuera a coincidir con la interpretación de los Artículos 1116 y 1117 que hizo el tribunal de *Clayton* (lo cual no debería hacer por todos los motivos expuestos en el Memorial de Contestación de los Demandantes y en esta Dúplica), ese laudo subraya la posibilidad de los Demandantes de plantear sus reclamaciones con arreglo al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR. Al igual que los demandantes en *Clayton*, los Demandantes han perdido la oportunidad de desarrollar el proyecto Tambor⁷⁷. En circunstancias tales, no pueden caber dudas de que pueden plantear una reclamación en nombre propio para cobrar una indemnización por la violación cometida por la Demandada.

⁷⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 58-59; *Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párr. 396 (CL-0070-ENG) (“La oportunidad de invertir en una cantera y una terminal marítima, que fue negada por la conducta ilegal de la Demandada, era una oportunidad de los Inversionistas y no de Bilcon de Nueva Escocia. En consecuencia, la indemnización debe pagarse directamente a los Inversores de conformidad con el Artículo 1116. La prohibición de otorgar una indemnización por ‘pérdida refleja’ no supone un impedimento”).

⁷⁵ *Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párr. 19 (CL-0070-ENG) (en que se cita de *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015, párr. 742).

⁷⁶ *Íd.*, párr. 396 (*ver supra* nota 74).

⁷⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 60; Notificación de Arbitraje, párrs. 3-6, 68, 72, 74 y 77.

B. Las reclamaciones de los Demandantes son acordes al objeto y fin del Artículo 10.16.1(A)

34. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que su interpretación del Artículo 10.16.1(a) y (b) se condice con el objeto y fin del Tratado de promover una solución eficaz de las controversias, incrementar las oportunidades de inversión y ofrecer un marco predecible para la inversión, mientras que la interpretación que propone la Demandada no está en consonancia con esos objetivos⁷⁸. Los Demandantes también demostraron que la Demandada no había probado que proteger a los acreedores fuera un objeto y fin del Tratado y, de todas formas, su afirmación de que su interpretación promovía ese objetivo era incorrecta⁷⁹.

35. En la Respuesta, la Demandada no replica a la demostración de los Demandantes de que aceptar las reclamaciones por pérdidas reflejas es coherente con el objeto y fin del CAFTA-DR, e intenta de manera poco convincente restarle importancia a la gran cantidad de casos sobre tratados de inversión que respaldan la postura de los Demandantes⁸⁰. También reitera su insostenible argumento de que el supuesto objetivo de protección de los acreedores excluye las reclamaciones de los Demandantes con arreglo al Artículo 10.16.1(a)⁸¹. Como se demostrará a continuación, los argumentos de la Demandada siguen siendo infundados.

1. Permitir la presentación de reclamaciones por pérdidas reflejas es acorde con el objeto y fin del CAFTA-DR de proporcionar medios eficaces de solución de controversias

36. Los Demandantes demostraron en el Memorial de Contestación que permitir el planteo de reclamaciones por pérdidas reflejas es congruente con el objeto y fin del CAFTA-DR de ofrecer medios eficaces de solución de controversias⁸², así como “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión”⁸³ y “asegurar un marco comercial previsible para [...] inversión”⁸⁴. Los Demandantes demostraron que la invocación que hace la Demandada del derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática y los

⁷⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 35-37.

⁷⁹ *Íd.*, párrs. 35 y 48.

⁸⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 35-59.

⁸¹ *Íd.*, párrs. 97-104.

⁸² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 35-47; CAFTA-DR, Artículo 1.2.1(f) (CL-0001-ENG/SPA).

⁸³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 36; CAFTA-DR, Artículo 1.2.1(d) (CL-0001-ENG/SPA).

⁸⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 36; CAFTA-DR, Preámbulo (CL-0001-ENG/SPA).

casos *Barcelona Traction* y *Diallo* de la CIJ no resulta aplicable, dado que el Tratado se aparta del derecho internacional consuetudinario al brindarles a los accionistas el derecho a cobrar por pérdidas sufridas como resultado de acciones dirigidas contra la empresa en la que invirtieron⁸⁵. Los Demandantes demostraron también que la posibilidad de que los inversionistas planteen reclamaciones por pérdidas reflejas ha quedado confirmada por diversos tribunales que interpretaron una gran cantidad de tratados de inversión (incluidos aquellos de los que también es Parte Estados Unidos y otro tratado multilateral, el TCE) que tienen objetos y fines similares⁸⁶. De hecho, los Demandantes observaron que, en el Memorial, la Demandada no identificó ni un solo caso tramitado al amparo de un tratado moderno de inversión en el que el tribunal haya concluido lo contrario⁸⁷. Así, negarles a los inversionistas accionistas la legitimación para plantear reclamaciones por pérdidas sufridas como resultado de medidas adoptadas contra sus inversiones ofrecería *considerablemente menos* protección a los inversionistas extranjeros que la acordada por *cualquiera* de estos otros tratados modernos de inversión⁸⁸.

37. En la Respuesta, la Demandada no ofrece respuesta alguna frente a la observación de los Demandantes de que la interpretación que ellos proponen del Artículo 10.16.1(a) y (b) del CAFTA-DR es congruente con el objeto y fin del CAFTA-DR, mientras que su propia interpretación no lo es. En cambio, la Demandada expone las supuestas “consecuencias negativas de las pérdidas reflejas”⁸⁹, incluido el hecho de que “[p]uede conducir a una compensación doble o a resultados contradictorios en diferentes procedimientos, a una ganancia injustificada, e ignora por completo a los intereses de terceros [...] en cualquier recuperación potencial”, y afirma que es por este motivo que muchos ordenamientos nacionales excluyen dichas reclamaciones⁹⁰. La Demandada también alega que “las organizaciones de derecho de inversión, Estados contratantes, académicos y tribunales han identificado las numerosas e indeseables consecuencias que surgen de las reclamaciones por

⁸⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 44-46; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia (Objeciones Preliminares) del 24 de mayo de 2007, 2007 I.C.J. Rep. 582 párr. 88 (CL-0060-ENG). No está claro si, en su Respuesta, la Demandada abandonó dicho argumento. Ver Respuesta de la Demandada sobre OP, nota 92.

⁸⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 38-42.

⁸⁷ *Íd.*, párr. 43.

⁸⁸ *Íd.*, párr. 37.

⁸⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 35-49.

⁹⁰ *Íd.*, párr. 35.

pérdidas reflejas”⁹¹, y concluye que “[l]os problemas asociados con las pérdidas reflejas son, por lo tanto, reales y reconocidos ampliamente por árbitros, profesionales y académicos”⁹². Luego indica que, “[a] pesar de reconocer los problemas asociados con las reclamaciones de un inversor por las pérdidas de una compañía, los tribunales internacionales a menudo los han pasado por alto”⁹³. Con miras a racionalizar la postura que sostiene en este caso, la Demandada resalta que, a menudo, se permitían las reclamaciones por pérdidas reflejas en controversias correspondientes a tratados de inversión más antiguos porque eran la única solución significativa para que los accionistas pudieran cobrar los daños directos sufridos por su empresa⁹⁴, y adjunta a la Respuesta dos anexos que contienen listas de casos tramitados al amparo de tratados de inversión junto con pasajes de los tratados aplicables⁹⁵. La Demandada luego plantea que “en ninguno de esos casos, el tratado aplicable ofrecía un mecanismo para reclamar por el daño sufrido directamente por la empresa local, como lo dispone el CAFTA-DR”, y que, “a diferencia de los Demandantes aquí, la única forma para que los inversores en los casos argentinos recuperaran el daño que sufrieron indirectamente era a través de reclamaciones por pérdidas reflejas”⁹⁶. La postura de la Demandada es incorrecta por los siguientes motivos.

38. *Primero*, lo afirmado por la Demandada en cuanto a que los ordenamientos jurídicos nacionales más “avanzados” impiden las reclamaciones por pérdidas reflejas⁹⁷ es inaplicable. Ninguno de los sistemas nacionales que cita la Demandada resulta de aplicación en este proceso, que se rige por el CAFTA-DR y el derecho internacional⁹⁸. Las leyes nacionales no pueden desplazar al Tratado, que permite las reclamaciones por pérdidas reflejas⁹⁹. En efecto,

⁹¹ *Íd.*, párrs. 36-49.

⁹² *Íd.*, párr. 49.

⁹³ *Íd.*, párrs. 30 y 50.

⁹⁴ *Íd.*, párrs. 30, 50-59 y § IV.B.

⁹⁵ *Íd.*, Anexos I & II.

⁹⁶ *Íd.*, párrs. 30 y 55-56.

⁹⁷ *Íd.*, párr. 35.

⁹⁸ CAFTA-DR, Artículo 10.22.1 (CL-0001-ENG/SPA). (“Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional”).

⁹⁹ *Ver supra* párrs. 12-14.

la propia Demandada ha instado al Tribunal a “decidir este caso sobre la base del régimen específico acordado por las Partes del CAFTA-DR (*‘lex specialis’*)”¹⁰⁰.

39. *Segundo*, el extenso tratamiento que hace la Demandada de las consecuencias negativas que imagina tendría permitir las reclamaciones por pérdidas reflejas es inútil. Como ya se demostró, el CAFTA-DR permite que el demandante plantee una reclamación por pérdidas reflejas, y su texto claro no puede quedar desplazado por inquietudes ajenas de políticas normativas¹⁰¹. Ninguna de las supuestas consecuencias negativas que invoca la Demandada, como la posibilidad de una doble indemnización o un doble pago, o de múltiples procesos¹⁰², puede afectar la legitimación de los Demandantes o la jurisdicción del Tribunal¹⁰³. Así pues, de nada le sirve a la Demandada invocar académicos y sus consideraciones basadas en políticas normativas sobre la jurisprudencia existente y el derecho de las inversiones¹⁰⁴. Estos no pueden reemplazar ni modificar el sentido del Tratado¹⁰⁵.

40. Menos relevantes aún resultan las presentaciones u objeciones basadas en políticas tales efectuadas por Estados demandados tal como las consideraron (y rechazaron) diversos tribunales¹⁰⁶. De cualquier manera, los Demandantes también demostraron en el Memorial de Contestación que las supuestas “consecuencias negativas” pueden solucionarse de diversas formas, lo que incluye el hecho de que los Estados pueden incluir (y así lo hacen) disposiciones (tales como la acumulación) en sus tratados para solucionar algunas de estas inquietudes, y que los tribunales también disponen de medios para ello, lo que incluye

¹⁰⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 32.

¹⁰¹ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 69-71 (en que se cita de *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo, párr. 265 (CL-0068-ENG), *Sempra Energy Int'l c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005 (“*Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción”), párr. 102 (CL-0072-ENG/SPA), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de mayo de 2006 (“*Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 51 (CL-0013-ENG), *Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm c. República de Letonia*, Caso CCE, Laudo del 16 de diciembre de 2003 (“*Nykomb c. Letonia*, Laudo”), pág. 9 (CL-0073-ENG), y *GAMI c. México*, Laudo Final, párrs. 37-38 (CL-0036-ENG/SPA)).

¹⁰² Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 35.

¹⁰³ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 70-71 y notas 140-141; ver también *infra* párr. 73.

¹⁰⁴ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 40-42 y 51-52; ver también *supra* nota 55 (en que se cita de MEG KINNEAR, ANDREA BJORKLUND Y OTROS, INVESTMENT DISPUTES UNDER NAFTA: AN ANNOTATED GUIDE TO NAFTA CHAPTER 11 1116-1118 (2006) (CL-0035-ENG)).

¹⁰⁵ Ver *supra* párr. 26.

¹⁰⁶ Ver Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 39 y 43-48.

configurar los laudos de forma tal de impedir una doble indemnización o un doble pago¹⁰⁷. No obstante, la Demandada no acusa recibo de estas observaciones ni responde a ellas de forma alguna en la Respuesta. En efecto, es esclarecedor el hecho de que los tribunales mencionados hayan permitido reclamaciones por pérdidas reflejas a pesar de dichas objeciones¹⁰⁸. En definitiva, ninguna de las fuentes invocadas por la Demandada puede modificar el Tratado.

41. *Tercero*, la Demandada fracasa en su intento de minimizar y diferenciar casos tramitados al amparo de otros tratados de inversión, y el hecho de que interpretar que el CAFTA-DR les deniega a los demandantes la legitimación para plantear reclamaciones por pérdidas reflejas significaría que el CAFTA-DR (y el TLCAN) ofrece menos protección para las inversiones que cualquier otro tratado moderno de inversión. Por empezar, la afirmación de la Demandada de que, a pesar de reconocer las supuestas cuestiones que conllevan las reclamaciones de inversionistas por pérdidas reflejas, los tribunales internacionales a menudo las han “pasado por alto”¹⁰⁹ convenientemente desconoce el hecho de que estos mismos tribunales consideraron presentaciones de Estados demandados y partes no contendientes en

¹⁰⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 70-71 y notas 140-141; Nota de la Secretaría del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Reclamaciones de los accionistas y pérdidas reflejas*, 9 de agosto de 2019, párr. 22 (RL-0058-ENG/SPA) (“[a]lgunos tribunales arbitrales que entienden en casos de SCIE han estado atentos a esta cuestión y han adoptado medidas proactivas para evitarla, por ejemplo, han tenido en cuenta la existencia de reclamaciones previas y en curso relacionadas con un mismo caso o han prorrateado la indemnización”).

¹⁰⁸ En ninguno de los casos citados por la Demandada el tribunal interviniente desestimó la reclamación sobre la base de las “dificultades” o los “peligros” que la Demandada asocia a las reclamaciones por pérdidas reflejas. Ver *Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 49 (CL-0013-ENG) (“Ni el TBI Argentina-Francia ni el TBI Argentina-España ni el Convenio del CIADI limitan los derechos de los accionistas a incoar acciones por reclamos directos, en cuanto opuestos a [o]s derivados. Esta distinción, presente en el derecho societario de muchos países, no existe en ninguno de los tratados aplicables a este caso”); *GAMI c. México*, Laudo Final, párrs. 29-30 (CL-0036-ENG/SPA) (en que se determinó que el tribunal “no acepta que Barcelona Traction haya establecido una regla que deba ser extendida más allá de la cuestión de protección diplomática”); *id.*, párr. 33 (“El hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada”); *id.*, párrs. 132-133 (“El Tribunal no puede mostrar indiferencia al verdadero efecto del acto supuestamente ilícito sobre el valor de la inversión. [...] GAMI no ha probado que su inversión haya sido expropiada para los efectos del artículo 1110”); *Nykomb c. Letonia*, Laudo, pág. 9 (CL-0073-ENG) (en que se destacó que, “claramente, el derecho al arbitraje en virtud del Tratado no queda excluido o limitado en casos donde existe un posible riesgo de doble pago”); *El Paso Energy Int’l Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 202 (CL-0047-ENG/SPA) (“[N]i existen restricciones respecto de... reclamos por reducción del valor de las acciones”); *id.*, párrs. 205-206 (“[E]stos instrumentos protegen los derechos de los accionistas extranjeros en sociedades locales, más precisamente, sus propios derechos en carácter de accionistas (derechos sobre las acciones, derecho a percibir un dividendo, participación en las asambleas de accionistas, etc.), incluido el derecho a ser indemnizados por la reducción del valor de las acciones provocada por las medidas adoptadas por el Estado receptor”). La Demandada también se equivoca al invocar el caso *OTMTI c. Argelia*. Ver *infra* párr. 65.

¹⁰⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 50.

las que se planteaban precisamente los mismos argumentos que ella formula en este caso, y se negaron a declinar la jurisdicción o a concluir que las reclamaciones de los accionistas eran improcedentes¹¹⁰. Dichos tribunales no han “pasado por alto” los argumentos que formula la Demandada; los han rechazado.

42. La Demandada también intenta infructuosamente reducir la importancia de los diversos casos en que se permitieron reclamaciones por pérdidas reflejas, a cuyo efecto aduce que estos casos se basaron en tratados que no incluían ningún “mecanismo para reclamaciones derivativas”, a diferencia del CAFTA-DR (y el TLCAN) y, por consiguiente, la única forma en que esos inversionistas podían obtener la indemnización era reclamar por pérdidas reflejas¹¹¹. Sin embargo, como se demostró en el Memorial de Contestación de los Demandantes, el texto claro del CAFTA-DR permite que el inversionista reclame en nombre propio con arreglo al Artículo 10.16.1(a)¹¹². Si el inversionista es propietario de una empresa o la controla, cuenta con la opción adicional de plantear una reclamación con arreglo al Artículo 10.16.1(b), pero no está obligado a ello¹¹³. El texto del Tratado es permisivo, no imperativo, en este sentido¹¹⁴. Esta opción *adicional* no excluye de ninguna manera la posibilidad de que el inversionista plantee una reclamación por pérdidas reflejas en nombre propio. Los Demandantes ilustraron también el hecho de que, contrariamente a lo indicado por la Demandada, ello no priva de sentido al Artículo 10.16.1(b): permite que los accionistas controlantes cobren por la totalidad de las pérdidas de la empresa, aun cuando ello genere el resultado de indemnizar indirectamente a accionistas minoritarios y acreedores que puedan no gozar de derechos al amparo del Tratado¹¹⁵.

43. El argumento de la Demandada de que a menudo se permitían las reclamaciones por pérdidas reflejas en controversias que involucraban tratados “más antiguos” porque suponían la única solución significativa para que los accionistas pudieran cobrar por los daños sufridos

¹¹⁰ *Ver supra* párr. 27 y los casos que allí se mencionan.

¹¹¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 30 y 55-56, y Anexos I y II.

¹¹² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 13-34.

¹¹³ *Íd.*, párr. 21.

¹¹⁴ *Íd.* A la misma conclusión llegó el tribunal del caso *Pope & Talbot c. Canadá* respecto del texto correspondiente de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN. *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párr. 79 (CL-0028-ENG) (“El artículo 1117 es permisivo, no imperativo, en su redacción ‘podrá someter a arbitraje’”).

¹¹⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 50-55.

por su empresa y entonces constituían “el menor de dos males”¹¹⁶ resulta, entonces, infundado. También es incorrecto, ya que muchos de los tratados en los diversos casos citados por los Demandantes sí contenían el llamado “mecanismo para reclamaciones derivadas”¹¹⁷. En cada uno de esos casos, el tribunal concluyó que tenía jurisdicción sobre la reclamación del demandante por pérdidas reflejas, a pesar del hecho de que el demandante eligió no plantear su reclamación con arreglo al “mecanismo para reclamaciones derivadas” disponible.

44. Además (y como convenientemente se omite en los Anexos I y II de la Respuesta de la Demandada)¹¹⁸, algunos tratados, por ejemplo, incluyen a determinadas empresas locales en la definición de “inversionista”¹¹⁹, mientras que otros permiten que a ciertas empresas locales se las trate como nacional de la otra Parte Contratante de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI¹²⁰. El Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI dispone que, cuando las Partes Contratantes así lo hayan convenido, una empresa constituida en el

¹¹⁶ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 30.

¹¹⁷ *Íd.*, párrs. 107 y 118, y § IV.C.4. Inexplicablemente, la Demandada se remite al caso *Waste Management c. México (II)* como ejemplo de un caso en el que el tratado aplicable “no otorgaba[] legitimación activa a los accionistas para presentar reclamaciones en representación de su empresa local perjudicada”. *Íd.*, párr. 57. No obstante, al caso *Waste Management (II)* se lo planteó al amparo del TLCAN, que contiene el Artículo 1117, de conformidad con el cual un inversionista que es titular de una empresa o la controla puede someter una reclamación a arbitraje en representación de esa empresa. *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/03, Laudo del 30 de abril de 2004, párrs. 77-85 (CL-0022-ENG/SPA); TLCAN, Art. 1117 (CL-0034-ENG/SPA).

¹¹⁸ La Demandada también en ocasiones se refiere equivocadamente al mecanismo de solución de diferencias interestatal, en lugar de aquel entre un inversionista y un Estado. *Ver, por ej.*, Anexo II (en que se cita del TBI entre Estonia y Estados Unidos, Art. VII(1); TBI entre Grecia y Eslovaquia, Art. 9(2)).

¹¹⁹ *Ver, por ej.*, TBI entre Argentina y Francia, Art. 1(2)(c) (CL-0105-ENG/SPA) (“El término ‘inversores’ designa: [...] las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma”).

¹²⁰ *Ver, por ej.*, TBI entre Argentina y Estados Unidos, Art. VII(8) (CL-0106-ENG/SPA) (“A los fines de un arbitraje [...] una sociedad legalmente constituida de acuerdo con las leyes y disposiciones aplicables de cada Parte o una subdivisión política de ella pero que, inmediatamente antes de que sucediera el hecho o hechos que dieran lugar a la controversia, era una inversión de nacionales o sociedades de la otra Parte, será tratada como un nacional o sociedad de dicha otra Parte, de acuerdo con el Artículo 25(2)(b) de la Convención del CIADI”); TBI entre Ecuador y Estados Unidos, Art. VI(8) (CL-0107-ENG/SPA) (“A efectos de un arbitraje [...] toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o una subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 de la Convención del CIADI”); TBI entre Estonia y Estados Unidos, Art. VI(8) (CL-0108-ENG) (lo mismo); Tratado sobre la Carta de la Energía, Art. 26(7) (CL-0109-ENG/SPA) (“Cualquier inversor que no sea persona física, que tenga la nacionalidad de una Parte contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito mencionado en el apartado 4 y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y dicha Parte contratante, esté controlado por inversores de otra Parte contratante, será tratado, a los efectos de la letra b) del apartado 2 del artículo 25 del Convenio del CIADI, como ‘ciudadano nacional de otro Estado contratante’, y como ‘ciudadano de otro Estado’ para los fines del apartado 6 del artículo 1 de las normas del mecanismo adicional”).

Estado receptor que esté controlada por un nacional de otra Parte contratante podrá ser tratada como nacional de esa otra Parte¹²¹. Esto cumple un fin similar al del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, en la medida en que ofrece un medio para que una empresa del Estado receptor pueda cobrar por las pérdidas sufridas como resultado de las medidas del Estado receptor dirigidas a la empresa. Si bien para ello el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR permite que un nacional extranjero plantee una reclamación en representación de esa empresa, el Artículo 25(2)(b) del CIADI logra el mismo resultado con permitirle a la empresa plantear una reclamación en su propio nombre, a pesar de tener la misma nacionalidad que el Estado demandado.

45. Si la existencia del Artículo 10.16.1(b) en el Tratado significara que un demandante que es propietario de una empresa o la controla *debe* plantear una reclamación por las pérdidas indirectas (o reflejas) de conformidad con dicho artículo, como lo indica la Demandada, entonces lo lógico sería que, cuando las Partes hubieran convenido tratar a nacionales sujetos a control extranjero como no nacionales del Estado demandado de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, los demandantes también quedarían limitados a plantear reclamaciones por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 25(2)(b). Sin embargo, los tribunales arbitrales han rechazado acertadamente esa proposición.

46. En *Azurix c. Argentina*, por ejemplo, el demandante cuestionó el trato conferido por Argentina a su concesión, de la cual era parte una empresa en el Estado receptor de propiedad de Azurix y controlada por ésta¹²². El tribunal falló a favor de Azurix, y le concedió una indemnización por el valor de la concesión¹²³. Argentina pidió anular el laudo, con el argumento de que, entre otras cosas, como el TBI aplicable otorgaba el consentimiento de las

¹²¹ Convenio del CIADI, Art. 25(2)(b) (“Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’: [...] toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”) (énfasis añadido).

¹²² *Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párr. 57 (CL-0051-ENG/SPA) (“Argentina objetó que Azurix no estaba legitimada para reclamar los derechos que surgieran de la Concesión. Argentina alegó que como la Concesión era un contrato entre la Provincia y ABA, sólo ABA podía reclamar los derechos que surgieran de la Concesión contra la Provincia. Argentina sostuvo que, al ser sólo un accionista de ABA, Azurix no estaba legitimada para presentar ‘reclamaciones indirectas’ o ‘reclamaciones derivadas’ en relación con los derechos contractuales de ABA”).

¹²³ *Íd.*, párr. 37 (“En el Laudo del 14 de julio de 2006, el Tribunal tomó la siguiente decisión unánime: [...] [o]rdenar el pago como indemnización a Azurix por concepto del justo valor de mercado de la Concesión [...], que incluye parte del monto de las inversiones adicionales hechas por Azurix para financiar a ABA”).

partes para tratar a empresas sujetas a control extranjero como extranjeras a los efectos del Artículo 25(2)(b) del CIADI, Azurix podía y debería haber hecho que su empresa planteara la reclamación y, por consiguiente, Azurix no podía cobrar por pérdidas reflejas¹²⁴. De modo muy similar a lo que hizo en nuestro caso la Demandada, Argentina alegó lo siguiente:

Al redactar el Convenio CIADI, los redactores consideraron y desestimaron la posibilidad de conceder la acción directa a los accionistas controlantes de las sociedades locales. En cambio, se incluyó la posibilidad contemplada en el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, que garantiza que la indemnización se pague a la sociedad, y no a los accionistas, para proteger los derechos de los acreedores de la sociedad y de terceros, y que, a su vez, elimina la posibilidad de que una sociedad local y sus accionistas incoen distintas reclamaciones en distintos fueros, con respecto al mismo daño. En virtud del Artículo 25(2)(b), *si Azurix controlaba a ABA, tenía la obligación de iniciar las reclamaciones en virtud del TBI y del Convenio CIADI en nombre y a cuenta de ABA*. La decisión del Tribunal deja de lado los requisitos del Artículo 25(2)(b), despojándolo de todo sentido¹²⁵.

47. El comité *ad hoc* rechazó los dichos de Argentina de que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y concluyó que la posibilidad de la empresa de plantear una reclamación no podía privar a Azurix de los derechos que le correspondían en virtud del tratado a plantear su propia reclamación por su propia pérdida (refleja):

A pesar de que [el Artículo VII(8) del TBI y el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI] establecen la posibilidad de que una sociedad constituida en el Estado receptor inicie un procedimiento contra dicho Estado receptor por violaciones al TBI, estas disposiciones no derogan los otros derechos que los accionistas de la sociedad puedan tener para iniciar un procedimiento conforme al Artículo VII del TBI¹²⁶.

¹²⁴ *Íd.*, párr. 61(f).

¹²⁵ *Íd.*, párr. 61(f) (énfasis añadido y se omitió la cita interna) (en que se resume la objeción opuesta por Argentina); *ver también id.*, párr. 61(k) (en que se reproduce el argumento de Argentina de que “[e]ste caso es distinto a la mayoría de los casos iniciados por accionistas contra Argentina, porque ABA estaba facultada para incoar una reclamación con arreglo al Artículo 25(2)(b) [...]”).

¹²⁶ *Íd.*, párr. 102; *ver también id.*, párr. 127 (“[E]l Comité no está convencido de que se haya establecido, sobre la base de los trabajos preparatorios, que la inclusión del Artículo 25(2)(b) en el Convenio CIADI tenga el propósito de impedir la posibilidad de que un accionista inicie un procedimiento por la violación de un tratado sobre protección de inversiones con respecto a la inversión del accionista, simplemente porque la inversión consiste en la participación en una sociedad que podría haber iniciado el procedimiento en su propio nombre en virtud del Artículo 25(2)(b)”). *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADIN.º ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 30 de julio de 2010, párr. 119 (CL-0041-ENG/SPA) (tras repasar la definición de “inversiones” del tratado aplicable, el Artículo 25 del Convenio del CIADI y los principios de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena, se determinó que “[e]l Comité es de la opinión de que el razonamiento legal de la Decisión sobre Anulación *Azurix* sobre la cuestión de las ‘reclamaciones derivadas’ es correcto y adopta este razonamiento”).

48. Al igual que Argentina, en el caso *Cube Infrastructure España* adujo que el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, junto con el Artículo 26(7) del TCE, que otorga el consentimiento de las partes para tratar como extranjeras a empresas que están bajo control extranjero y someter reclamaciones al arbitraje, “deriva[ban] del principio general del no reconocimiento de legitimación activa al accionista para reclamar por las pérdidas de la empresa”¹²⁷ y que estos artículos “no resultarían necesarios si los accionistas extranjeros pudieran reclamar por las pérdidas de la empresa”¹²⁸. El tribunal rechazó acertadamente el argumento de España:

El Tribunal opina que el Artículo 26(7) del TCE era necesario para permitir que la subsidiaria local iniciara una acción. *Una disposición que extiende la protección de un tratado no importa que deba darse una interpretación restringida a otras palabras claras del tratado*, que abordaremos a continuación¹²⁹.

49. De modo similar, el tribunal de *Sempra c. Argentina* concluyó:

En el presente caso, la parte Demandante tenía en el hecho una opción. Podía reclamar como nacional de los Estados Unidos, el otro Estado Contratante, en la medida en que reúna los requisitos establecidos en el Convenio y el Tratado. Si la definición de inversión contempla o no el caso de un accionista minoritario o de una inversión indirecta es un tema separado que es materia de otra excepción a la jurisdicción. [La empresa] tenía también la opción de reclamar [al amparo del Tratado] como sociedad constituida en la Argentina, si acaso se establece el control extranjero de esta sociedad y, por su intermedio, de las licenciatarias. Esta opción fue materia de un acuerdo entre las partes en el Tratado, contenido en su Artículo VII(8). La existencia de esta posibilidad no obsta a que el inversionista pueda reclamar como tal en los términos de la primera frase, si acaso esa situación está disponible.

[...]

¹²⁷ *Cube Infrastructure c. España*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños, párr. 171 (CL-0059-ENG).

¹²⁸ *Íd.*, párr. 172.

¹²⁹ *Íd.*, párr. 174 (énfasis añadido); *ver también*, *Alex Genin, Eastern Credit Ltd., Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001, párr. 333 (CL-0057-ENG) (“Estonia también plantea que, como el Artículo VI(8) del TBI categoriza a EIB como ‘nacional o sociedad’ de EE. UU., su recurso a los tribunales judiciales y administrativos de Estonia debería excluir la posibilidad de que las ‘controlantes’ sometieran la diferencia a un arbitraje ante el CIADI. No obstante, como se mencionó precedentemente, EIB no tuvo más opción que impugnar la revocación de su licencia en Estonia, en interés de todos sus accionistas, mientras que los Demandantes sometieron una ‘diferencia en materia de inversión’ al arbitraje del CIADI, según se define en el TBI, con miras a obtener una indemnización por lo que, sostienen, fue una violación de los derechos que les confiere el TBI”); *ver infra* nota 120 (en que se cita del TBI entre Estonia y Estados Unidos, Art. VI(8)).

El Tribunal puede entonces concluir que la opción de la segunda frase del Artículo 25(2)(b) del Convenio, como el Artículo VII(8) del Tratado, proveen una alternativa adicional o diferente que no obsta en este caso a que el inversionista pueda escoger la posibilidad de accionar bajo la primera frase ese Artículo del Convenio, si acaso reúne los requisitos para ello¹³⁰.

50. Si bien, curiosamente, la Demandada afirma que *Eskosol c. Italia* respalda su postura de que las reclamaciones por pérdidas reflejas solamente eran admisibles porque eran “el único remedio disponible en virtud del tratado aplicable [el TCE] para que el accionista pudiera recuperar la pérdida directa sufrida por su empresa”¹³¹, ese caso es congruente con los descriptos precedentemente. Eskosol no era un accionista extranjero de una empresa local; era la empresa local que planteó una reclamación en su propio nombre¹³². El tema que se planteó al tribunal de *Eskosol* fue si a la empresa local le quedaba vedada la posibilidad de plantear una reclamación después de que su accionista mayoritario hubo planteado una reclamación aparte en su propio nombre (por pérdidas reflejas)¹³³. Al determinar que tenía jurisdicción para entender en la reclamación del demandante, el tribunal reconoció lo siguiente:

El TCE autoriza a una serie de entidades a proceder como ‘Inversor[es]’ protegido[s] en los términos de dicho instrumento. Ello incluye a los inversionistas *extranjeros* como Blusun, que plantean una reclamación en relación con inversiones que ‘pose[an] o control[en] directa o indirectamente’, incluida ‘una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil’. Pero también incluye a *empresas locales* como Eskosol, a las cuales les queda expresamente permitido plantear reclamaciones en su propio nombre siempre que cumplan los requisitos de control extranjero previstos en el Artículo 26(7)¹³⁴.

¹³⁰ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 42 y 45 (CL-0072-ENG/SPA).

¹³¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 53.

¹³² *Eskosol S.p.A. en liquidación c. República Italiana*, Caso CIADIN.º ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5) del 20 de marzo de 2017, párrs. 2 y 20 (CL-0058-ENG) (“La demandante es Eskosol S.p.A. en liquidación (**‘Eskosol’** o **‘Demandante’**), sociedad constituida en la República Italiana” (énfasis en el original)).

¹³³ *Íd.*, párrs. 166-171.

¹³⁴ *Íd.*, párr. 166 (se omitió la nota al pie; énfasis y corchetes en el original); *ver también íd.*, párr. 170 (“[N]i el sistema del CIADI como está concebido en este momento ni el propio TCE incorporan caminos claros (y, mucho menos, una exigencia) para acumular en un único proceso a todas las partes interesadas que posiblemente vayan a verse afectadas por el resultado. *Al no contarse con un sistema tal (que los Estados tienen la facultad de crear, si así lo desean), no correspondería que los tribunales excluyan el arbitraje por parte de inversionistas que reúnan los requisitos, por la simple razón de que otros inversionistas tales puedan haber procedido antes que ellos sin su participación. La posibilidad de que los ordenamientos jurídicos internos ofrezcan posibles soluciones – por ejemplo, reclamaciones de accionistas minoritarios o síndicos concursales contra accionistas mayoritarios que inician acciones sin autorización en contravención del derecho interno – no*

Si bien la Demandada aduce que “algunos” tribunales de inversión han rechazado reclamaciones por pérdidas reflejas, aun si los accionistas no tenían ninguna alternativa viable con arreglo al tratado correspondiente, invoca un solo caso, *LESI-Dipenta c. Argelia*, que no respalda esa proposición¹³⁵. En ese caso, la supuesta inversión no era una tenencia accionaria en una empresa local sino un contrato de construcción celebrado por dos empresas distintas, que luego constituyeron un consorcio¹³⁶. El tribunal determinó que el consorcio, que era el demandante, no tenía legitimación para reclamar por daños derivados de la ejecución y cancelación del contrato, dado que el consorcio no actuaba en nombre de las empresas que lo habían integrado y “no era el titular de los derechos y las obligaciones del [c]ontrato con arreglo al cual se realizó la inversión pertinente”¹³⁷. El tribunal no considera el tema de la posibilidad de cobrar por pérdidas reflejas en ninguna parte del laudo.

51. Por los motivos expuestos, admitir reclamaciones por pérdidas reflejas es congruente con el objeto y fin del CAFTA-DR de ofrecer medios eficaces de solución de controversias. Los argumentos de la Demandada en contrario basados en las supuestas “consecuencias negativas de las pérdidas reflejas”, que no encuentran sustento en el Tratado ni en la jurisprudencia, deben rechazarse.

2. Los accionistas que presentan reclamaciones por pérdidas reflejas en nombre propio no reciben una indemnización a expensas de los acreedores

52. En el Memorial de Contestación, los Demandantes explicaron que no había fundamentos para interpretar el Artículo 10.16.1(a) y (b) de modo tal de maximizar la protección de los acreedores¹³⁸. Demostraron también que, de cualquier manera, la alegación de la Demandada de que la interpretación que proponen los Demandantes “elud[e] a los acreedores” se basa en un malentendido de la teoría y las reglas básicas del cálculo de los

constituye fundamento suficiente para excluir para los inversionistas que reúnan los requisitos la posibilidad de ejercer su derecho fundamental a recurrir al sistema del CIADI” (énfasis añadido).

¹³⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 54, nota 79 (en que se hace remisión a *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADIN.º ARB/03/08, Laudo del 10 de enero de 2005 (“*L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia*, Laudo”)) (RL-0055-ENG).

¹³⁶ *L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia*, Laudo, párr. 47(iii) (hechos) (RL-0055-ENG) (en que se cita del memorial de la demandante cuando plantea que “*El Tribunal tiene jurisdicción jure materiae porque el Contrato en cuestión constituye una inversión en los términos tanto del Convenio como del Tratado Bilateral*” (énfasis en el original)); *íd.*, párrs. 12-13 (Puntos de Derecho).

¹³⁷ *Íd.*, párr. 39 (Hechos); *íd.*, párrs. 40-41 (Puntos de Derecho).

¹³⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 48.

daños¹³⁹. En particular, los Demandantes explicaron que, independientemente de si el demandante reclama en su propio nombre o en nombre de una empresa que controla o de la cual es propietario, el cobro por las pérdidas o los perjuicios sufridos como resultado de la violación cometida por el Estado será el mismo¹⁴⁰. Ello obedece a que las acciones del inversionista (y, por consiguiente, los perjuicios sufridos por la desvalorización de esas acciones) tendrán valor solamente en la medida en que la empresa tenga un valor positivo una vez que hayan cobrado sus acreedores¹⁴¹. Por ende, el demandante cobrará lo mismo sea que reclame en nombre propio y cobre la condena indemnizatoria directamente, o sea que reclame en nombre de la empresa que controla o de la que es titular y reciba una indemnización indirectamente mediante el incremento del valor de sus acciones¹⁴².

53. En cambio, como lo explicaron los Demandantes, la responsabilidad del Estado demandado por la misma medida puede ser mayor en un caso en el que la empresa tenga accionistas minoritarios y/o acreedores y el demandante presente su reclamación en nombre de la empresa, en lugar de presentarla en nombre propio¹⁴³. De hecho, los Demandantes demostraron que en el caso *RDC c. Guatemala*, Guatemala se opuso a que se pagara la indemnización a la empresa, ya que ello provocaría que nacionales guatemaltecos que eran accionistas minoritarios y no gozaban de derechos en virtud del tratado recibieran una indemnización indirecta por daños sufridos por ellos por la violación del tratado cometida por la Demandada¹⁴⁴.

54. En la Respuesta, la Demandada sostiene que el mecanismo de reclamación derivada del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR busca proteger a los acreedores”¹⁴⁵. La Demandada también afirma que los Demandantes “buscan recibir directamente una compensación por el supuesto perjuicio de Exmingua, evadiendo ‘cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable’”¹⁴⁶. Los argumentos de la Demandada siguen siendo infundados.

¹³⁹ *Íd.*, párrs. 48-55.

¹⁴⁰ *Íd.*, párr. 50.

¹⁴¹ *Íd.*

¹⁴² *Íd.*

¹⁴³ *Íd.*, párrs. 50-54.

¹⁴⁴ *Íd.*, párrs. 54-55 (en que se aborda *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo (CL-0068-ENG)).

¹⁴⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 97-104.

¹⁴⁶ *Íd.*, párr. 99.

55. *En primer lugar*, la Demandada sigue sin demostrar que proteger a los acreedores (especialmente en aquellos casos en que es posible que, de lo contrario, esos acreedores no reciban la protección del Tratado) sea un objeto y fin del Tratado y, por consiguiente, que corresponda interpretar el Artículo 10.16.1(a) y (b) de la forma que mayor protección confiera a los derechos de los acreedores. En sustento de su afirmación en contrario, la Demandada cita el Artículo 10.26.2(c) del CAFTA-DR, que dispone que, cuando un demandante presenta una reclamación en nombre de la empresa, con arreglo al Artículo 10.16.1(b), “el laudo dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable”¹⁴⁷. Sin embargo, esta disposición no hace más que reconocer que el laudo que se dicte al amparo del CAFTA-DR no afecta ni puede afectar los derechos que a otros puedan corresponderles, en virtud del derecho nacional, sobre el producto del laudo. Contrariamente a lo aducido por la Demandada, los Demandantes no buscan “eludir” esta disposición; el laudo que pueda dictarse a favor de ellos se dictará, igualmente, sin perjuicio de los derechos que cualquier persona tenga con arreglo al derecho aplicable sobre el producto de ese laudo. Así pues, el Artículo 10.26.2(c) no sustenta la postura de la Demandada de que corresponde interpretar el Tratado de la forma más favorable a los acreedores ni aclara en absoluto si un demandante puede o no plantear una reclamación por pérdidas reflejas con arreglo al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR.

56. *Segundo*, la Demandada hace referencia al Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR, que exige que el laudo que se dicte por una reclamación planteada en nombre de la empresa se pague a la empresa, y afirma que ello “evita que los inversores se desprendan efectivamente de un activo corporativo”¹⁴⁸. Sin embargo, este comentario tampoco sustenta la interpretación del Artículo 10.16.1(a) y (b) que ella propone. Si la reclamación se plantea *en nombre de una empresa* con arreglo al Artículo 10.16.1(b), naturalmente, entonces, el laudo debe pagarse *a la empresa*, dado que indemniza a *la empresa* por las pérdidas *sufridas por ella*. Si, en cambio, la condena indemnizatoria concedida a la empresa se le pagara al accionista demandante, ese demandante podría cobrar más que su porción de las pérdidas, en la medida en que la empresa tuviera acreedores y/u otros accionistas. Al pagar la condena directamente

¹⁴⁷ *Íd.*, párr. 98 (en que se cita de CAFTA-DR, Artículo 10.26.2(c)).

¹⁴⁸ *Íd.*, párr. 100 (en que se cita de Lee Caplan y Jeremy Sharpe, *Commentary on the 2012 U.S. Model BIT*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES, pág. 826 (Chester Brown, ed., 2013) (RL-0069-ENG)).

a la empresa, el Artículo 10.26.2 asegura entonces que el accionista demandante no pueda “desprenderse de un activo corporativo”, al imponer que el laudo de la empresa se le pague a ésta directamente.

57. Sin embargo, no surge esta inquietud cuando el demandante presenta la reclamación *en su propio nombre* con arreglo al Artículo 10.16.1(a) por daños sufridos por él que consisten en la desvalorización de sus acciones a raíz de la violación cometida por el Estado. En tal circunstancia, como lo explicaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, el valor de las acciones del demandante (y, por consiguiente, toda reducción de ese valor) se obtiene mediante el cálculo del valor de la empresa, al que se le resta la deuda de la empresa, y se calcula la participación del demandante en ese monto restante¹⁴⁹. Al pagarle el laudo que se dicte con arreglo al Artículo 10.16.1(a) al demandante, no existe entonces peligro alguno para los derechos de los acreedores ni posibilidad de que el demandante pueda “desprenderse de un activo corporativo”.

58. En efecto, en la Respuesta, la Demandada no responde a la observación de los Demandantes (o siquiera acusa recibo de la misma) de que el demandante que plantea una reclamación con arreglo al Artículo 10.16.1(a) en nombre propio (por pérdidas reflejas o no) no cobra más que lo que cobraría si hubiera reclamado en nombre de una empresa y luego recuperado indirectamente sus pérdidas (o no recuperado nada si el valor de la empresa fuera negativo)¹⁵⁰. Esta observación supone un golpe fatal para la afirmación incorrecta de la Demandada de que la reclamación de los Demandantes perjudica a los acreedores.

59. Por otra parte, si bien la Demandada afirma que “una diferencia clave entre una reclamación por pérdida refleja y una por daño directo sufrido por la compañía es que en ésta última, los acreedores efectivamente reciben su pago”¹⁵¹, no reconoce el corolario necesario de esa afirmación. Como lo observaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, si bien el cobro del demandante se mantendrá constante sea que reclame en nombre propio o en nombre de una empresa que está bajo su control o de la que es propietario, la responsabilidad del Estado demandado puede ser mayor en el segundo caso¹⁵². Al indemnizar a la empresa por las pérdidas sufridas por ésta, todos los accionistas (incluidos los accionistas minoritarios

¹⁴⁹ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 49-50.

¹⁵⁰ *Íd.*, párr. 50.

¹⁵¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 26.

¹⁵² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 50.

y también los acreedores) quedarán indemnizados indirectamente, independientemente de que esos accionistas minoritarios o acreedores tuvieran o no legitimación para reclamar al amparo del Tratado en su propio nombre para cobrar por las pérdidas sufridas por ellos mismos¹⁵³. No es de sorprender que la Demandada tampoco responda al hecho de que, en el caso *RDC c. Guatemala*, se opuso a que la indemnización se le pagara a la empresa con el argumento de que con ello se indemnizaría indirectamente a nacionales guatemaltecos que eran accionistas minoritarios de la empresa que no gozaban de derechos al amparo del Tratado, o que tampoco reconozca ese hecho¹⁵⁴.

60. En suma, es incorrecto lo dicho por la Demandada de que, al reclamar con arreglo al Artículo 10.16.1(a), los Demandantes pretenden beneficiarse a expensas de los acreedores. Cuando se reclama en nombre de una empresa, el laudo se le paga a la empresa, para garantizar que sea la propia empresa, por contraposición a solamente uno de sus accionistas, quien cobre. Pero cuando el demandante reclama en nombre propio, el pago del laudo al demandante no perjudica a otros accionistas o acreedores de la empresa en la cual el demandante tiene una tenencia accionaria. Del mismo modo, lo que cobre el demandante no se ve incrementado por el hecho de reclamar en nombre propio en lugar de reclamar en lugar de la empresa de la que es propietario o que controla. Sin embargo, la responsabilidad del Estado puede ser mayor en este último caso, en que el Estado puede incluso indemnizar indirectamente a accionistas y acreedores que no gozan en virtud del tratado de derechos contra el Estado.

C. Los Demandantes presentaron reclamaciones por pérdidas sufridas por ellos como resultado de medidas adoptadas contra su inversión

61. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que pretenden cobrar la indemnización por los daños que *ellos* sufrieron en virtud del incumplimiento de las obligaciones de Guatemala a la luz del CAFTA-DR, o como resultado de dicho incumplimiento¹⁵⁵. En particular, la pérdida de los Demandantes consiste en la desvalorización de su inversión (Exmingua) y, por consiguiente, la disminución del valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua, sufrida como resultado de las medidas que

¹⁵³ *Íd.*

¹⁵⁴ *Ver supra* párrs. 15 y 22; Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 50-54.

¹⁵⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 57-63.

adoptó y sostuvo Guatemala¹⁵⁶. Los Demandantes explicaron que así se dejó en claro a lo largo de su Notificación de Intención y Notificación de Arbitraje y que la Demandada caracteriza incorrectamente sus reclamaciones al concluir que ellos pretenden obtener una indemnización por daños sufridos por Exmingua, simplemente porque los Demandantes reclaman por medidas adoptadas y mantenidas por Guatemala en violación de obligaciones impuestas por el Tratado y dirigidas a Exmingua¹⁵⁷. De hecho, los Demandantes demostraron que, en muchos casos tramitados al amparo de tratados de inversión, los demandantes que son titulares de empresas cobran la indemnización por los perjuicios que sufrieron como resultado de medidas dirigidas a su empresa¹⁵⁸. Por último, los Demandantes explicaron que es prematuro llevar adelante un examen detallado de la medida del daño sufrido por ellos, y que sus alegaciones de que sufrieron daños como resultado de la violación cometida por Guatemala deben tomarse por ciertas a los efectos de la objeción opuesta por la Demandada con arreglo al Artículo 10.20.5¹⁵⁹. Como la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje respetaron el requisito del Tratado de indicar la reparación solicitada y el monto aproximado de la indemnización que se reclama¹⁶⁰, corresponde denegar la objeción de la Demandada atinente a la reclamación indemnizatoria de los Demandantes.

62. En la Respuesta, la Demandada afirma que “[l]os Demandantes argumentan ahora falsamente que sus reclamaciones son ‘en nombre propio’ [...]”¹⁶¹. La Demandada también sostiene erróneamente que los Demandantes pretenden cobrar una indemnización por perjuicios sufridos por Exmingua, porque supuestamente “sólo anunciaron reclamaciones por presuntas pérdidas sufridas por Exmingua en ciertos proyectos y activos, y no por ningún impacto que esas pérdidas directas de Exmingua tuvieran sobre el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua o en Minerales KC [...]”¹⁶². La Demandada caracteriza incorrectamente la jurisprudencia, así como las reclamaciones de los Demandantes, y afirma que “[c]uando un demandante confunde daños sobre su propiedad y daños sobre la propiedad de la compañía en la que el demandante tiene participación accionaria, los tribunales han

¹⁵⁶ *Íd.*, párr. 57.

¹⁵⁷ *Íd.*, párr. 57.

¹⁵⁸ *Íd.*, párrs. 38-42.

¹⁵⁹ *Íd.*, párrs. 3-5 y 61.

¹⁶⁰ *Íd.*, párrs. 62-63.

¹⁶¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 21.

¹⁶² *Íd.*, párr. 27.

desestimado reclamaciones”¹⁶³. Si bien la Demandada coincide con los Demandantes en cuanto a que “ésta no es la etapa para cuantificar o probar los daños de los Demandantes”¹⁶⁴, sostiene que “[e]n ningún sitio los Demandantes alegan ni reclaman pérdida alguna en el valor de i) su participación en Exmingua, ii) sus acciones, o iii) cualquier otro tipo de pérdida refleja”¹⁶⁵. Por último, la Demandada afirma que el “intento tardío de los Demandantes de enmendar sus reclamaciones ahora y caracterizar los daños reclamados como pérdidas reflejas para eludir las objeciones de la Demandada no puede permitirse”¹⁶⁶. La objeción de la Demandada no tiene fundamento.

63. *Primero*, la Demandada se equivoca al mantener su afirmación de que los Demandantes pretenden cobrar por pérdidas o perjuicios *de Exmingua*. Como se explicó en el Memorial de Contestación, los Demandantes dejaron muy en claro en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje que pretenden cobrar una indemnización por *sus* pérdidas¹⁶⁷. Cabe destacar que la Demandada pasa por alto todas y cada una de las referencias que se hacen en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje a las

¹⁶³ *Íd.*, párr. 23.

¹⁶⁴ *Íd.*, párr. 27.

¹⁶⁵ *Íd.*, párr. 22.

¹⁶⁶ *Íd.*, párr. 24.

¹⁶⁷ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 57; Notificación de Intención, pág. 2 (“[L]os *Inversionistas* se han visto privados del uso y disfrute de su inversión en Exmingua, misma que ha sido objeto de una serie de actos y omisiones por parte del Estado que han sido arbitrarios, injustos y contrario al debido proceso”) (énfasis añadido); *íd.*, pág. 3 (“[L]os *Inversionistas* se han visto perjudicados por la suspensión del Proyecto Progreso VII durante varios años. [...] El MEM [...] también *dañó* arbitraria e ilegalmente a los *Inversionistas* al prohibir que Exmingua ejerciera su derecho a exportar los minerales que ya había extraído del Proyecto Progreso VII antes de que se le suspendiera ilícitamente la Licencia de Explotación. *El Sr. Kappes y KCA incurrieron en pérdidas considerables* producto de los incumplimientos [de Guatemala]”) (énfasis añadido); Notificación de Arbitraje, párr. 3 (“El Estado no ha indemnizado a los *Demandantes* por *sus* pérdidas. [...] Los *Demandantes* están pagando el precio por la supuesta irregularidad del propio Estado”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 18 (“los *Demandantes* están habilitados a iniciar un arbitraje contra Guatemala *de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)* del CAFTA-DR.”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 20 (“Tanto *el Sr. Kappes como KCA efectuaron inversiones considerables en Guatemala por intermedio de su empresa guatemalteca, Exmingua, [...]*. Por otra parte, la inversión de los *Inversionista* en Exmingua constituye una ‘inversión’ en los términos el CAFTA-DR, por consistir *en acciones* y reunir todas las características de una inversión, incluidos el comprometimiento de capital, la expectativa de recibir una utilidad o ganancia y la asunción de un riesgo”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 21 (“los *Demandantes* sufrieron pérdidas y daños significativos en virtud o como resultado de las violaciones [cometidas por Guatemala]. Por consiguiente, los *Demandantes* reúnen los requisitos necesarios para someter una reclamación a arbitraje *con arreglo al Artículo 10.16.1(a)*”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 51 (“Esta determinación autoimpuesta [de dejar de emitir licencias de explotación] no está en consonancia con el derecho interno, es contraria a las *expectativas legítimas de los Inversionistas* al momento de hacer sus inversiones en Guatemala e *impidió que los Demandantes obtuvieran beneficios de sus inversiones*”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 64 (“Los *Demandantes* han sufrido pérdidas significativas como resultado de los incumplimientos de [Guatemala]”) (énfasis añadido); *íd.*, párr. 78 (“Por la presente los *Demandantes* solicitan que el Tribunal Arbitral [...] dicte un laudo final en el que [...] se ordene a Guatemala a que indemnice a los *Demandantes*” [por los montos indicados]) (énfasis añadido).

pérdidas o los daños *de los Demandantes* sufridos como resultado de los actos de la Demandada, y se centra en cambio exclusivamente en el hecho de que las medidas en cuestión apuntaron a Exmingua, que también sufrió daños producto de las violaciones del Tratado cometidas por la Demandada. Sin embargo, ello es irrelevante a los efectos de la legitimación de los Demandantes para plantear sus reclamaciones en el arbitraje.

64. *Segundo*, la Demandada interpreta incorrectamente la jurisprudencia al concluir que, como los Demandantes reclaman por medidas dirigidas a Exmingua, no alegaron y no podrían haber sufrido daños ellos mismos. En el Memorial de Contestación, los Demandantes identifican docenas de casos en los que los inversionistas plantearon con éxito reclamaciones por las llamadas pérdidas reflejas¹⁶⁸; en esos casos, las medidas estuvieron dirigidas a la empresa, y los demandantes propietarios de la empresa plantearon reclamaciones por los daños que habían sufrido como resultado de ellas¹⁶⁹. La Demandada se equivoca al sostener que el laudo de *OTMTI c. Argelia* respalda su postura de que “[c]uando un demandante confunde daños sobre su propiedad y daños sobre la propiedad de la compañía en la que el demandante tiene participación accionaria, los tribunales han desestimado reclamaciones”¹⁷⁰.

65. En *OTMTI*, el demandante OTMTI era propietario, por medio de varios estratos societarios, entre ellos la empresa egipcia OTH, de una participación indirecta en la empresa argelina OTA¹⁷¹. OTMTI alegó que Argelia había adoptado medidas ilícitas en violación del TBI contra OTA y, al sancionar legislación que decía surtir efectos extraterritoriales, la obligó a vender a un precio deprimido su participación indirecta en OTA por sobre el estrato societario de OTH¹⁷². Después de la venta, OTH (que ya no era propiedad de OTMTI ni estaba bajo su control) planteó una reclamación contra Argelia al amparo del tratado¹⁷³. OTMTI posteriormente planteó su propia reclamación contra Argelia¹⁷⁴. Entre otras cosas, el tribunal determinó que existía una sola controversia atinente a las medidas adoptadas contra OTA, y que OTMTI no había sufrido ninguna pérdida o daño aparte de la pérdida o daño

¹⁶⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 38-42.

¹⁶⁹ *Íd.*, párrs. 38-42.

¹⁷⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 23.

¹⁷¹ *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI N.º ARB/12/35, Laudo del 31 de mayo de 2017, párrs. 6-8 y 142-172 (RL-0054-ENG).

¹⁷² *Íd.*, párrs. 9-15.

¹⁷³ *Íd.*, párr. 485.

¹⁷⁴ *Íd.*, párrs. 16-17 y 485.

supuestamente sufridos por OTH¹⁷⁵. Luego determinó que la presentación de la notificación de intención de OTH “extinguía” cualquier derecho de cualquier otro miembro de la cadena societaria entonces existente a someter una reclamación a arbitraje, y que el hecho de que OTMTI hubiera presentado una solicitud de arbitraje constituía un “abuso del derecho”¹⁷⁶. El laudo en cuestión es actualmente objeto de un proceso de anulación en trámite¹⁷⁷. Independientemente de ello, las inquietudes en materia de política normativa que motivaron al tribunal de OTMTI no pueden desplazar los términos del Tratado y el Convenio del CIADI¹⁷⁸. Tampoco median en este caso esas inquietudes de política normativa: aquí no existen múltiples procesos y no hay posibilidad de que exaccionistas de Exmingua planteen una reclamación por las mismas medidas.

66. La Demandada se equivoca también al invocar *LESI-Dipenta c. Argelia*¹⁷⁹. En ese caso, el demandante, que era un consorcio, sometió una reclamación a arbitraje en la que alegaba la violación del tratado en relación con la ejecución y cancelación de un contrato¹⁸⁰. Como las partes del contrato eran dos empresas, que luego constituyeron un consorcio, pero no los propios demandantes¹⁸¹, el tribunal desestimó la reclamación por falta de jurisdicción¹⁸². Posteriormente, las dos empresas juntas plantearon otra reclamación ante el CIADI en sus propios nombres, respecto de la cual el tribunal aceptó la jurisdicción¹⁸³. Ese

¹⁷⁵ *Íd.*, párrs. 488-489. Cabe destacar que tanto OTMTI como OTH reclamaban por lo que la Demandada caracterizaría como “pérdida refleja”. No hubo reclamación efectuada por OTA, la empresa argelina, o en su nombre.

¹⁷⁶ *Íd.*, párrs. 496-498 y 539-545.

¹⁷⁷ *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI N.º ARB/12/35, Detalles del caso, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/35> (CL-0110-ENG).

¹⁷⁸ *Ver Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Decisión sobre Anulación del 3 de julio de 2002, párrs. 102 y 112 (CL-0111-ENG/SPA) (“[N]o le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre a cause de que pudo o debió haber sido conocida [en otro proceso]. En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. [...] [E]l Tribunal, confrontado con tal reclamación y habiendo decidido válidamente que tenía jurisdicción, estaba obligado a considerarla y decidirla”).

¹⁷⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, nota 40.

¹⁸⁰ *L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia*, Laudo, párr. 39 (Hechos) (RL-0055-ENG).

¹⁸¹ *Íd.*, párrs. 37-39 (Puntos de Derecho).

¹⁸² *Íd.*, párr. 41 (Puntos de Derecho).

¹⁸³ *L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI N.º ARB/05/3, Decisión del 12 de julio de 2006, pág. 33 (CL-0112-FR/ENG) (“1. Le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur les demandes formulées par les Demanderesses pour autant qu’elles se fondent sur la violation l’Accord bilatéral et dans cette mesure seulement. 2. ASTALDI a qualité pour agir aux cotés de LESI et la

caso no influye en las cuestiones que tiene ante sí este Tribunal. A diferencia del caso *LESI-Dipenta* original, en que el demandante no era titular de la inversión, en nuestro caso el Sr. Kappes y KCA tienen acciones de Exmingua, y esas acciones constituyen inversiones en los términos del Tratado.

67. Si bien la Demandada también invoca el caso *Nykomb c. Letonia*, éste tampoco le sirve¹⁸⁴. En *Nykomb*, el demandante buscó cobrar una indemnización equivalente a la supuesta pérdida de ingresos sufrida por su subsidiaria¹⁸⁵. El tribunal rechazó ese cálculo, porque no tomaba en consideración una serie de factores que afectaban los pagos a los accionistas¹⁸⁶. Aquí, los Demandantes aún no han expuesto su cuantificación de las pérdidas. Por consiguiente, los cálculos deficientes que se hayan efectuado en otros casos no tienen relevancia. En esta etapa no se pide al Tribunal evaluar la *medida* de las pérdidas reflejas de los Demandantes sino, más bien, solamente si los Demandantes pueden cobrar por dichas pérdidas; sin dudas, pueden hacerlo.

68. En una nota al pie, la Demandada remite también a varios casos en los que los tribunales comentaron que el demandante no tiene el derecho a activos de la empresa en cuya titularidad ese inversionista tiene una participación¹⁸⁷. Ello no tiene aquí ninguna relevancia. Los Demandantes no reclaman por pérdidas o daños ocasionados a los activos de Exmingua. No obstante, en la medida en que el valor de Exmingua disminuyó como resultado de los actos realizados contra sus activos, ello, a su vez, perjudica a los Demandantes con la baja del valor de sus inversiones en Exmingua. Esa pérdida es susceptible de someterse al conocimiento del tribunal y ninguno de los ejemplos de jurisprudencia que cita la Demandada sustenta una conclusión contraria¹⁸⁸.

requête est recevable”) (“1. El Tribunal Arbitral tiene competencia para juzgar las reclamaciones presentadas por los Demandantes en la medida en que se basan en una violación del Tratado bilateral, y solamente en esa medida. 2. ASTALDI está legitimada para actuar junto con LESI y la solicitud es procedente”).

¹⁸⁴ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 25.

¹⁸⁵ *Nykomb c. Letonia*, Laudo, págs. 3-5 y 39 (CL-0073-ENG).

¹⁸⁶ *Íd.*, pág. 39.

¹⁸⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, nota 39.

¹⁸⁸ De hecho, los casos citados por la Demandada respaldan las reclamaciones de los Demandantes. Ver *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción del 18 de julio de 2013, párr. 282 (RL-0052-ENG) (“[U]n inversionista cuya inversión consiste en acciones [...] puede, no obstante, reclamar por la pérdida de valor de sus acciones producto de una interferencia en los activos o contratos de la empresa de cuyas acciones es titular”); *Poštová Banka, A.S. e Istrokapital SE c. República Helénica*, Caso CIADI N.º ARB/13/8, Laudo del 9 de abril de 2015, párr. 245 (CL-0056-ENG) (“Como lo demuestran clara y constantemente las decisiones mencionadas precedentemente [...] el accionista de una

69. *Por último*, las quejas de la Demandada de que los Demandantes no utilizaron el término “reflejas” para describir sus pérdidas en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje¹⁸⁹ son infundadas y carentes de relevancia. El CAFTA-DR exige que el demandante indique, en la notificación de intención y notificación de arbitraje, la reparación que solicita y el monto aproximado de la indemnización que pretende obtener¹⁹⁰. El término “reparación que se solicita” no está definido en el CAFTA-DR, pero debe interpretárselo en el contexto del Artículo 10.26, que distingue entre los tipos de reparación que el tribunal puede conceder contra la parte demandada, a saber “daños pecuniarios y los intereses que correspondan” y/o “restitución de la propiedad”, más costas y honorarios de abogado¹⁹¹. El CAFTA-DR no exige que la notificación de arbitraje especifique mejor la reparación que se solicita¹⁹². Tampoco lo hacen el Convenio del CIADI ni las Reglas de Iniciación del CIADI¹⁹³.

70. Así pues, los Demandantes no tenían obligación alguna de caracterizar o calificar expresamente la indemnización que pretenden en la Notificación de Intención o la Notificación de Arbitraje como “directa”, “indirecta” o “refleja”, como lo indica la Demandada¹⁹⁴. El CAFTA-DR tampoco exige que los Demandantes especifiquen su pérdida como “el valor de i) su participación en Exmingua, ii) sus acciones, o iii) cualquier otro tipo de pérdida refleja”, como también lo sugiere la Demandada¹⁹⁵. El comentario de la

sociedad constituida en el Estado receptor puede plantear reclamaciones basadas en medidas adoptadas contra los activos de dicha sociedad que perjudican el valor de las acciones de la demandante”); *South American Silver Ltd. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2013-15, Laudo del 22 de noviembre de 2018, párr. 800 (RL-0053-ENG) (“[L]o que se valora para efectos de la compensación es el efecto que la expropiación tiene en el valor de las acciones que indirectamente posee SAS en CMMK, teniendo en cuenta que las Concesiones Mineras y la inversión realizada en el Proyecto por la Compañía son los únicos activos de CMMK que están acreditados en el expediente”).

¹⁸⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 21-28 y § III.

¹⁹⁰ Ver CAFTA-DR, Art. 10.16.2(d) (CL-0001-ENG/SPA) (“En la notificación [de intención] se especificará: [...] la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”); Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 62.

¹⁹¹ Ver CAFTA-DR, Art. 10.26.1 (CL-0001-ENG/SPA) (“Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal podrá también conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables”).

¹⁹² *Veríd.*, Arts. 10.16.4 y 10.16.6.

¹⁹³ Convenio del CIADI, Art. 36(2); Reglas de Iniciación del CIADI, Regla 2(1).

¹⁹⁴ Mem. de OP de la Demandada, párr. 55, nota 81; Respuesta de la Demandada sobre OP, § III.

¹⁹⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 22.

Demandada de que la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje de los Demandantes no contiene el término “pérdida refleja” es, así, irrelevante.

71. Así lo confirma también la práctica arbitral. En *TECO c. Guatemala*, por ejemplo, como ocurre en este caso, el demandante indicó en su notificación de intención y notificación de arbitraje que tenía indirectamente su participación en la empresa en Guatemala¹⁹⁶. Del mismo modo identificó su inversión como “participación en el patrimonio” “que consiste de acciones”¹⁹⁷. En la notificación de intención, afirmó que “ha incurrido pérdida o perjuicio significativo”, sin caracterizar mejor esas pérdidas como directas o indirectas¹⁹⁸. De modo similar, en la notificación de arbitraje, reiteró que “[c]omo resultado directo de las acciones ilegales de [Guatemala], [...] ha sufrido daños financieros severos”, lo cual “ha tenido un impacto financiero significativo sobre [su] inversión [...] en EEGSA [la empresa guatemalteca]”¹⁹⁹. En el laudo, el tribunal reconoció que la reclamación del demandante era por su propia pérdida refleja²⁰⁰ y le concedió una indemnización basada en su porción de la pérdida de ingresos que, determinó, había sufrido la empresa guatemalteca como resultado de la violación²⁰¹.

¹⁹⁶ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Notificación de Intención del 13 de enero de 2009 (“*TECO c. Guatemala*, Notificación de Intención”), párr. 3 (CL-0113-ENG/SPA); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Notificación de Arbitraje del 20 de octubre de 2010 (“*TECO c. Guatemala*, Notificación de Arbitraje”), párrs. 4 y 14 (CL-0030-ENG/SPA).

¹⁹⁷ *TECO c. Guatemala*, Notificación de Intención, párr. 3 (CL-0113-ENG/SPA); *TECO c. Guatemala*, Notificación de Arbitraje, párr. 26 (CL-0030-ENG/SPA).

¹⁹⁸ *TECO c. Guatemala*, Notificación de Intención, párrs. 27 y 31 (CL-0113-ENG/SPA).

¹⁹⁹ *TECO c. Guatemala*, Notificación de Arbitraje, párr. 69 (CL-0030-ENG/SPA); *TECO c. Guatemala*, Laudo, párr. 438 (CL-0031-ENG/SPA).

²⁰⁰ *Ver TECO c. Guatemala*, Laudo, párr. 716 (CL-0031-ENG/SPA) (“El Demandante sostiene que tiene derecho a dos tipos de daños. En primer lugar, reclama su parte del flujo de caja que dejó de percibir EEGSA entre agosto de 2008 y octubre de 2010 (fecha en que EPM adquirió EEGSA) como resultado de la aplicación de una tarifa basada en el estudio de Sigla (pérdidas históricas). En segundo lugar, reclama una compensación por el valor depreciado al cual vendió sus acciones en octubre de 2010 (pérdida de valor)”; *ver también*, Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 26-28 (en que se resume el caso *TECO*).

²⁰¹ *Ver TECO c. Guatemala*, Laudo, párr. 742 (CL-0031-ENG/SPA) (“El Tribunal Arbitral considera que los incumplimientos de la Demandada han causado daños al Demandante. Tales daños comprenden (i) la porción del Demandante de los mayores ingresos que EEGSA hubiese recibido si el CNEE hubiera respetado el debido proceso al efectuar la revisión tarifaria, (ii) a contar desde el momento en que los mayores ingresos hubiesen sido percibidos por primera vez hasta el momento en el que el Demandante vendió su participación en EEGSA. La suma de dichas pérdidas debe cuantificarse en el escenario contrafáctico discutido por las Partes, sobre la base de cuáles hubieran sido las tarifas si el CNEE hubiese cumplido el marco regulatorio”). El tribunal se negó a conceder la indemnización pretendida por el demandante por la desvalorización de sus acciones en EEGSA, tal como quedó reflejada en el valor reducido al que vendió sus acciones. *Íd.*, párr. 761. Esta parte del laudo quedó anulada y, actualmente, es objeto de una nueva presentación en arbitraje. *Ver TECO c. Guatemala*, Decisión sobre Anulación, párr. 382 (CL-0100-ENG/SPA); *TECO Guatemala Holdings LLC c. República de*

72. De modo similar, en *Khan c. Mongolia*, los demandantes tenían participaciones mayoritarias en un emprendimiento conjunto (que era titular de una licencia de explotación minera) y una empresa local (que era titular de una licencia de exploración minera)²⁰². En la notificación de arbitraje, los demandantes reclamaron por la invalidación de sus licencias²⁰³ y pidieron una condena al pago de “indemnización monetaria [...] por todas las pérdidas que sufrieron como resultado de habérselas privado de sus derechos” al amparo de los instrumentos correspondientes²⁰⁴. El tribunal concedió la indemnización por la desvalorización de la participación de los demandantes en la propiedad del proyecto minero²⁰⁵.

73. Contrariamente a lo afirmado por la Demandada, los Demandantes no intentan “enmendar” o “re-caracterizar” sus reclamaciones ni “reformular” sus Notificaciones²⁰⁶. En la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje, los Demandantes indicaron que pretenden obtener una indemnización por daños que *ellos* sufrieron²⁰⁷. No se exigía nada más. En efecto, como ya se demostró, normalmente los demandantes no caracterizan los daños como directos o indirectos y no es necesario que lo hagan. La afirmación de la

Guatemala, CAFTA-DR, Caso CIADI N.º ARB/10/23, CAFTA-DR, Detalles del caso, *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/23> (CL-0102-ENG).

²⁰² *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., y Cauc Hldg. Co. Ltd. c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo del 2 de marzo de 2015 (“*Khan c. Mongolia*, Laudo sobre el Fondo”), párr. 384 (CL-0114-ENG) (“A la Fecha de Valuación, Khan Canada y CAUC Holding eran titulares del 58% de CAUC (que era titular de la Licencia de Explotación sobre la Propiedad Principal), mientras que Khan Netherlands era titular de 75% por ciento de Khan Mongolia (que era titular de la Licencia de Exploración sobre la Propiedad Adicional), con el 25% por ciento restante en manos de Khan Bermuda (y, por su intermedio, de Khan Canada)”).

²⁰³ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., y Cauc Hldg. Co. Ltd. c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Notificación de Arbitraje del 10 de enero de 2011, párr. 76 (CL-0115-ENG) (“Desde la suspensión ilícita y posterior revocación de las licencias de exploración y explotación de los Demandantes y hasta la fecha de la presente Notificación, los Demandantes han sufrido la pérdida de su inversión (incluidos el lucro cesante y otros daños)”).

²⁰⁴ *Íd.*, párr. 77(2) (“Los Demandantes solicitan que el Tribunal: [...] Les conceda una indemnización monetaria de no menos de **USD 200 millones (doscientos millones de dólares de EE. UU.)** por todas las pérdidas sufridas como resultado de haber sido privados de los derechos que les asisten en virtud del TCE y el derecho internacional, la Ley de Inversiones Extranjeras, el Contrato Fundacional y el derecho mongol, incluidos, entre otras cosas, lucro cesante razonable, pérdidas directas e indirectas (incluida, a modo de ejemplo, la pérdida de reputación y valor llave) y pérdidas de todos los bienes tangibles e intangibles ocasionadas por las Demandadas”) (énfasis en el original); *ver también Khan c. Mongolia*, Laudo sobre el Fondo, párr. 285 (CL-0114-ENG) (lo mismo, con cita del memorial y la réplica de los demandantes).

²⁰⁵ *Khan c. Mongolia*, Laudo sobre el Fondo, párrs. 389 y 421 (CL-0114-ENG) (“Por lo tanto, el Tribunal concluye que el porcentaje correcto de propiedad que corresponde adoptar es 62% (del valor del Proyecto Dornod). [...] [E]l Tribunal considera que el valor justo de la inversión de los Demandantes a julio de 2009 asciende a USD 80 millones”).

²⁰⁶ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 20, 24 y 28.

²⁰⁷ *Ver supra* párr. 61; Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 57 (en que se citan ejemplos de la Notificación de Intención, págs. 2 y 3, y la Notificación de Arbitraje, párrs. 3, 21, 51 y 64).

Demandada de que los Demandantes están “intent[ando] tardí[amente] [...] enmendar sus reclamaciones ahora y caracterizar los daños reclamados como pérdidas reflejas”²⁰⁸ resulta, entonces, incorrecta. Por otra parte, la queja de la Demandada de que aceptar la jurisdicción sobre las reclamaciones de los Demandantes importaría violar su “derecho [no especificado] de debido proceso”, “la integridad del procedimiento” y “la estructura del CAFTA-DR”²⁰⁹ no tiene sentido ni fundamento. La Demandada claramente tuvo “notificación” de que las reclamaciones de los Demandantes eran por pérdidas “reflejas”, ya que ello constituye la base misma de su objeción preliminar. Lo indicado por la Demandada de que “las políticas normativas adoptadas en CAFTA-DR sobre la notificación temprana de reclamaciones, la eficiente resolución de disputas y la posibilidad de abordar objeciones preliminares”²¹⁰ se ve menoscabado por las reclamaciones de los Demandantes tal como constan en su Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje y, por consiguiente, no tiene fundamento.

D. Los Demandantes dieron cumplimiento al requisito de la renuncia

74. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que la objeción de la Demandada en cuanto al requisito de la renuncia del Artículo 10.18.2(b)(i) no tenía fundamento, ya que los Demandantes presentaron renunciaciones apropiadas que la Demandada no alegó contengan defectos en ningún aspecto²¹¹. Los Demandantes demostraron también que no estaban obligados a presentar una renuncia en nombre de Exmingua, porque plantearon sus reclamaciones con arreglo al Artículo 10.16.1(a) y, de conformidad con los términos expresos del Tratado, estaban entonces solamente obligados a presentar renunciaciones en su propio nombre²¹². Entre otras cosas, los Demandantes señalaron que, si bien el TLCAN exige que el demandante que plantea una reclamación en nombre propio presente una renuncia en nombre de la empresa en determinadas circunstancias²¹³, en el CAFTA-DR no figura texto tal y no existe fundamento para incorporarle un texto adicional al Tratado²¹⁴. Por último, los Demandantes observaron que el recurso de la Demandada a las supuestas ventajas y objetivos de la renuncia no puede desplazar el texto claro del Tratado²¹⁵ y, de cualquier manera, esos

²⁰⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 24.

²⁰⁹ *Íd.*, párr. 24.

²¹⁰ *Íd.*

²¹¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 66.

²¹² *Íd.*, párrs. 68-72.

²¹³ Ver TLCAN, Art. 1121(1)(b) (CL-0034-ENG/SPA).

²¹⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 72.

²¹⁵ *Íd.*, párr. 69.

objetivos no pueden lograrse en todos los casos, aun en el marco de la interpretación sin respaldo que propone la Demandada²¹⁶.

75. En su Respuesta, la Demandada no niega que los Demandantes hayan presentado renunciaciones apropiadas y que el sentido corriente del Artículo 10.18.2(b) no les exige aportar una renuncia en nombre de Exmingua. De todas formas, la Demandada afirma que “[e]n ausencia de una renuncia firmada por Exmingua, Guatemala no dio su consentimiento a arbitrar reclamaciones derivadas de perjuicios directos sufridos por Exmingua”²¹⁷. Afirma además que “[e]l intento de los reclamantes de eludir el requisito de renuncia debe ser rechazado”, dado que, “[b]ajo la lógica de los Demandantes, las protecciones para prevenir la doble compensación, procedimientos múltiples, etc. establecidos en el Tratado pueden ser completamente ignoradas simplemente iniciando una reclamación bajo el Artículo 10.16.1(a) por pérdida refleja y evitando el requisito de renuncia al hacer que la parte del litigio local (la empresa) no renuncia a las mismas reclamaciones interpuestas en un arbitraje por un inversor accionista”²¹⁸. La objeción de la Demandada es incorrecta y corresponde su desestimación.

76. *Primero*, la Demandada no niega (ni podría negar) que el sentido corriente del Artículo 10.18.2(b) no exige que los demandantes que plantean reclamaciones con arreglo al Artículo 10.16.1(a) aporten una renuncia en nombre de una empresa. En particular, el Artículo 10.18.2(b)(i) dispone que la notificación de arbitraje debe ir acompañada “de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a)”²¹⁹. La afirmación llana de la Demandada de que, “[e]n ausencia de una renuncia firmada por Exmingua, Guatemala no dio su consentimiento a arbitrar reclamaciones derivadas de perjuicios directos sufridos por Exmingua”²²⁰ queda entonces contradicha por el texto claro del Tratado²²¹. En consecuencia, si el Tribunal determina que los Demandantes tienen permitido plantear reclamaciones con arreglo al Artículo 10.16.1(a) (como, de hecho, lo tienen, tal como se explicó precedentemente y en el Memorial de Contestación de los Demandantes), entonces son irrelevantes los argumentos de la Demandada en cuanto a la necesidad de la renuncia de la empresa.

²¹⁶ *Íd.*, párrs. 69-72.

²¹⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 105-109 y § IV.D.5.

²¹⁸ *Íd.*, párr. 107.

²¹⁹ CAFTA-DR, Art. 10.18(2)(b)(i) (CL-0001-ENG/SPA).

²²⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 105-109 y § IV.D.5.

²²¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 66-72.

77. *Segundo*, las afirmaciones de la Demandada de que “[l]os Demandantes reconocen que sus reclamaciones están relacionadas con daños sufridos ‘como resultado de las medidas tomadas por la Demandada contra Exmingua’”; que, “[p]or lo tanto, se deduce que es Exmingua la que ‘ha sufrido pérdidas o daños en virtud de [la] violación [de Guatemala] o como resultado de ésta’”; y que, en consecuencia, los Demandantes deberían haber planteado sus reclamaciones en nombre de Exmingua y presentado una renuncia por Exmingua²²² son equivocadas. La amplia mayoría de las reclamaciones al amparo de tratados de inversión surgen de medidas dirigidas a una empresa u otro activo en el Estado receptor. En esos casos, no solamente se verá perjudicada la empresa, sino que, del mismo modo, los propietarios de esa empresa sufrirán daños. La premisa del argumento de la Demandada, a saber, que como las medidas que dieron origen a las reclamaciones de los Demandantes estuvieron dirigidas a Exmingua, solamente ésta, y no los Demandantes que son propietarios de Exmingua, se vio perjudicada, es entonces ilógica e incorrecta.

78. *Tercero*, la afirmación de la Demandada de que las reclamaciones de los Demandantes son “exactamente el tipo de resultado que el mecanismo del CAFTA-DR para reclamaciones derivativas busca evitar”²²³ no tiene sustento y queda desmentida por el texto claro del Tratado. Si las Partes del Tratado hubieran deseado *exigir* a los demandantes propietarios o controlantes de una empresa plantear reclamaciones en nombre de esa empresa y/o presentar una renuncia en nombre de esa empresa para todos los tipos de reclamaciones o para determinados tipos, podrían haberlo hecho sin problemas²²⁴.

79. En efecto, como lo observaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, las Partes del Tratado podrían haber incluido un texto como el que figura en el TLCAN²²⁵. Específicamente, el CAFTA-DR dispone que, cuando el demandante plantea una reclamación en nombre propio con arreglo al Artículo 10.16.1(a), debe presentar una renuncia, y cuando el demandante plantea una reclamación en nombre de la empresa con arreglo al Artículo 10.16.1(b), debe presentar una renuncia en su nombre y en el de la empresa. En cambio, el TLCAN dispone que, cuando el demandante plantea una reclamación en su propio nombre con arreglo al Artículo 1116, debe presentar una renuncia en su propio nombre, y “cuando la

²²² Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 106 (corchetes en el original).

²²³ *Íd.*, párr. 107.

²²⁴ *Ver supra* párr. 10; Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 21 y 72.

²²⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 72.

reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa [...] propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto [...]”, el demandante también debe presentar una renuncia por esa empresa²²⁶. Al no mediar texto tal, no hay fundamento para interpretar que el CAFTA-DR incluye un requisito que le exija al demandante presentar una renuncia en nombre de la empresa cuando plantea una reclamación en nombre propio por perjuicios sufridos como resultado de medidas dirigidas a su empresa.

80. En respuesta, la Demandada afirma, sin explicación, que el “CAFTA-DR mejoró al TLCAN eliminando el requerimiento de que la empresa también deba presentar una renuncia en nombre de la empresa aún para reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 1116”²²⁷. La Demandada no remite a ninguna fuente en sustento de su llana afirmación. Tampoco explica cómo es que supuestamente se “mejoró” el CAFTA-DR. Más bien, sin remisión a ninguna decisión o laudo de un tribunal, especula que “[l]a inclusión [del texto adicional en el artículo 1116] hizo que los tribunales cuestionaran si las reclamaciones por pérdidas reflejas podrían ser iniciadas bajo el Artículo 1116 [...]”²²⁸. Independientemente de ello, interpretar que la ausencia de un texto tal en la disposición sobre renunciaciones del CAFTA-DR significa que las Partes del CAFTA-DR deseaban prohibir las reclamaciones por pérdidas reflejas (si bien no incluyeron texto alguno a tal efecto en el Artículo 10.16.1(a) o (b)) y pretendían exigir que las reclamaciones por pérdidas sufridas por el demandante como resultado de medidas dirigidas a la empresa de su propiedad o bajo su control vayan acompañadas de una renuncia de la empresa (si bien no incluyeron texto alguno a tal efecto en el Artículo 10.18.2) es contrario a los principios de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena.

81. *Por último*, el recurso de la Demandada a los objetivos de impedir una multiplicidad de reclamaciones, decisiones incongruentes y un doble pago no puede desplazar al texto claro del Tratado. La Demandada no niega, ni puede negar, el hecho de que el tribunal no tiene libertad para imponerle a una parte obligaciones adicionales en pos de la consecución de un supuesto objetivo del tratado. La Demandada tampoco intenta siquiera negar el comentario de los Demandantes de que, aun si el CAFTA-DR sí tuviera un requisito de que el demandante presente una renuncia en nombre de su empresa cuando plantea una reclamación por pérdidas reflejas, ello no eliminaría los problemas identificados que tiene por fin solucionar la

²²⁶ TLCAN, Art. 1121(1)(b) (CL-0034-ENG/SPA).

²²⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 108.

²²⁸ *Íd.*, párr. 108.

renuncia²²⁹. Del mismo modo tampoco reconoce que los tribunales disponen de muchos otros medios de impedir el dictado de decisiones incongruentes, así como el doble pago o la doble indemnización, que “no hacen necesario privar de legitimación al inversionista”²³⁰.

E. El Anexo 10-E del CAFTA-DR es inaplicable en este caso

82. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que su reclamación por protección y seguridad plenas no queda excluida en virtud del Anexo 10-E del CAFTA-DR²³¹. En particular, los Demandantes demostraron que el CAFTA-DR no contiene una cláusula de elección de vías, sino que, más bien, contiene una disposición que impide volver atrás, lo cual permite que los demandantes primero intenten recursos ante los tribunales locales antes de dar inicio al arbitraje²³². Los Demandantes también demostraron que la excepción limitada a la regla de no volver atrás del Anexo 10-E del CAFTA-DR no resulta de aplicación en este caso. Ello obedece a que el texto claro del Anexo 10-E solamente le impide al inversionista someter sus reclamaciones al arbitraje internacional si el inversionista o la empresa, en determinados casos, ha alegado ante la justicia o un tribunal administrativo local un incumplimiento de la obligación que le cabe al Estado en virtud de la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR²³³.

83. Los Demandantes explicaron también que el objetivo del Anexo 10-E consiste en evitar que las violaciones del Tratado sean objeto de litigio tanto en el ámbito local como en un arbitraje en aquellos países de tradición jurídica romanista en que los tratados surten efecto de forma automática y las personas físicas pueden reclamar ante la Justicia por la violación del propio Tratado²³⁴. Como ni siquiera se alega que los Demandantes hayan presentado reclamaciones ante los tribunales guatemaltecos, los Demandantes explicaron que el Anexo 10-E no resulta de aplicación en este caso²³⁵. Por otra parte, aun si ellos hubieran planteado una reclamación en nombre de Exmingua (cosa que no hicieron ni estaban obligados a hacer), de todas formas, el Anexo 10-E sería inaplicable, dado que Exmingua

²²⁹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 69-72.

²³⁰ Christoph Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, en COMMON VALUES IN INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTIAN TOMUSCHAT, págs. 601 y 612 (Pierre-Marie Dupuy *et al.* eds., 2006) (CL-0076-ENG); *ver también*, Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 71 y nota 141.

²³¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 73-81.

²³² *Íd.*, párr. 74.

²³³ *Íd.*, párrs. 76-77; CAFTA-DR, Anexo 10-E (CL-0001-ENG/SPA).

²³⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 78-79.

²³⁵ *Íd.*, párrs. 80-81.

jamás planteó reclamación alguna ante un tribunal de Guatemala en que se alegue la violación del Tratado²³⁶.

84. En la Respuesta, la Demandada sostiene que el CAFTA-DR contiene una cláusula de elección de vías y manifiesta que los Demandantes “iniciaron sus reclamaciones bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR para eludir las restricciones bajo el Anexo 10-E del CAFTA-DR”²³⁷. Específicamente, aduce que “[e]l Anexo 10-E del CAFTA-DR impide que Exmingua inicie una reclamación por protección y seguridad plenas”²³⁸. La Demandada pasa por alto el hecho de que el Tratado no contiene una cláusula general de elección de vías y saltea el texto claro del Anexo 10-E, y entonces insiste con que “el Anexo 10-E del CAFTA-DR no requiere que se invoque, ante las cortes locales, la disposición del CAFTA-DR supuestamente incumplida por la Demandada” para que se active la supuesta cláusula de elección de vías²³⁹. Arguye que “requ[erir] que se invoque una violación a la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR frente a una corte local vaciaría” de efectos prácticos el Anexo 10-E²⁴⁰. Los argumentos de la Demandada y su interpretación del Anexo 10-E son incorrectos.

85. *Primero*, la afirmación de la Demandada de que “la ley bajo la cual Exmingua inició los procedimientos locales en Guatemala no es relevante para determinar si el Anexo 10-E del CAFTA-DR resulta aplicable”²⁴¹ contradice directamente el texto claro del Tratado. En su parte pertinente, el Anexo 10-E dispone que no se puede someter a arbitraje la reclamación si el demandante o la empresa, cuando la reclamación se plantea en nombre de esta última, “ha alegado esa *violación de una obligación establecida en la Sección A* [del Capítulo 10 del CAFTA-DR] en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana”²⁴². La insistencia de la Demandada con que este texto claro “no requiere específicamente que el incumplimiento al CAFTA-DR haya sido

²³⁶ *Íd.*, párr. 81.

²³⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 111.

²³⁸ *Íd.*, párrs. 110-117. La Demandada critica la caracterización que hacen los Demandantes de su argumento basado en el Anexo 10-E, si bien siguen sin quedar en claro la distinción que traza y la relevancia de la objeción, de tenerla. *Ver íd.*, párr. 110.

²³⁹ *Íd.*, párr. 115.

²⁴⁰ *Íd.*, párrs. 115-116.

²⁴¹ *Íd.*, párr. 112.

²⁴² CAFTA-DR, Anexo 10-E (CL-0001-ENG/SPA) (énfasis añadido).

invocado en las cortes locales”²⁴³ no resiste análisis. Su afirmación de que el término “esa violación” del Anexo 10-E significa que el demandante o la empresa, según corresponda, no pueden haber presentado “una reclamación ante las cortes locales por el mismo incumplimiento que el que se alega ante el tribunal arbitral de CAFTA-DR”²⁴⁴ pasa por alto las palabras “de una obligación establecida en la Sección A” que siguen inmediatamente a la palabra “violación”.

86. *Segundo*, lo afirmado por la Demandada en el sentido de que requerir “que se invoque una violación a la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR frente a una corte local vaciaría” de efectos prácticos el Anexo 10-E no solamente desoye el sentido corriente del texto de la disposición, sino que tampoco toma en consideración el objeto y fin del Tratado. Como se explicó en el Memorial de Contestación de los Demandantes, el Anexo 10-E aborda la circunstancia específica que se da en algunos países de tradición jurídica romanista en que es posible plantear reclamaciones ante los tribunales locales por la violación del propio Tratado²⁴⁵. Cabe destacar que la Demandada no da respuesta ni, siquiera, reconoce que la Declaración de Acto Administrativo de Estados Unidos que acompaña el TLCAN describía una disposición idéntica que se aplicaba únicamente a México y explicaba que el anexo aplicable del TLCAN se incluía “[d]ebido a que el TLCAN dará lugar a derechos de acción privados conforme al derecho mexicano”²⁴⁶.

87. Del mismo modo, la Demandada tampoco da respuesta frente a la decisión de *Corona c. República Dominicana*, ni la registra, siquiera, en que el tribunal explicó que el Anexo 10-E del CAFTA-DR “claramente está previst[o] para tratar la situación en determinados países con ordenamientos jurídicos de tradición romanista donde los tratados internacionales tienen efecto directo y, por lo tanto, la presunta violación de un tratado internacional puede conformar una causa en virtud del derecho interno de esos Estados”²⁴⁷. La Demandada

²⁴³ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 116.

²⁴⁴ *Íd.*, párr. 115.

²⁴⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 78-79.

²⁴⁶ Mensaje del Presidente de los Estados Unidos que comunica el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los Textos del Tratado, el Proyecto de Ley Reglamentaria, la Declaración de Acto Administrativo y las Declaraciones de Apoyo Requeridas, Declaración de Acto Administrativo, 3 de noviembre de 1993, H. Doc. 103-159, Vol. 1, 450, pág. 595 (C-0001-ENG-presentado nuevamente).

²⁴⁷ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADIN.º ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR del 31 de mayo de 2016 (“*Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre las Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada”), párr. 269 (RL-0002-ENG).

tampoco se refiere al caso *Nissan c. India*, en que el tribunal interpretó una disposición similar y rechazó la objeción opuesta por la parte demandada porque el demandante no había presentado una reclamación por violación del tratado ante los tribunales locales²⁴⁸.

88. En lugar de ello, la Demandada cita dos casos, y sostiene que el Tribunal debería adoptar la interpretación minoritaria de las cláusulas normales de elección de vías y evaluar si los procesos locales y las reclamaciones sometidas al arbitraje internacional comparten la misma base fundamental²⁴⁹. Sin embargo, lo discutido en *H&H Enterprises c. Egipto* no era una disposición similar al Anexo 10-E, sino, en cambio, el Artículo VII del TBI entre EE. UU. y Egipto, que disponía que la controversia podía someterse a arbitraje únicamente si esa controversia no se había sometido, para su resolución, a un procedimiento previamente convenido o a los tribunales²⁵⁰. De modo similar, en *Pantehniki c. Albania*, la disposición aplicable señalaba que el demandante “podrá someter la controversia ya sea al tribunal competente de la Parte Contratante o a un tribunal arbitral internacional [...]”²⁵¹. Así pues, ambas disposiciones excluían la posibilidad de que el demandante someta una reclamación a arbitraje en aquellos casos en que ya había sometido con anterioridad esa *controversia* a un tribunal; ninguna de las dos disposiciones limitaba su aplicación a casos en que la controversia sometida a los tribunales fuera una controversia atinente a una violación del tratado.

89. Como ya se explicó, el CAFTA-DR no contiene una cláusula general de elección de vías. En efecto, la existencia de la disposición sobre renuncias del Artículo 10.18.2(b) está reñida con la posibilidad de una cláusula de elección de vías, dado que presupone que el demandante o la empresa, según el caso, puede haber iniciado un proceso ante los tribunales locales para impugnar la misma medida que se debate en el arbitraje²⁵². Interpretar que el

²⁴⁸ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, nota 156 (en que se cita de *Nissan Motor Co. Ltd. c. República de India*, Caso CPA N.º 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2019 (“*Nissan Motor c. India*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 214 (CL-0078-ENG)).

²⁴⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 112-117.

²⁵⁰ *Ver íd.*, párr. 113 (en que se cita del TBI entre Estados Unidos y Egipto, Art. VII (RL-0083-ENG)).

²⁵¹ *Pantehniki S.A. Contractors and Engineers (Grecia) c. República de Albania*, Caso CIADIN.º ARB/07/21, Laudo del 30 de julio de 2009, párr. 53 (RL-0025-ENG) (en que se cita del tratado); Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 112.

²⁵² CAFTA-DR, Art. 10.18.2 (CL-0001-ENG/SPA) (“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: [...] (b) la notificación de arbitraje se acompañe, i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b) de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo

Anexo 10-E le impide al demandante someter la reclamación a arbitraje si el demandante (o su empresa, en la medida en que el demandante haya presentado la reclamación en nombre de la empresa) había planteado una reclamación a un tribunal local que tuviera la misma base fundamental que la reclamación al amparo del tratado contravendría entonces el sentido claro del Artículo 10.18.2(b). Así pues, la jurisprudencia en la que se interpretan cláusulas normales de elección de vías resulta irrelevante a los efectos de interpretar el Anexo 10-E, que contiene una excepción limitada que impide expresamente las reclamaciones arbitrales únicamente en aquellos casos en que se hayan planteado en el ámbito local reclamaciones por violaciones del Tratado²⁵³.

90. La Demandada no niega el hecho de que los Demandantes no sometieron ninguna reclamación a los tribunales guatemaltecos. Si bien los Demandantes no plantearon sus reclamaciones en nombre de Exmingua (ni estaban obligados a hacerlo), la Demandada tampoco niega el hecho de que Exmingua no planteó una violación de la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR ante ningún tribunal guatemalteco. La objeción opuesta por la Demandada sobre la base del Anexo 10-E es, entonces, completamente infundada.

III. LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES POR TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA ES ADMISIBLE

91. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que en la Notificación de Intención constaba la base fáctica de su reclamación por trato de NMF²⁵⁴. En particular, los Demandantes demostraron que, en la Notificación de Intención, se quejaron de que los tribunales guatemaltecos y el MEM actuaron de manera arbitraria y discriminatoria respecto del trato que le confirieron a Exmingua, en comparación con el trato que acordaron a inversiones de propiedad de otros²⁵⁵. Los Demandantes también demostraron que el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, interpretado en su contexto, confirma que es admisible la reclamación de los Demandantes por trato de NMF²⁵⁶. Por último, demostraron

conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cu alquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.”).

²⁵³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 78-79.

²⁵⁴ *Íd.*, párrs. 83-84.

²⁵⁵ *Íd.*; Notificación de Intención, pág. 3 (“Al dictar estos fallos desfavorables, los tribunales guatemaltecos no han podido pronunciarse de manera consistente en comparación con otros casos”).

²⁵⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, § III.A.

que la Notificación de Intención cumplió el objeto y fin del Tratado de permitir intentos de solución amistosa²⁵⁷.

92. En la Respuesta, la Demandada alega incorrectamente que la base de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF radica en una decisión de la Corte Suprema guatemalteca dictada en septiembre de September 2017, es decir, prácticamente un año antes de que los Demandantes presentaran la Notificación de Intención²⁵⁸. También interpreta incorrectamente el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, en su contexto, así como el objeto y fin del Tratado, al mantener su objeción según la cual la reclamación de los Demandantes por trato de NMF es inadmisibile²⁵⁹.

A. La objeción de la Demandada depende de una incorrecta caracterización de la reclamación de los Demandantes

93. Como lo explicaron en el Memorial de Contestación, en la Notificación de Intención los Demandantes adujeron que la Demandada trató a su inversión de manera arbitraria y discriminatoria en comparación con otras inversiones²⁶⁰. En este sentido, los Demandantes advirtieron que se suspendió la licencia de explotación de Exmingua correspondiente a Progreso VII; que a Exmingua se le ha impedido operar hasta tanto el MEM lleve adelante las consultas; y que el recurso de Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad guatemalteca contra dicha suspensión sigue en trámite desde junio de 2016²⁶¹.

94. En comparación, tal como consta en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, si bien se determinó que la licencia correspondiente al proyecto *Oxec* de titularidad de nacionales guatemaltecos había sido otorgada ilícitamente con el mismo fundamento legal²⁶², la Corte de Constitucionalidad guatemalteca permitió que ese proyecto siguiera operando mientras el MEM llevaba adelante las consultas²⁶³. Por otra parte, el recurso interpuesto ante la Corte de Constitucionalidad en el caso *Oxec* se resolvió en mayo de 2017, a pesar de que se lo había interpuesto *un año después* del recurso de

²⁵⁷ *Íd.*, § III.B.

²⁵⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 121-123.

²⁵⁹ *Íd.*, §§ V.B-C.

²⁶⁰ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, § III.B.

²⁶¹ *Íd.*, párr. 83.

²⁶² Notificación de Intención, pág. 3; Notificación de Arbitraje, párr. 61.

²⁶³ Notificación de Arbitraje, párr. 61.

Exmingua²⁶⁴. Una vez se hubo pronunciado la Corte de Constitucionalidad, el MEM inició las consultas y las finalizó en un lapso de siete meses²⁶⁵. En cambio, la licencia de Exmingua sigue suspendida; se le prohibió operar mientras tramita el recurso; el MEM se ha negado a dar inicio a las consultas en relación con Progreso VII; y su recurso sigue en trámite habiendo transcurrido más de tres años²⁶⁶. Estos hechos constituyen la base de la reclamación de los Demandantes por trato nacional²⁶⁷.

95. Como también lo explicaron los Demandantes, cuatro meses después de que presentaran la Notificación de Intención, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se expidió en el caso *Escobal*, y confirmó la suspensión de la licencia correspondiente a la mina San Rafael, suspensión que se había dispuesto con el mismo fundamento legal que constituyó la base para la suspensión de la licencia de Exmingua²⁶⁸. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó esa resolución el 3 de septiembre de 2018, a pesar de que el recurso ante dicho órgano se había interpuesto más de un año *después* del de Exmingua, que sigue en trámite²⁶⁹. Los Demandantes explicaron que, con ello, la Corte les había conferido a los propietarios canadienses de la mina San Rafael un trato que era más favorable que el que le había conferido a Exmingua y, por consiguiente, los Demandantes incluyeron una reclamación por trato de NMF en la Notificación de Arbitraje²⁷⁰.

96. En la Respuesta, la Demandada intenta recharacterizar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF, al afirmar incorrectamente que la base de la misma está dada por la decisión dictada por la Corte Suprema guatemalteca en septiembre de 2017 en el caso *Escobal*, y *no* la decisión dictada por la Corte de Constitucionalidad en septiembre de 2018²⁷¹. Así pues, la Demandada aduce que los hechos que dieron lugar a la reclamación de los Demandantes por trato de NMF se conocían en el momento en que estos presentaron la Notificación de Intención y, por ende, no se los debería excusar por no haber incluido la reclamación por trato de NMF en esa Notificación²⁷². También manifiesta que “[l]a

²⁶⁴ Notificación de Intención, pág. 3; Notificación de Arbitraje, párrs. 61-62.

²⁶⁵ Notificación de Arbitraje, párr. 62.

²⁶⁶ *Íd.*, párr. 59.

²⁶⁷ Notificación de Intención, pág. 3; Notificación de Arbitraje, párrs. 61-62.

²⁶⁸ Notificación de Arbitraje, párr. 63.

²⁶⁹ *Íd.*, párrs. 59 y 63.

²⁷⁰ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 84.

²⁷¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 122.

²⁷² *Íd.*, párr. 123.

reclamación de trato de NMF [de los Demandantes] está condenada al fracaso ya que la reparación que se solicita y el monto de daños especificados en la Notificación de Intención no incluyeron y no pudieron incluir la reparación y los daños ahora reclamados por la supuesta violación del Artículo 10.4 del CAFTA-DR”²⁷³. Con ese argumento, la Demandada caracteriza incorrectamente la naturaleza misma de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF.

97. La decisión dictada por la Corte Suprema en el caso *Escobal* en septiembre de 2017 no constituye la base de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF. Como se indicó en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, esa decisión rehabilitó la licencia minera del proyecto, que se había suspendido con el mismo fundamento jurídico que la licencia de Exmingua²⁷⁴. No obstante, el respiro duró poco, porque la decisión de la Corte Suprema se revocó solamente un mes después²⁷⁵. Así pues, la base de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF *no* es la decisión dictada por la Corte Suprema en el caso *Escobal* en septiembre de 2017. Más bien, como lo explicaron los Demandantes, la base de su reclamación por trato de NMF está dada por la decisión dictada por la Corte de Constitucionalidad en el caso *Escobal* en septiembre de 2018²⁷⁶. Si bien Exmingua interpuso su recurso contra la decisión de la Corte Suprema más de un año *antes* de que se presentara el recurso de *Escobal* (y aunque ambos recursos planteaban las mismas cuestiones de derecho), la Corte de Constitucionalidad dictó su decisión sobre el recurso de *Escobal* el 3 de septiembre de 2018, mientras que el recurso de Exmingua sigue en trámite²⁷⁷. Es éste trato discriminatorio el que constituye la base de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF. Contrariamente a lo aducido por la Demandada, en el Memorial de Contestación los Demandantes no “re-escribi[eron] la base fáctica de su reclamación de trato de NMF”²⁷⁸: la misma base fáctica de su reclamación por trato de NMF consta claramente expuesta en la Notificación de Arbitraje²⁷⁹.

²⁷³ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 129.

²⁷⁴ Notificación de Arbitraje, párr. 63.

²⁷⁵ *Íd.*

²⁷⁶ Notificación de Arbitraje, párr. 63; Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 84.

²⁷⁷ Notificación de Arbitraje, párr. 63.

²⁷⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 121.

²⁷⁹ *Ver, porej.*, Notificación de Arbitraje, párr. 63 (“El 3 de septiembre de 2018, la Corte de Constitucionalidad determinó que la licencia minera de Escobal seguiría suspendida hasta tanto el MEM finalizara las consultas públicas de conformidad con el Convenio de la OIT. Esta resolución final se dictó a pesar de que la apelación de

98. En consecuencia, si bien la Demandada dedica toda una sección de su Respuesta a la alegación de que “[l]os Demandantes admiten que omitieron la reclamación de trato de NMF en su Notificación de Intención”²⁸⁰, ese no es el punto. Los Demandantes jamás indicaron que hubieran mencionado su reclamación por trato de NMF en la Notificación de Intención. Como lo explicaron en la Notificación de Arbitraje y en el Memorial de Contestación, así como precedentemente en este escrito, los hechos específicos que dan origen a esa reclamación no existían en el momento en que presentaron la Notificación de Intención²⁸¹. La reclamación de los Demandantes por trato de NMF no es singular en este aspecto. Por ejemplo, en *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal determinó que mediaba responsabilidad respecto de la revisión de verificación realizada por la Demandada, que se inició más de tres meses después de que el demandante presentara la notificación de intención y, por consiguiente, no podría haberse mencionado en dicha notificación²⁸². Sin embargo, reviste importancia crítica el hecho de que, en la Notificación de Intención, los Demandantes abordaron el trato discriminatorio que la Demandada le confirió a Exmingua, en comparación con el trato que acordó a inversiones de propiedad de otros, lo que constituye la base tanto de su reclamación por trato nacional como su reclamación por trato de NMF²⁸³.

Escobal se interpuso más de un año después de que Exmingua planteara su recurso ante la Corte de Constitucionalidad, sobre el cual ésta no se expidió”).

²⁸⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, § V.A.

²⁸¹ Notificación de Arbitraje, párr. 63; Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 84; *ver supra* párr. 95.

²⁸² *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2 del 10 de abril de 2001 (CL-0116-ENG), párrs. 156, 160-163 y 171 (“El 24 de diciembre de 1998, el Inversionista le presentó a Canadá la Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje con arreglo al Artículo 1119 del TLCAN. [...] El 7 de abril de 1999, [SLD, división de la Oficina de Controles de Exportación e Importación del Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio Exterior de Canadá] envió por fax una carta a la Inversión mediante la cual le comunicaba la decisión de iniciar una ‘revisión de verificación’. [...] [SLD] denegó cualquier tipo de relación entre la reclamación por el TLCAN y la verificación [...]. El Inversionista aduce que la conducta de Canadá durante este ‘episodio de verificación’ constituyó una denegación del trato justo y equitativo en violación del Artículo 1105 [TLCAN]. Por los siguientes motivos, el Tribunal coincide [...]”); *ver también Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, CNUDMI, Caso CPA N.º 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014 (“*Guaracachi c. Bolivia*, Laudo”), párr. 399 (RL-0102-ENG/SPA) (“El Tribunal recuerda el caso *CMS c. Argentina*, citado por las Demandantes, en el cual la notificación de la controversia estaba vinculada a un reclamo seguido (tras la notificación) de otro reclamo nuevo que no se notificó de forma individual (porque no existía al momento de la notificación). En tanto, en el caso que nos ocupa, los hechos son muy distintos o, mejor dicho, opuestos. No se puede interpretar que la notificación de un reclamo incorpora posibles reclamos anteriores que no se formularon en la notificación, aun si ya existían (y las Demandantes tenían conocimiento de ellos) al momento de dicha notificación”).

²⁸³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 83-84 y 101; Notificación de Intención, págs. 2-3; *ver también Chevron Corp. (EE. UU.) y Texaco Petroleum Co. (EE. UU.) c. República del Ecuador*, Caso CPA N.º 2009-23, Segundo Laudo Parcial del Eje II del 30 de agosto de 2018 (“*Chevron c. Ecuador*, Segundo Laudo Parcial del Eje II”), párrs. 7.156, 7.170 y 7.178 (CL-0117-ENG) (en que se determinó que la reclamación de los demandantes por denegación de justicia, que surgió de una sentencia dictada más de un año después de

99. Las reclamaciones de los Demandantes por trato nacional y trato de NMF son, básicamente, reclamaciones por discriminación²⁸⁴. Así pues, la reclamación de los Demandantes por trato de NMF no suma daños adicionales por sobre aquellos correspondientes a su reclamación por trato nacional²⁸⁵. Lo indicado por la Demandada en cuanto a que la falta de mención de la reclamación por trato de NMF en la Notificación de Intención de los Demandantes violó el requisito del Tratado de calcular los daños²⁸⁶ resulta, por ende, infundado.

B. El sentido corriente del Artículo 10.16.2, en su contexto, confirma que la reclamación por trato de NMF de los Demandantes es admisible

100. Los Demandantes demostraron en el Memorial de Contestación que resultaría incongruente con el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, interpretado en su contexto, desestimar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF porque no se la mencionó expresamente en la Notificación de Intención²⁸⁷. Allí, los Demandantes compararon el texto del Artículo 10.16.2 con otras disposiciones del CAFTA-DR, que

presentada la notificación de arbitraje de los demandantes, era procedente dado que, entre otras cosas, la reclamación surgió directamente de la diferencia de las partes anterior a la notificación de arbitraje: “[S]ería un resultado irrazonable, sino absurdo, que los Demandantes persiguieran sus reclamaciones modificadas como nuevas reclamaciones en un nuevo arbitraje ante un nuevo tribunal arbitral, con un gasto y retraso innecesariamente mayores, con el riesgo de que se dicten decisiones incongruentes. No serviría ningún fin útil a ninguna de las Partes [...]. Ante la Corte Internacional de Justicia, el criterio procedente para determinar la existencia de jurisdicción para entender en hechos producidos después de la presentación de una Solicitud es si esos hechos ‘surg[en] directamente de la cuestión que es el asunto objeto de [la] Solicitud’. En opinión del Tribunal, las reclamaciones modificadas de los Demandantes con arreglo a los Artículos II(3)(a) y II(3)(c) del Tratado claramente surgen directamente de la diferencia de las Partes de fecha anterior a la Notificación de los Demandantes”).

²⁸⁴ Ver CHRISTOPHER F. DUGAN Y OTROS, INVESTOR-STATE ARBITRATION, pág. 414 (2008) (CL-0118-ENG) (“La típica cláusula de trato de NMF de los tratados de inversión dispone que cada Estado contratante deberá tratar a los inversionistas del otro Estado contratante de manera no menos favorable que aquella en la que trata a los inversionistas de un tercer país. Así pues, el foco de la cláusula de trato de NMF recae en el trato discriminatorio entre inversionistas extranjeros de distintas nacionalidades, por contraposición a la discriminación en beneficio de inversionistas locales, que constituye el foco de las cláusulas de trato nacional”); *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADIN.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 93 (CL-0018-ENG/SPA) (“El sentido ordinario de esta cláusula [que impone tanto el trato nacional como el trato de NMF] es que los inversores no deberían ser discriminados por ser extranjeros y al mismo tiempo deberían recibir el mejor trato otorgado a cualquier otro inversor extranjero”); *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADIN.º ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, párrs. 366-367 (RL-0084-ENG) (“Las cláusulas de trato de la *nación más favorecida (NMF)* son, por su naturaleza, muy similares a las cláusulas de ‘*Trato Nacional*’. Tienen condiciones similares de aplicación y, básicamente, ofrecen ventajas indirectas a sus beneficiarios, a saber, un trato no menos favorable que el conferido a terceros”) (énfasis en el original).

²⁸⁵ El Tratado exige solamente que la Demandante indique “la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”. No exige que el Demandante especifique los daños sufridos como consecuencia de cada violación del Tratado. Ver CAFTA-DR, Art. 10.16.2(d) (CL-0001-ENG/SPA).

²⁸⁶ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 129.

²⁸⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, § III.A.

revelan que, cuando los Estados Parte quisieron supeditar el planteo de una reclamación a la condición de que se cumplieran determinados requisitos, lo hicieron de manera expresa con el uso de texto como “siempre que ‘x,’ la demandante podrá presentar una reclamación” y “ninguna reclamación podrá someterse”²⁸⁸. Los Demandantes demostraron que la falta de un texto tal en el Artículo 10.16.2 indica que el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no es impedimento para la admisibilidad de las reclamaciones²⁸⁹. Los Demandantes también mencionaron casos en los que se interpretó el Artículo 1119 del TLCAN, que es idéntico al Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR en todos los aspectos pertinentes, y que también respaldan la interpretación de los Demandantes²⁹⁰.

101. En la Respuesta, la Demandada aduce que el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exige desestimar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF por motivos de inadmisibilidad²⁹¹. En particular, la Demandada sostiene que los términos “especificarán” y “para cada reclamación” “carece[ría]n de cualquier efecto legal y podrían simplemente ignorarse” si el Tribunal fuera a adoptar la interpretación de los Demandantes²⁹², y que “solo las reclamaciones debidamente identificadas en la notificación de intención son admisibles”²⁹³. También afirma que las disposiciones del CAFTA-DR que incluyen el texto “siempre que ‘x,’ la demandante podrá presentar una reclamación” y “ninguna reclamación podrá someterse” limitan la jurisdicción del tribunal, pero no la admisibilidad de las reclamaciones, y aduce que la jurisprudencia, así como también el contexto del Artículo 10.16.2, sustentan esta postura²⁹⁴. Por último, la Demandada aduce que *B-Mex c. México* y *ADF c. Estados Unidos* se diferencian de este caso supuestamente porque los requisitos de notificación del TLCAN son “menos estrictos” que aquellos previstos en el CAFTA-DR²⁹⁵. Los argumentos de la Demandada no tienen fundamento, por los motivos que se exponen a continuación.

²⁸⁸ *Íd.*, párr. 87.

²⁸⁹ *Íd.*, párr. 88.

²⁹⁰ *Íd.*, párrs. 89-90 (en que se aborda *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial del 19 de julio de 2019 (“*B-Mex c. México*, Laudo Parcial”) (CL-0080-ENG/SPA) y *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003 (“*ADF c. Estados Unidos*, Laudo”) (CL-0081-ENG)).

²⁹¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, § V.B.

²⁹² *Íd.*, párr. 132.

²⁹³ *Íd.*, párr. 134.

²⁹⁴ *Íd.*, párrs. 135-137.

²⁹⁵ *Íd.*, párrs. 138-141.

102. *Primero*, la Demandada aduce incorrectamente que los Demandantes pasaron por alto el componente de “sentido corriente” del Artículo 31 de la Convención de Viena al interpretar el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, y encararon la interpretación del Artículo 10.16.2 “basándose *únicamente* en el contexto”²⁹⁶. La Demandada se centra exclusivamente en el “verbo modal” “deberá” del Artículo 10.16.2, que, según dice, denota una obligación, y respalda su conclusión de que “solo las reclamaciones debidamente identificadas en la notificación de intención son admisibles”²⁹⁷.

103. Sin embargo, como lo reconoce la propia Demandada, el Artículo 31 de la Convención de Viena exige un “ejercicio [...] integrado de interpretación”²⁹⁸. Como se explica en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre lo que ahora es el Artículo 31 de la Convención de Viena, “la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constitu[ye] una sola operación combinada [...] [y] la Comisión deseaba subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí”²⁹⁹. Por consiguiente, el criterio que corresponde aplicar para interpretar el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, es un criterio unitario en el cual el sentido corriente, el contexto, y el objeto y fin deben todos tomarse en consideración en su totalidad. No puede interpretarse el sentido literal de una palabra en una disposición de un tratado de manera aislada, fuera de contexto³⁰⁰. Por ende, el hecho de que

²⁹⁶ *Íd.*, párr. 132 (énfasis en el original).

²⁹⁷ *Íd.*, párrs. 134 y 137.

²⁹⁸ *Íd.*, párr. 131.

²⁹⁹ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus comentarios, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 18º período de sesiones (26 de marzo – 24 de mayo de 1968; 9 de abril – 22 de mayo de 1969) (A/CONF.39/11/Add.2), pág. 39 (RL-0087-ENG).

³⁰⁰ *Ver Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado del 21 de octubre de 2005, párr. 91 (CL-0006-ENG/SPA) (“El significado de un vocablo o frase no surge exclusivamente de diccionarios o datos etimológicos. Como señaló Schwarzenberger, la propia palabra ‘sentido’ tiene por lo menos 16 acepciones en el diccionario. Por el contrario, la interpretación de un vocablo o una frase implica, en cambio, una complicada tarea consistente en considerar el sentido corriente de un vocablo o una frase en el contexto en que se encuentran y a la luz del objeto y la finalidad del documento”) (en que se cita Georg Schwarzenberger, *Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties*, 22 CURRENT LEGAL PROBLEMS, págs. 205 y 219 (1969)); J. ROMESH WEERAMANTRY, TREATY INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION (2012), párrs. 3.35, 3.38 y 3.41 (CL-0007-ENG) (“Si bien el sentido corriente puede ser el punto de partida que orienta al interprete, primero y principal, hacia el texto del tratado, los tribunales han determinado que es decisivo únicamente si lo confirman o respaldan otros criterios del artículo 31. Muchos TAIE [tribunales arbitrales sobre inversión extranjera] reconocen expresamente la importancia de examinar el texto sin remitirse expresamente al criterio del sentido corriente. Esto indica que consideran que el contexto y el objeto y fin (lo cual también resulta principalmente evidente a partir del texto del tratado) también son significativos. [...] Aun suele resultar necesario recurrir a un análisis contextual y un examen en cuanto al

los Demandantes hayan considerado el contexto en que aparecen las palabras del Tratado y el objeto y fin de dicho instrumento para informar su interpretación del sentido corriente del Artículo 10.16.2 constituye el criterio correcto.

104. Mientras que la palabra “deberá” puede denotar que una obligación es imperativa, como lo señalaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, el Artículo 10.16.2 no menciona las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación³⁰¹. La Demandada no cita fuente alguna en sustento de su trillada afirmación de que la inadmisibilidad deriva automáticamente del incumplimiento de una obligación imperativa, ante la falta de texto alguno en ese sentido en el Tratado. De hecho, lo contrario es cierto. Por ejemplo, el Artículo 10.5.1 del CAFTA-DR (Nivel Mínimo de Trato), al igual que el Artículo 10.16.2, también contiene la forma verbal “imperativa” “otorgará”: “Cada parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”³⁰². Sin embargo, ese artículo, al igual que el 10.16.2, no contempla consecuencia alguna por el incumplimiento. Sin otras disposiciones del Tratado (en particular, el Artículo 10.16.1, que otorga el consentimiento de cada Parte al arbitraje por supuestos incumplimientos de las obligaciones previstas en la Sección A del Capítulo 10 del Tratado) el demandante no tendría derecho a reclamar una indemnización del Estado por el incumplimiento de la obligación imperativa de conferir trato justo y equitativo a las inversiones. En consecuencia, al no haber un texto que exprese las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones previstas en el Artículo 10.16.2, se debe considerar el contexto y el objeto y fin del Tratado para interpretar correctamente el artículo.

105. En efecto, esto es precisamente lo que concluyó el tribunal del caso *B-Mex* al interpretar la disposición sustancialmente idéntica sobre notificación del TLCAN:

objeto y fin del tratado a efectos de confirmar el sentido corriente. [...] Con frecuencia, los TAIE se han mostrado dispuestos a remitirse a definiciones de diccionario para elucidar el sentido corriente de los términos. Por lo general, estas definiciones ofrecen un cierto grado de orientación, pero es necesario tener cuidado, ya que el uso de diccionarios también tiene sus limitaciones. Douglas hizo una aguda crítica: ‘El culto al diccionario en la interpretación de tratados conduce a la erosión de significados consagrados para conceptos jurídicos internacionales y, en cambio, se queda con el mínimo denominador común del sentido generado por un análisis lingüístico estéril de los términos del tratado’” (en que se cita de Zachary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, 2J. INT’L DISPUTE SETTLEMENT, págs. 97 y 101 (2010)).

³⁰¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 87-88.

³⁰² CAFTA-DR, Art. 10.5.1 (CL-0001-ENG/SPA).

El Artículo 1119 impone una obligación al inversionista, pero la existencia de una obligación no implica la expresión de las consecuencias que acarrearía el incumplimiento de dicha obligación. El Tratado no establece expresamente la sanción de desestimación. [...] A la luz de que en el Tratado no hay expresión alguna que así lo establezca, el Tribunal no puede deducir un *derecho* de desestimación de la reclamación solo porque para algunos esto podría resultar deseable³⁰³.

106. Tras interpretar el texto claro de la disposición en su contexto, el tribunal de *B-Mex* consideró entonces el objeto y fin del TLCAN para determinar que el incumplimiento de los inversionistas en ese caso no justificaba la desestimación de sus reclamaciones³⁰⁴.

107. *Segundo*, fracasa el intento de la Demandada de diferenciar la jurisprudencia del TLCAN que rechaza su interpretación con el planteo de que el Artículo 1119 TLCAN es “menos estricto” que el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR³⁰⁵. La única diferencia entre los dos artículos que invoca la Demandada consiste en la inclusión de las palabras “por cada reclamación” en el Artículo 10.16.2(b) y (c): “En la notificación se especificará: [...] (b) *por cada reclamación*, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda *cada reclamación* [...]”³⁰⁶. Sin embargo, el texto del Artículo 1119 del TLCAN, que exige incluir en la notificación de intención “las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable”³⁰⁷ tiene el mismo significado. No puede interpretarse que exigir que en la notificación de intención se identifiquen “las disposiciones” presuntamente incumplidas exija notificar solamente *algunas* de las disposiciones que se alega fueron incumplidas. El sentido corriente de “las disposiciones presuntamente incumplidas” es “todas las disposiciones presuntamente incumplidas” para cada reclamación planteada en la notificación. Por

³⁰³ *B-Mex c. México*, Laudo Parcial párrs. 122-123 (CL-0080-ENG/SPA) (énfasis en el original).

³⁰⁴ *Íd.*, párrs. 124-129.

³⁰⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 138.

³⁰⁶ CAFTA-DR, Arts. 10.16.2(b)-(c) (CL-0001-ENG/SPA) (énfasis añadido); *ver también* Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 138 (“Mientras que una notificación de intención bajo el TLCAN debe incluir ‘las disposiciones [. . .] presuntamente incumplidas’ y las ‘cuestiones de hecho y derecho en que se funda la reclamación’, una notificación de intención bajo el CAFTA-DR debe incluir ‘por cada reclamación la disposición [. . .] presuntamente violada’ y ‘las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación’”).

³⁰⁷ TLCAN, Art. 1119 (CL-0034-ENG/SPA) (“El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente: [...] (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación [...]”).

consiguiente, no existe diferencia sustancial entre el texto del Artículo 1119 del TLCAN y el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, y el sentido corriente de ambas disposiciones es el mismo.

108. Por ende, está justificada la invocación que hacen los Demandantes de decisiones dictadas al amparo del TLCAN en que se interpretó la disposición sobre notificación, y las consecuencias legales de las supuestas omisiones. Como se expuso en el Memorial de Contestación, esa jurisprudencia respalda la interpretación que proponen los Demandantes³⁰⁸. En *ADF c. Estados Unidos*, por ejemplo, el tribunal reconoció la tardía reclamación del demandante por trato de NMF, que se planteó en respuesta a un nuevo hecho, a saber, “el impacto de la Interpretación de la CLC sobre la reclamación del inversor bajo el Artículo 1105”³⁰⁹. De modo similar, los Demandantes incluyeron su reclamación por trato de NMF en la Notificación de Arbitraje en respuesta a un nuevo hecho, que surgió después de presentada la Notificación de Intención, a saber, la decisión dictada por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en el caso *Escobal* en septiembre de 2018.

109. La Demandada aduce también que el caso *B-Mex c. México* es “irrelevante” porque, a diferencia de ese caso, las reclamaciones especificadas en la Notificación de Intención de los Demandantes no son “coincidentes” con la reclamación por trato de NMF alegada en la Notificación de Arbitraje³¹⁰. Esto es incorrecto. La base fáctica de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF (el trato arbitrario y discriminatorio conferido por los tribunales guatemaltecos y el MEM respecto del trato que le acordaron a Exmingua, en comparación con el trato que les dieron a inversiones de propiedad de terceros) constó en la Notificación de Intención de los Demandantes³¹¹. La reclamación por el Artículo 10.3 planteada en la Notificación de Intención de los Demandantes es, entonces, “coincidente” con la reclamación por el Artículo 10.4 planteada en la Notificación de Arbitraje.

110. Por último, la Demandada caracteriza incorrectamente el caso *Aven c. Costa Rica* al concluir que la interpretación que hacen los Demandantes del sentido corriente del Artículo 10.16.2, leído en su contexto, es incorrecta³¹². La Demandada ignora que el tribunal de *Aven*

³⁰⁸ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 89-90 y 100.

³⁰⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 139; *ADF c. Estados Unidos*, Laudo, párr. 136 (CL-0081-ENG).

³¹⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 140.

³¹¹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 83-84 y 101.

³¹² Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 141; *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º UNCT/15/3, Laudo Final del 18 de septiembre de 2018 (“*David R. Aven c. Costa Rica*, Laudo Final”) (RL-0031-ENG).

no abordó el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, y basó su decisión en el supuesto objeto y fin de permitirle a la Demandada contar con un lapso adecuado para preparar su defensa³¹³. En este sentido, la Demandada no reconoce que el tribunal de *Aven* determinó que la reclamación planteada tardíamente era inadmisiblesobre la base de que “los demandantes hicieron referencia por primera vez a la obligación de protección y seguridad plenas solo de pasada en su memorial, y recién plantearon esa reclamación al cierre de la audiencia sobre el fondo”³¹⁴, situación que dista mucho de la del caso que nos ocupa.

111. Por todos estos motivos, desestimar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF sobre la base de que, en la Notificación de Intención de los Demandantes, no se alegó un incumplimiento del Artículo 10.4 sería incongruente con el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, leído en su contexto.

C. La Notificación de Intención de los Demandantes satisface el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR

112. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que la interpretación que proponen del Artículo 10.16.2 se condice con el objeto y fin del Tratado³¹⁵. Los Demandantes demostraron, además, que desestimar su reclamación por trato de NMF, como pretende la Demandada, no coadyuvaría a la consecución del objeto y fin de brindar una oportunidad para encarar negociaciones y lograr una solución amistosa, dado que la base fáctica de la reclamación por trato de NMF se expuso en la Notificación de Intención³¹⁶. Por otra parte, los Demandantes realizaron esfuerzos considerables por entablar conversaciones en pos de una solución con la Demandada que, finalmente, resultaron ser infructuosas, y demostraron que no tenía sentido que la Demandada indique que la referencia al Artículo 10.4 del CAFTA-DR en la Notificación de Intención de los Demandantes habría marcado cambiado algo en cuanto al resultado de dichas negociaciones³¹⁷. Por último, los Demandantes demostraron que la omisión de una referencia a la reclamación de los Demandantes por trato de NMF en la Notificación de Intención no había violado el derecho de defensa de la Demandada, ya que dicha reclamación constaba en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, y la Demandada contará con prácticamente dos años antes de

³¹³ *David R. Aven c. Costa Rica*, Laudo Final, párrs. 343-346 (RL-0031-ENG).

³¹⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 100.

³¹⁵ *Íd.*, § III.B.

³¹⁶ *Íd.*, párr. 101.

³¹⁷ *Íd.*, párr. 102.

que deba responder a la reclamación por trato de NMF en el Memorial de Contestación sobre el Fondo³¹⁸.

113. En la Respuesta, la Demandada se queja de que se la privó de la oportunidad de obtener asesoramiento jurídico respecto de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF “antes del inicio del arbitraje”³¹⁹. Se queja además de que contó con solamente dos meses entre el momento en que surgió la reclamación de los Demandantes por trato de NMF, el 3 de septiembre de 2018, y la presentación de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes para entablar conversaciones en pos de una resolución respecto de esa reclamación³²⁰. Según la Demandada, la falta de oportunidad para entablar esas negociaciones “entra en conflicto con el objetivo del CAFTA-DR de fortalecer las relaciones entre las Partes del CAFTA-DR”³²¹. La Demandada caracteriza luego incorrectamente la jurisprudencia, al concluir que “los períodos de espera deben cumplirse estrictamente”, y corresponde desestimar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF³²². Las afirmaciones de la Demandada no prosperan, por los siguientes motivos.

114. *Primero*, la Demandada aduce que se la privó de la oportunidad de entablar conversaciones significativas en pos de una solución respecto de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF, porque dicha reclamación surgió dos meses antes de que los Demandantes presentaran su Notificación de Arbitraje³²³. Sin embargo, como cabía esperar, la Demandada no aborda lo dicho por los Demandantes en cuanto a que “[d]esafía la lógica sugerir – como lo hace la Demandada – que si bien esas negociaciones [entre las Partes] fueron completamente infructuosas, el resultado podría haber sido diferente si la Notificación de Intención de los Demandantes hubiera hecho referencia al Artículo 10.4 del CAFTA-DR”³²⁴. En efecto, nada le impidió a la Demandada entablar conversaciones para lograr una solución en los ocho meses que transcurrieron entre el momento en que los Demandantes

³¹⁸ *Íd.*, párr. 103.

³¹⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 144.

³²⁰ *Íd.*, párr. 145.

³²¹ *Íd.*, párr. 146.

³²² *Íd.*, § V.D y párr. 155.

³²³ *Íd.*, párr. 145.

³²⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 102.

presentaron la Notificación de Arbitraje y la constitución del Tribunal, o la fecha de este escrito³²⁵.

115. Así, la Notificación de Intención de los Demandantes permitía entablar conversaciones en aras de lograr una solución amistosa, con lo que se cumplía el ampliamente aceptado objeto y fin del Tratado³²⁶. En esas circunstancias, los tribunales han adoptado correctamente un criterio flexible y pragmático y se han negado a desestimar reclamaciones por un defecto en la notificación. Por ejemplo, en el caso *Ethyl c. Canadá*, Canadá pidió que se desestimara la reclamación porque la medida cuestionada, que era una Ley del Parlamento, cobró vigencia varios días antes de que el demandante presentara su notificación de arbitraje³²⁷. Al denegar la objeción de Canadá, el tribunal determinó que “no se le dieron motivos para creer que siquiera fuera posible entablar algún tipo de ‘consulta o negociación’”, que “[h]oy no caben dudas de que el Demandante podría volver a presentar precisamente la misma reclamación que aquí plantea [...]”³²⁸, y que desestimar la reclamación “no coadyuvaría al objeto y fin del TLCAN sino que, más bien, detraería de su consecución”³²⁹.

116. Respecto de los otros casos a que hacen referencia los Demandantes, la Demandada comenta que el caso *Al-Bahloul c. Tayikistán* es inaplicable, porque se refirió al período de espera de tres meses, en contraposición a la disposición sobre notificación³³⁰. No obstante, la idea destacada sigue siendo cierta: el tribunal se centró en si “al Estado efectivamente se le

³²⁵ *Ver* *íd.*, párr. 102, nota 206 (en que se explica que el tribunal interviniente en *B-Mex c. México* consideró que el laps o para las conversaciones para solucionar la diferencia entre la presentación de la notificación de arbitraje y la constitución del tribunal (en ese caso, cinco meses) era un factor relevante a los efectos de determinar si se habían cumplido el objeto y fin de las disposiciones sobre notificación).

³²⁶ *Ver, por ej.*, Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 95, nota 183.

³²⁷ *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998 párrs. 65, 69 y 80 (CL-0086-ENG).

³²⁸ *Íd.*, párrs. 84-85.

³²⁹ *Íd.*, párr. 85; *ver también B-Mex c. México*, Laudo Parcial párrs. 130-132 (CL-0080-ENG/SPA) (“Resulta posible cumplirse objetivo [es decir, la solución amistosa] incluso cuando la notificación de intención no incluya toda la información requerida [...] [porque] la Notificación le proporcionaba a la Demandada información suficiente relativa a la controversia para permitir un esfuerzo de negociación que fuera significativo”).

³³⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 154; *ver* Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 95. La mención al pasar que hace la Demandada a que el respeto del período de espera del Artículo 10.16.3 excluye la posibilidad de que el Tribunal ejerza jurisdicción sobre la reclamación por trato de NMF de los Demandantes es extemporánea y no tiene sustento. *Ver* Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 139 (“Más allá de esto, el Tribunal no tendría jurisdicción para pronunciarse sobre la reclamación bajo el Artículo 10.16.3 del CAFTA-DR porque los Demandantes deberían haber esperado seis meses antes de presentar dicha reclamación”). La Demandada no planteó objeción tal en su Memorial y, de cualquier manera, semejante objeción fracasaría por los mismos motivos por los cuales no prosperan sus objeciones frente a la reclamación por trato de NMF.

había brindado o no la oportunidad de negociar (y simplemente no lo hizo)” y comentó que “[e]n casos en los que el Estado no reaccionó frente a la notificación de la controversia, los tribunales consideraron que desestimar la reclamación y pedirle al Demandante que la vuelva a presentar constituiría un formalismo innecesario. Es éste un criterio eminentemente sólido”³³¹.

117. En su Respuesta, y en sustento de su conclusión contraria, la Demandada sigue invocando casos que citó en el Memorial, sin abordar significativamente los puntos planteados por los Demandantes en el Memorial de Contestación por los cuales los casos en cuestión son distintos. Por ejemplo, en *Goetz c. Burundi y Burlington c. Ecuador*, las reclamaciones que no se habían notificado correctamente (y que los tribunales desestimaron) no guardaban relación fáctica con las reclamaciones que se notificaron³³². El objeto y fin del tratado de permitir entablar negociaciones significativas en pos de una solución no se habrían cumplido, entonces, si se hubieran admitido esas reclamaciones.

118. La falta de relación entre las reclamaciones que no se notificaron y las que sí se notificaron también fue un factor importante para el tribunal que intervino en el caso *Rurelec c. Bolivia*, que la Demandada invoca en la Respuesta³³³. En ese caso, las nuevas reclamaciones que se plantearon en el escrito de demanda no guardaban ningún tipo de relación con la controversia según se la expuso en la notificación de la controversia y la notificación de arbitraje, que se referían ambas únicamente a un decreto de nacionalización³³⁴. El tribunal rechazó el argumento del demandante de que las impugnaciones que hizo a los precios *spot* y los pagos por capacidad guardaban relación con la controversia por nacionalización y fueron los pasos iniciales de una expropiación

³³¹ *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso CCE No. V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 2 de septiembre de 2009, párr. 154 (CL-0083-ENG).

³³² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 98 (en que se aborda *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI N.º ARB/95/3, Laudo del 10 de febrero de 1999, párrs. 91-93 (RL-0035-FR/ENG) y *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADIN.º ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, párrs. 263 y 308-309 (RL-0037-ENG)).

³³³ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 155; ver también *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADIN.º UNCT/07/1, administrado por el CIADI, Decisión sobre la Solicitud de Incorporación de Parte Nueva, 31 de enero de 2008, párrs. 24 y 29-30 (RL-0097-ENG) (en que se determinó que “no es evidente que la reclamación original y la nueva tengan suficientes cuestiones de ‘hecho o de derecho’ en común como para permitir [la acumulación de las reclamaciones]” y, en relación con ello, habría que cumplir con la notificación de intención y los períodos de espera respecto de estas nuevas reclamaciones, dado que, de lo contrario, la demandada se vería privada ‘del derecho a que se le informe de antemano las críticas contra sus medidas y a encarar intentos de desactivar la reclamación anunciada’) (énfasis añadido).

³³⁴ *Guaracachi c. Bolivia*, Laudo, párr. 397 (RL-0102-ENG/SPA).

progresiva, dado que las medidas regulatorias tuvieron lugar años antes de la nacionalización, no guardaban relación con la nacionalización y el demandante no había alegado antes que se hubiera producido una expropiación progresiva³³⁵.

119. Del mismo modo, en el caso *Supervision y Control c. Costa Rica*, solamente algunas de las reclamaciones nuevas que el demandante intentó plantear en el memorial guardaban relación con las reclamaciones indicadas en la notificación de intención³³⁶. El intento de la Demandada de desatender este caso con el argumento de que los requisitos de notificación del CAFTA-DR supuestamente son más estrictos que los del TBI entre Costa Rica y España³³⁷, tras haber invocado ese caso ella misma en el Memorial³³⁸, debe rechazarse. El Artículo XI(1) del TBI entre Costa Rica y España exige que se notifique respecto de “toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”³³⁹. Así, el tribunal de *Supervision* consideró que “[e]n el caso de que el Inversionista le notifique determinadas reclamaciones al Estado, pero, al presentar la Solicitud de Arbitraje o el Memorial de Demanda, añade reclamaciones distintas y *que no están directamente relacionadas con aquellas que se presentaron anteriormente*, todas las reclamaciones que no se notificaron serán inadmisibles”³⁴⁰. Por consiguiente, el Tribunal consideró claramente que debía notificarse “cada una de las reclamaciones que [la parte demandante] pretende someter a arbitraje”³⁴¹.

120. Los casos *Tulip c. Turquía* y *Salini c. Marruecos* también respaldan la interpretación de los Demandantes³⁴². Como ya se explicó en el Memorial de Contestación, dichos tribunales adoptaron un criterio flexible y admitieron reclamaciones en situaciones en que no

³³⁵ *Íd.*, párrs. 387, 396 y 398.

³³⁶ Ver Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 98 (en que se aborda *Supervision y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017 (“*Supervision c. Costa Rica*, Laudo”), párrs. 342 y 344-345 (RL-0032-ENG)); Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 149.

³³⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 150.

³³⁸ Mem. de OP de la Demandada, párr. 100.

³³⁹ *Supervision c. Costa Rica*, Laudo, párr. 336, nota 447 (RL-0032-ENG) (énfasis añadido).

³⁴⁰ *Íd.*, párr. 341 (énfasis añadido).

³⁴¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 150.

³⁴² *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/11/28, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional del 5 de marzo de 2013 (RL-0029-ENG); *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de julio de 2001 (RL-0036-ENG).

se daban las “formas más perfectas” de notificación, porque ello resultaba coherente con el objeto y fin de los tratados³⁴³. La Demandada no demuestra lo contrario.

121. *Segundo*, la Demandada no demostró que contar con un plazo adecuado para preparar su defensa sea un objeto y fin del Tratado que deba considerarse a los efectos de interpretar el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR³⁴⁴. En sustento de su proposición, la Demandada invoca dos casos (*Aven c. Costa Rica* y *Merril c. Canadá*) y la presentación efectuada por Estados Unidos en el caso *Mesa Power Group c. Canadá*³⁴⁵. Sin embargo, la Demandada no identificó *ningún* texto en el Tratado en sustento de lo que alega, y los dos casos y la presentación que invoca tampoco mencionan texto alguno que figure en los tratados aplicables en esos casos. Que una de las consecuencias de presentar una notificación de intención pueda ser que la demandada utilice ese tiempo para “coordinar entre los funcionarios nacionales y subnacionales relevantes [...]”³⁴⁶ no eleva esa consecuencia al nivel de objeto y fin del Tratado.

122. Tampoco tiene ningún tipo de fundamento fáctico o jurídico la afirmación de la Demandada de que “se vio privada de la oportunidad de obtener asesoramiento legal con respecto a la reclamación de trato de NMF antes del inicio del arbitraje”³⁴⁷. Como se explicó precedentemente, los Demandantes pusieron a la Demandada sobre aviso, en la Notificación de Intención, de su alegación de que los tribunales de aquella y el MEM se habían comportado de manera discriminatoria frente a Exmingua³⁴⁸.

123. Por otra parte, es absurdo que la Demandada indique que se vio privada de la oportunidad de preparar su defensa u obtener asesoramiento jurídico respecto de la reclamación por trato de NMF como resultado del contenido de la Notificación de Intención de los Demandantes, ya que el lapso para responder a esa reclamación *aún* no ha vencido. Como ya se señaló, la Demandada contará con prácticamente dos años desde la Notificación de Arbitraje de los Demandantes para presentar el Memorial de Contestación sobre el

³⁴³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 97.

³⁴⁴ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 144.

³⁴⁵ *Íd.*

³⁴⁶ *Mesa Power Group LLC c. Canadá*, Caso CPA N.º 2012-17, Presentación de Estados Unidos de América del 25 de julio de 2014, párr. 3 (RL-0098-ENG).

³⁴⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 144.

³⁴⁸ *Ver supra* párrs. 93-94 y 97-98.

Fondo³⁴⁹. Esto claramente diferencia a este caso del caso *Aven c. Costa Rica*, en el que los demandantes “no presentaron expresamente una reclamación por falta de protección y seguridad plenas”³⁵⁰, sino que recién plantearon esa reclamación al cierre de la audiencia sobre jurisdicción y el fondo³⁵¹.

124. Los Demandantes demostraron que, en aquellos casos en que la demandada ha contado con un lapso adecuado para responder a una reclamación, con lo cual no ha sufrido perjuicio alguno por la supuesta omisión en la notificación de intención, los tribunales adoptaron un criterio flexible³⁵². Tal como lo advirtieron en el Memorial de Contestación, el tribunal de *ADF c. Estados Unidos* permitió entonces una reclamación por trato de NMF que se planteó por primera vez en la réplica, porque Estados Unidos “tuvo amplia oportunidad de abordar esa reclamación y los argumentos planteados por el Inversionista en sustento de ella, y de defenderse frente a ellos, y así lo hizo en la Dúplica”³⁵³.

125. De modo similar, en *Chemtura c. Canadá*, el tribunal admitió la reclamación por trato de NMF, en que el demandante adujo por primera vez en el memorial que podía utilizar la cláusula de trato de NMF para importar una disposición de trato justo y equitativo de otro tratado³⁵⁴. La Demandada intenta diferenciar el caso *Chemtura*, a cuyo efecto argumenta que “el tribunal se centró en la cuestión de si añadir un nuevo *argumento* en relación con la cláusula de trato de NMF del TLCAN en el memorial había causado algún perjuicio al demandado”³⁵⁵. Si bien la demandada había planteado una reclamación por trato de NMF en su segunda notificación de intención, esa reclamación “no se refería a la posible importación de una disposición de trato justo y equitativo de otro tratado [...]”³⁵⁶. La reclamación por trato de NMF planteada en el memorial del demandante era, entonces, nueva. De todas formas, el tribunal de *Chemtura* admitió la reclamación en cuestión dado que, al igual que ocurre en este caso, “los hechos mencionados [en la segunda notificación de intención] son básicamente los mismos que los mencionados posteriormente en el Memorial del

³⁴⁹ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 103.

³⁵⁰ *David R. Aven c. Costa Rica*, Laudo Final, párr. 345 (RL-0031-ENG).

³⁵¹ *Íd.*, párr. 343.

³⁵² Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 98-100.

³⁵³ *ADF c. Estados Unidos*, Laudo, párr. 138 (CL-0081-ENG).

³⁵⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 99.

³⁵⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 153 (énfasis añadido).

³⁵⁶ *Chemtura c. Canadá*, Laudo, párr. 103 (CL-0087-ENG).

Demandante en sustento de la reclamación por el Artículo 1103”³⁵⁷. La afirmación de la Demandada de que al caso *Chemtura* (y el caso *ADF*) se lo puede diferenciar por tratarse de un caso al amparo del TLCAN³⁵⁸ tampoco tiene fundamento. Como se demostró precedentemente, no hay diferencia sustancial entre las disposiciones sobre notificación del TLCAN y las del CAFTA-DR³⁵⁹.

126. *Tercero*, la Demandada afirma que, al presentar la Notificación de Arbitraje en que se planteaba una reclamación por trato de NMF, los Demandantes adoptaron un “enfoque agresivo” que “entra[ba] en conflicto con el objetivo del CAFTA-DR de fortalecer las relaciones entre las Partes del CAFTA-DR”³⁶⁰. No obstante, no es responsabilidad de los Demandantes fortalecer la relación entre los Estados Parte del CAFTA-DR. La Demandada tampoco explica cómo es que la presentación de una notificación de arbitraje por parte de un demandante con arreglo al Tratado, que contempla el arbitraje entre el inversionista y el Estado, produce un efecto perjudicial en las relaciones entre los Estados Parte del Tratado.

127. *Por último*, la interpretación que proponen los Demandantes coadyuva al objeto y fin del CAFTA-DR de promover la solución eficaz de las controversias³⁶¹, invocados por la propia Demandada³⁶², mientras que la de la Demandada los frustra. El resultado de aceptar la interpretación de la Demandada y desestimar la reclamación de los Demandantes por trato de NMF consistiría en una enorme ineficiencia del proceso arbitral³⁶³. Si, como lo pretende la Demandada, se desestimara la reclamación de los Demandantes por trato de NMF, éstos tendrían derecho a volver a someter esa reclamación a arbitraje con la presentación de una notificación de intención que incluya esa única reclamación, la espera de tres meses, y luego la presentación de una notificación de arbitraje. En ese punto, o bien los Demandantes o la

³⁵⁷ *Íd.*

³⁵⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 153.

³⁵⁹ *Ver supra* párr. 107.

³⁶⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 146.

³⁶¹ *Ver* CAFTA-DR, Art. 1.2.1(f) (CL-0001-ENG/SPA) (“Los objetivos de este Tratado [...] son [...] crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado [...] y para la solución de controversias [...]”).

³⁶² *Ver* Mem. de OP de la Demandada, párr. 38, nota 40 (en que se cita el objetivo del CAFTA-DR declarado en su Artículo 1.2.1(f) de “procedimientos eficaces [...] para la solución de controversias”).

³⁶³ *Ver, porej., Chevron c. Ecuador*, Segundo Laudo Parcial del Eje II, párr. 7.170 (CL-0117-ENG) (“[S]ería un resultado irrazonable, sino absurdo, que los Demandantes persiguieran sus reclamaciones modificadas como nuevas reclamaciones en un nuevo arbitraje ante un nuevo tribunal arbitral, con un gasto y retraso innecesariamente mayores, con el riesgo de que se dicten decisiones incongruentes. No serviría ningún fin útil a ninguna de las Partes [...]. Si los Demandantes lo hubieran intentado, la Demandada habría tenido todo el derecho del mundo a oponerse a semejante abuso del proceso”).

Demandada podrían solicitar la acumulación de esa nueva reclamación con esta³⁶⁴. Ello haría necesaria la constitución de un nuevo tribunal para resolver el tema de la acumulación³⁶⁵ (acumulación que, casi con seguridad, se dispondría, dada la identidad de partes y los hechos y las cuestiones jurídicas idénticas que plantean las reclamaciones)³⁶⁶ y la posible disolución de este Tribunal³⁶⁷. Ese sería un resultado manifiestamente ineficaz y absurdo, reñido con el objeto y fin del Tratado de una resolución eficaz de las controversias, y estaría especialmente injustificado en este caso, en que la Demandada no ha sufrido perjuicio alguno.

D. La reclamación de los Demandantes por trato de NMF es admisible como reclamación incidental con arreglo a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI

128. Los Demandantes demostraron que su reclamación por trato de NMF es admisible de conformidad con el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, interpretado en su contexto, y a la luz del objeto y fin del Tratado. Sin embargo, aun si no fuera así, la reclamación sería admisible porque constituye una reclamación incidental con arreglo a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone:

(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvención que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción el Centro.

³⁶⁴ CAFTA-DR, Art. 10.25(1) (CL-0001-ENG/SPA) (“En los casos en que se hayan presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado conforme al Artículo 10.16.1, y las reclamaciones contengan una cuestión común de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación o conforme con los términos de los párrafos 2 al 10”).

³⁶⁵ *Íd.*, Art. 10.25(3) (“A menos que el Secretario General determine, dentro del plazo de 30 días después de recibida una solicitud [de acumulación] de conformidad con el párrafo 2, que la solicitud es manifiestamente infundada, se establecerá un tribunal en virtud de este Artículo”).

³⁶⁶ *Ver íd.*, Art. 10.25(6) (“En el caso de que el tribunal establecido de conformidad con este Artículo haya constatado que se hubieren presentado a arbitraje dos o más reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1, que planteen una cuestión común de hecho o de derecho, y que surja de los mismos hechos o circunstancias, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones [ordenar la acumulación]”).

³⁶⁷ *Íd.*, Art. 10.25(6) (“En el caso de que el tribunal establecido de conformidad con este Artículo haya constatado que se hubieren presentado a arbitraje dos o más reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1, que planteen una cuestión común de hecho o de derecho, y que surja de los mismos hechos o circunstancias, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones y después de oír a las partes contendientes, por orden: (a) asumir jurisdicción y conocer y determinar conjuntamente sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones [...]).

(2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvencción a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.

(3) El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre las misma.

129. La reclamación de los Demandantes por trato de NMF surge directamente del asunto objeto de la controversia en este proceso. El asunto que es objeto de la controversia, como se explicó precedentemente, incluye el trato discriminatorio que la Demandada confirió a la inversión de los Demandantes en comparación con el brindado a inversiones de otros inversionistas³⁶⁸. Como lo explicó el tribunal de *CMS c. Argentina*, “[e]l requisito que esta condición [la condición de que la reclamación surja directamente del mismo asunto objeto de la diferencia] impone es que la relación respecto de los hechos entre la demanda original y la subordinada sea tan estrecha que se requiera que se adjudique esta última para que se logre el arreglo definitivo de la diferencia, ya que el propósito es solucionar todos los motivos de diferencia que provengan del mismo asunto”³⁶⁹. Claramente, la controversia no podría resolverse si el Tribunal considerara únicamente la conducta discriminatoria de la Demandada en cuanto se refiere a la reclamación de los demandantes por trato nacional atinente al trato conferido por la Demandada a la inversión de *Oxec*, y no su reclamación por trato de NMF atinente al trato conferido por la Demandada a la inversión de *Escobal*.

130. Los Demandantes también plantearon su reclamación por trato de NMF en la Notificación de Arbitraje, mucho antes de transcurrido el plazo previsto en la Regla 40 para la presentación de la Respuesta. Ello le brinda a la Demandada una cantidad abundante de tiempo preparar una defensa frente a la reclamación, como se expuso precedentemente.

³⁶⁸ *Ver supra* párrs. 93-94 y 97-98.

³⁶⁹ *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADIN.º ARB/01/8, Laudo sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 116 (CL-0038-ENG); *ver también Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI N.º ARB/09/16, Laudo del 6 de julio de 2012, párr. 138 (CL-0119-ENG) (“En el caso que nos ocupa, en la Solicitud de Arbitraje, el Demandante reclamó por diversas violaciones del TBI por actos y omisiones ‘realizados por la Demandada y sus entidades, principalmente SEC, aunque también los tribunales básicos y de apelación de Skopje’, y sostuvo que, como resultado de dichos actos y omisiones, había sufrido una expropiación de facto. Ahora reclama por decisiones o sentencias dictadas posteriormente por los mismo órganos o tribunales, que, según Swisslion, violaron el TBI, en especial sus disposiciones referentes a la expropiación. Esas reclamaciones forman parte de las cuestiones planteadas en la Solicitud de Arbitraje, o, en palabras de la versión en francés y español del artículo 36, entran en el asunto objeto de la reclamación original y son así procedentes y pueden plantearse sin que resulte necesario en tablar consultas entre las Partes”).

131. Por último, la reclamación de los Demandantes por trato de NMF queda comprendida dentro de “los límites del consentimiento de las partes y ca[e] además dentro de la jurisdicción el Centro”³⁷⁰. En particular, la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI resulta de aplicación junto con el requisito de notificación del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR³⁷¹, y no queda desplazada por este último.

132. En efecto, el tribunal de *Metalclad c. México* consideró la aplicabilidad del Artículo 48 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI de 1978 (equivalente a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI) en el contexto de los Artículos 1119 y 1120 del TLCAN³⁷². En ese caso, como base adicional para la reclamación por expropiación, el demandante invocó un decreto ecológico que se dictó *después* de presentada la notificación de intención del demandante³⁷³. México se opuso, con el argumento de que el TLCAN “no contempla la enmienda de reclamaciones presentadas para incluir reclamaciones por eventos posteriores” y “modifica el Reglamento del Mecanismo Complementario [de 1978] por lo que respecta a la enmienda de reclamaciones y a la presentación de reclamaciones adicionales, haciendo inaplicable el artículo 48 del Reglamento del Mecanismo Complementario”³⁷⁴. El tribunal rechazó la objeción opuesta por México:

El Artículo 1120(2) [del TLCAN] dispone que las reglas de arbitraje aplicables serán aquellas al amparo de las cuales se presentó la reclamación salvo en la medida de lo modificado en la Sección B del Capítulo Once. El

³⁷⁰ Reglas de Arbitraje del CIADI, Regla 40(1).

³⁷¹ Notificación de Arbitraje, párr. 2.

³⁷² *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto de 2000 (“*Metalclad c. México*, Laudo”) (CL-0120-ENG/SPA).

³⁷³ *Íd.*, párr. 64.

³⁷⁴ *Íd.*; ver también *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/99/1, Decision provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares del 6 de diciembre de 2000 (“*Marvin Roy c. México*, Laudo sobre Jurisdicción”), párr. 54 (CL-0094-ENG/SPA) (“la demandada se vale del Artículo 1120 (2) del TLCAN, en virtud del cual: ‘[l]as reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección’. La parte de mandada aduce que la Sección B del Capítulo XI, y precisamente los Artículos 1119, 1120 y 1121 han modificado el Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje [...]. El Tribunal no puede aceptar este enfoque. Considera que, para que la excepción contenida en el Artículo 1120(2) del TLCAN sea efectiva, debe existir una regla en la Sección B del Capítulo XI que se refiera específicamente a la cuestión de las reclamaciones subsidiarias. Dicha regla al parecer no existe. Por lo tanto, la cuestión de las reclamaciones subsidiarias sigue sin ser tratada en la Sección B del Capítulo XI y se rige por el Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje”). El CAFTA-DR contiene la misma regla que el Artículo 1120(2) del TLCAN. Ver CAFTA-DR, Art. 10.16.5 (CL-0001-ENG/SPA) (“Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas por este Tratado”). Al igual que la Sección B del Capítulo 11 del TLCAN, la Sección B del Artículo 10 del CAFTA-DR no contiene regla alguna que se refiera específicamente a las reclamaciones subsidiarias.

artículo 48(1) del Reglamento establece claramente que una parte podrá presentar una reclamación incidental o adicional, siempre que tal reclamación subsidiaria esté comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes.

El Tribunal cree que no fue la intención de los redactores de los artículos 1119 y 1120 del TLCAN el limitar de esa manera la competencia del Tribunal bajo el Capítulo Once. Más bien, [el tribunal preferiría interpretar] la sección B del Capítulo Once del TLCAN y el artículo 48 del Reglamento [del Mecanismo Complementario de 1978] en el sentido de que se permiten las enmiendas a las reclamaciones previamente presentadas y la consideración de hechos y eventos ocurridos después de la presentación de la Notificación de la Reclamación, particularmente cuando los hechos y eventos surgieron y/o están directamente relacionados con la reclamación original. Una argumentación contraria, requeriría a un demandado presentar múltiples y subsecuentes reclamaciones relacionadas y traería ineficiencia e inequidad³⁷⁵.

133. Aquí ocurre lo mismo. Así pues, en la medida en que el Tribunal no concluya que la reclamación de los Demandantes por trato de NMF es admisible, por aplicación del sentido corriente del Artículo 10.16.2, en su contexto, interpretado a la luz del objeto y fin del Tratado, debe concluir que la reclamación de los Demandantes por trato de NMF es admisible como reclamación incidental con arreglo a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

IV. ES OPORTUNA LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS

134. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que su reclamación por protección y seguridad plenas resulta oportuna dado que se relaciona con una violación que ocurrió por primera vez y generó daños en 2016, es decir, dentro del plazo de prescripción de tres años³⁷⁶. En la Respuesta, la Demandada alega que los Demandantes reformularon su relato para eludir el plazo de prescripción e interpretaron o aplicaron incorrectamente el derecho³⁷⁷.

135. Como se demostrará a continuación, el relato de los Demandantes sigue siendo coherente con los hechos descritos en la Notificación de Arbitraje, y es equivocada la constante invocación de las decisiones arbitrales que cita la Demandada.

³⁷⁵ *Metalclad c. México*, Laudo, párrs. 66-67 (CL-0120-ENG/SPA).

³⁷⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 104-128.

³⁷⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 158 y 168.

A. La Demandada malinterpreta la naturaleza de la reclamación de los Demandantes

136. En el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que su reclamación por falta de protección y seguridad plenas surge del hecho de no haber la Demandada brindado protección y seguridad plenas en relación con las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016, después de la decisión de la Corte Suprema de Guatemala de otorgar un *amparo* contra el MEM³⁷⁸. Como lo explicaron los Demandantes, este incumplimiento les ocasionó perjuicios, ya que le impidió a Exmingua realizar las consultas sociales para su Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”) para Santa Margarita, lo cual constituye un requisito previo para la obtención de la licencia de explotación³⁷⁹. Por otra parte, los Demandantes explicaron que no alegan una violación ni plantean daños surgidos de las protestas de 2012 y la omisión de la Demandada, en relación con ello, en cuanto a proteger las inversiones de los Demandantes durante el plazo de aproximadamente dos años en que Exmingua no pudo iniciar sus operaciones en Progreso VII como resultado de esos acontecimientos³⁸⁰.

137. En la Respuesta, la Demandada afirma que los Demandantes intentaron “reformula[r] su reclamación a fin de eludir el plazo de prescripción”³⁸¹, con, entre otras cosas, la inserción de “numerosas afirmaciones engañosas o citas inexactas a supuestas alegaciones de hecho”³⁸² y la incorporación de una “nueva descripción fáctica” que “contradice la Notificación de Arbitraje donde ellos alegan una violación continua por parte de la Demandada desde 2012”³⁸³. La Demandada también afirma que la alegación de los Demandantes de que “su reclamación de protección y seguridad plenas se basa únicamente en las protestas y bloqueos” que se produjeron en 2016 contradice el “alcance de su reclamación por falta de protección y seguridad plenas” en las Notificaciones³⁸⁴. En este sentido, la Demandada afirma que la “nueva información” presentada por los Demandantes en el Memorial de Contestación acerca de las protestas en 2016 es “irrelevante” e incluso si pudieran

³⁷⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 113-115.

³⁷⁹ *Íd.*, párr. 116.

³⁸⁰ *Íd.*, párr. 118.

³⁸¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 158.

³⁸² *Íd.*, párr. 166.

³⁸³ *Íd.*, párr. 159.

³⁸⁴ *Íd.*, párr. 163.

considerarse los nuevos anexos (cosa que, según la Demandada, no procede), estos confirman “el hecho de que la reclamación de los Demandantes se dirige contra un evento ‘continuo y sistemático’ que da lugar a la misma supuesta violación del CAFTA-DR”³⁸⁵. La Demandada también afirma que “los Demandantes no pueden eludir el plazo de prescripción del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, basando su reclamación ‘en la transgresión más reciente’ de una ‘serie de acciones similares y relacionadas’ por parte de la Demandada”³⁸⁶. Como se explica a continuación, los argumentos de la Demandada se apoyan en una caracterización incorrecta de la reclamación de los Demandantes, que se ha mantenido constante a lo largo de sus presentaciones.

138. *Primero*, en la Respuesta, la Demandada sostiene, en función de citas tomadas selectivamente de los escritos de los Demandantes, que la supuesta violación comenzó en 2012 y fue “continua”³⁸⁷. Con ello, la Demandada se ha centrado en supuestas “afirmaciones engañosas o citas inexactas” en el Memorial de Contestación de los Demandantes, con lo cual no solamente no capta cuál es la cuestión, sino que tampoco ello le sirve para cumplir su carga de probar que las protestas y los bloqueos fueron continuos y que cualquier reclamación surgida de las medidas estatales en ese sentido está prescrita³⁸⁸.

139. La afirmación de los Demandantes de que se produjo una nueva violación en 2016 a raíz de la cual sufrieron daños no es, como lo indica la Demandada, una reformulación del caso de los Demandantes³⁸⁹; es la pieza central del relato de los hechos que hacen los Demandantes en la Notificación de Arbitraje. En el Memorial de Contestación, éstos explicaron que su reclamación por violación de la protección y seguridad plenas se basa en una nueva ola de protestas que se produjeron a principios de 2016, tras la decisión dictada por la Corte Suprema de Guatemala a fines de 2015³⁹⁰. Contrariamente a la afirmación de la Demandada, el relato de los Demandantes, tal como consta en el Memorial de Contestación, es completamente coherente con los hechos planteados en la Notificación de Arbitraje; sencillamente desarrolla la base fáctica de su planteo. La Demandada no aborda la incoherencia de su propia postura, a saber, que las protestas y los bloqueos que comenzaron

³⁸⁵ *Íd.*, párr. 165.

³⁸⁶ *Íd.*, párr. 162.

³⁸⁷ *Íd.*, párrs. 160 y 166.

³⁸⁸ *Íd.*, párr. 166.

³⁸⁹ *Íd.*, párr. 158.

³⁹⁰ Memorial de Contestación de los Demandantes, párrs. 119-127.

en 2012 no pueden haber sido “continuos” porque finalizaron en 2014 tras la intervención de la Demandada, que permitió que comenzaran las actividades de explotación en Progreso VII³⁹¹.

140. La Demandada no puede haber advertido el hecho (descrito abiertamente en la Notificación de Arbitraje) de que la construcción de la mina Progreso VII se reanudó en mayo de 2014 y las operaciones comenzaron poco después, una vez que la policía nacional de las Demandadas sacó a los manifestantes del sitio³⁹². Las operaciones en el sitio de Progreso VII se desarrollaron luego durante prácticamente dos años, durante los cuales Exmingua realizó actividades de extracción, procesamiento y envío de concentrado³⁹³. Sin embargo, a principios de 2016 surgieron nuevas protestas y bloqueos a raíz de la decisión que dictó la Corte Suprema de otorgar un *amparo provisional* contra el MEM, en que le ordenó suspender la licencia de explotación de Exmingua³⁹⁴. Esas protestas y bloqueos, a diferencia de los anteriores, no fueron apaciguados por la Demandada. Se trata de actos del Estado que constituyen la base de la reclamación por protección y seguridad plenas de los Demandantes que se debate en el presente arbitraje.

141. *Segundo*, como se explicó en el Memorial de Contestación, la pérdida o daño por los que reclaman los Demandantes consisten en la pérdida de la oportunidad de obtener una licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita³⁹⁵. Como se explicó precedentemente, esta pérdida o daño surgió de la nueva ola de protestas que estallaron a principios de 2016 y la falta de intervención de la Demandada. La Demandada no explica cómo es que los Demandantes podrían haberse enterado por primera vez de esta pérdida o daño específico sufrido respecto del Proyecto Santa Margarita antes de los hechos que se produjeron a principios de 2016.

142. La Demandada observa que los Demandantes reclaman por pérdidas o daños surgidos de la falta de protección y seguridad plenas únicamente respecto de Santa Margarita, y alega que ello marca un cambio en su reclamación respecto de la que se planteó en la Notificación

³⁹¹ *Íd.*, párr. 118; Notificación de Arbitraje, párr. 45.

³⁹² Notificación de Arbitraje, párr. 45.

³⁹³ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 118-119.

³⁹⁴ *Íd.*, párrs. 119-122.

³⁹⁵ *Íd.*, párr. 116.

de Arbitraje³⁹⁶. Esto también es incorrecto. Si bien la violación que se produjo a principios de 2016 les impidió a los Demandantes el ingreso al sitio de Progreso VII, éstos no mencionaron perjuicios surgidos de esa violación en el Memorial de Contestación porque, en ese momento, Exmingua tenía prohibido realizar actividades mineras en el sitio de Progreso VII debido a la decisión de amparo de la Corte Suprema y la orden de suspensión del MEM³⁹⁷. Por consiguiente, los Demandantes no sufrieron pérdidas o daños como resultado de la violación de la protección y seguridad plenas que cometió la Demandada en relación con el proyecto Progreso VII distintos de los sufridos como resultado de las violaciones que ella cometió al suspender de manera arbitraria e ilícita la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII.

143. *Por último*, los anexos de hecho presentados por los Demandantes con el Memorial de Contestación simplemente confirman los hechos expuestos en la Notificación de Arbitraje, que demuestran que la negativa del MEM a implementar la decisión de amparo de la Corte Suprema condujo a un período de incertidumbre y polémicas con nuevas protestas contra las propiedades mineras de los Demandantes en el año 2016³⁹⁸. Contrariamente a lo afirmado por la Demandada, los nuevos anexos no demuestran que las protestas y los bloqueos hayan sido continuos³⁹⁹. Más bien, demuestran que la decisión dictada por la Corte Suprema en noviembre de 2015 y la posterior negativa del MEM a suspender de inmediato la licencia de Exmingua llevaron a los manifestantes a realizar nuevas protestas y bloqueos en los sitios⁴⁰⁰. Los anexos de hecho aportan el contexto para los hechos alegados subyacentes a la reclamación de los Demandantes, tal como consta en la Notificación de Arbitraje, y no pretenden ofrecer alegación fáctica nueva alguna distinta de las que constan en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes.

144. De cualquier manera, la Demandada también se equivoca al afirmar que el Tribunal no puede considerar estos anexos de hecho⁴⁰¹. La Demandada se apoya en el Artículo 10.20.4(c) del CAFTA-DR y la decisión de *Pac Rim c. El Salvador*, y aduce que el Tribunal

³⁹⁶ *Íd.*, párrs. 116, 122 y 127.

³⁹⁷ Notificación de Arbitraje, párrs. 54-55; *ver también* Corte Suprema de Justicia de Guatemala, causa N.º 1592-2014, Sentencia que otorga el amparo provisional, 11 de noviembre de 2015, pág. III (C-0004-SPA/ENG).

³⁹⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 121.

³⁹⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 165.

⁴⁰⁰ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 121.

⁴⁰¹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 20 y 165.

debe aceptar como ciertos los hechos tal como se los expuso en la Notificación de Arbitraje y, por consiguiente, no puede considerar los anexos de los Demandantes⁴⁰². Sin embargo, la Demandada pasa por alto el hecho de que planteó objeciones al amparo tanto del Artículo 10.20.4 como del Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR⁴⁰³. Por otra parte, reconoce que es posible oponer objeciones a la jurisdicción con arreglo al Artículo 10.20.5, pero no al Artículo 10.20.4⁴⁰⁴. El plazo de prescripción previsto en el Artículo 10.18 es de índole jurisdiccional, y así lo caracteriza la propia Demandada⁴⁰⁵. En consecuencia, el Artículo 10.20.4(c) no resulta de aplicación a la objeción de la Demandada en cuanto a la oportunidad del planteo de la reclamación de los Demandantes por protección y seguridad plenas y, al resolver sobre dicha objeción, el Tribunal puede considerar hechos más allá de los expuestos en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes⁴⁰⁶.

B. La Demandada tergiversa el Derecho

145. Como lo demostraron los Demandantes en el Memorial de Contestación y como lo concluyeron muchos tribunales intervinientes en casos sobre inversiones, es posible y apropiado que, al resolver sobre la oportunidad de una reclamación, los tribunales separen una serie de acciones del Estado demandado en distintos componentes⁴⁰⁷. Cuando la violación y los daños se producen por primera vez dentro del plazo de prescripción, los Demandantes demostraron que los tribunales aceptaron acertadamente la jurisdicción sobre la reclamación, aun cuando haya hechos pertinentes u otras violaciones distintas que se hubieran producido con anterioridad⁴⁰⁸. En este sentido, los Demandantes demostraron que

⁴⁰² *Íd.*, párrs. 19-20.

⁴⁰³ Mem. de OP de la Demandada, párr. 12.

⁴⁰⁴ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 15.

⁴⁰⁵ *Ver* Mem. de OP de la Demandada, párr. 12 (en que se cita el CAFTA-DR, Artículos 10.20.5 y 10.18.1, y se afirma, respecto del planteo por falta de protección y seguridad plenas, que “[e]l Tribunal no tiene jurisdicción para decidir la reclamación porque ha prescrito”); *ver también id.*, párrs. 109, 112 y 129; Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 183.

⁴⁰⁶ *Ver, por ej.*, *Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI N.º ARB/16/34, Decisión sobre Objeciones Expedidas del 13 de diciembre de 2017, párrs. 102 y 104 (CL-0121-ENG) (en que se determinó que el demandante presentó “un acervo probatorio sustancial en sustento de sus planteos [...] para el caso de que el Tribunal determine que correspondiera resolver las objeciones a la competencia sobre la base de la prueba” y se determinó que “la disposición sobre prueba del Artículo 10.20.4(c) del Tratado de Promoción Comercial entre EE. UU. y Panamá [que es la misma que la obrante en el Artículo 10.20.4(c) del CAFTA-DR] no es de aplicación en este proceso [objeción a la competencia con arreglo al Artículo 10.20.5 del TPC entre EE.UU. y Panamá] y el Tribunal abordará las cuestiones sobre la base de la prueba”).

⁴⁰⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párrs. 107-108.

⁴⁰⁸ *Íd.*, párr. 109.

un demandante puede referirse a medidas producidas con anterioridad al plazo de prescripción sin afectar el carácter oportuno de la reclamación y que, de manera rutinaria, los tribunales toman esos hechos en consideración como antecedentes⁴⁰⁹. Los Demandantes también demostraron que el plazo de prescripción de tres años previsto en el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR recién comienza a correr cuando el demandante se entera por primera vez de la violación y de que ha sufrido pérdidas o daños como consecuencia de la medida específica que, según alega, constituye una violación⁴¹⁰. Además, los Demandantes demostraron que ciertos tribunales constituidos al amparo de tratados de inversión y cortes y tribunales internacionales que aplicaron el derecho internacional entendieron que una “violación continua” renueva el plazo de prescripción⁴¹¹.

146. En la Respuesta, la Demandada aduce que los Demandantes “interpretan o aplican incorrectamente”⁴¹² laudos arbitrales que no respaldan la postura de éstos de que “se deben aplicar diferentes plazos [de] prescripción a las supuestas inacciones anteriores a 2016 y posteriores a 2015 por parte de la Demandada”⁴¹³. La Demandada afirma también que los Demandantes “no solicitaron al Tribunal que considerara los hechos anteriores al plazo de prescripción del CAFTA-DR como *antecedentes fácticos*”, y no pueden invocarlos como antecedentes dado que “están *iniciando una reclamación* sobre la base de eventos que ocurrieron antes de la Fecha Crítica”⁴¹⁴. Asimismo, la Demandada sostiene que la afirmación de los Demandantes de que el plazo de prescripción de tres años no empezó a correr hasta 2016 es “simplemente incorrect[a]”, dado que su reclamación supuestamente se basa en el hecho de no haber la Demandada dado respuesta a las protestas y los bloqueos de 2012, que, según ella, es el momento en que los Demandantes se enteraron por primera vez de la violación y del daño resultante⁴¹⁵. Por último, la Demandada cuestiona que una violación continua renueve el plazo de prescripción y señala que la afirmación de los Demandantes en contrario no se condice con las decisiones dictadas al amparo del TLCAN y el CAFTA-DR, y

⁴⁰⁹ *Íd.*

⁴¹⁰ *Íd.*, párrs. 110-112.

⁴¹¹ *Íd.*, párrs. 113-115.

⁴¹² Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 168.

⁴¹³ *Íd.*, párr. 169.

⁴¹⁴ *Íd.*, párrs. 174-175 (énfasis en el original).

⁴¹⁵ *Íd.*, párrs. 176-178.

que la jurisprudencia de otras cortes internacionales es “irrelevante”⁴¹⁶. Los argumentos de la Demandada son infundados.

147. *Primero*, como lo demostraron los Demandantes en el Memorial de Contestación, es “posible y apropiado” que los tribunales “separ[en] una serie de hechos en diferentes componentes” a la hora de evaluar si una reclamación ha quedado o no prescripta en virtud de un tratado⁴¹⁷. Así pues, como lo reconoce la Demandada⁴¹⁸, el tribunal del caso *Grand River* concluyó que la impugnación de los demandantes contra “las leyes complementarias/de contrabando” y las modificaciones incorporadas a las leyes sobre depósitos en garantía que se adoptaron *dentro* del período de prescripción no quedaba prescripta, si bien dichas disposiciones guardaban una relación integral con las medidas prescriptas, incluido el acuerdo marco de conciliación, que anticipaba la sanción de dichas leyes⁴¹⁹. La Demandada igualmente sostiene que “no se pueden aplicar diferentes plazos de prescripción” a distintos actos u omisiones del Estado demandado⁴²⁰. En sustento de su afirmación, la Demandada se apoya en la conclusión del tribunal del caso *Grand River* de que las distintas medidas de implementación del acuerdo marco de conciliación adoptadas por cada Estado no dieron inicio a nuevos plazos de prescripción⁴²¹.

148. Contrariamente a lo afirmado por la Demandada, esta conclusión del tribunal de *Grand River* no es “contrari[a]” a la postura de los Demandantes⁴²². Más bien, confirma que, una vez que la reclamación se cristalizó antes de la fecha de corte, el demandante no puede invocar conducta adicional del Estado demandado producida después de dicha fecha para renovar el plazo de prescripción cuando la conducta en cuestión guarda relación con el mismo perjuicio subyacente, o no produce “consecuencias separadas”⁴²³. Sin embargo, en

⁴¹⁶ *Íd.*, párrs. 179-183.

⁴¹⁷ Mem. de Cont. de los Demandantes, párr. 107.

⁴¹⁸ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 169.

⁴¹⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd.*, y otros *c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 20 de julio de 2006 (“*Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción”), párrs. 86-87 (RL-0039-ENG).

⁴²⁰ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 169.

⁴²¹ *Íd.*

⁴²² *Íd.*

⁴²³ *Coronac. República Dominicana*, Laudo sobre las Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada, párr. 219 (RL-0002-ENG); *Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, párrs. 71, 82-83 y 86-87 (RL-0039-ENG) (en que se determinó que, antes de la fecha de corte para el período de prescripción, los demandantes “deberían haber tenido conocimiento del [acuerdo marco de conciliación] y las Leyes sobre Depósito en Garantía” y “de la pérdida o el daño que hayan sufrido producto de ello” pero, en

nuestro caso, no se trata de la “implementación” de la misma medida; en cambio, a principios de 2016 se produjeron nuevas protestas y un nuevo bloqueo, disparados por un nuevo hecho⁴²⁴.

149. Por ende, este caso no es similar al caso *Ansung c. China*, invocado por la Demandada⁴²⁵. En *Ansung*, el demandante impugnó la conducta de la demandada en relación con su inversión en un proyecto para la construcción de una cancha de golf y condominios, incluido el hecho de no haber la demandada prohibido el funcionamiento ilegal de una cancha de golf cercana y el aumento del precio convenido por los derechos al uso de los terrenos⁴²⁶. En respuesta a la objeción por prescripción opuesta por la demandada, el demandante adujo que su reclamación se cristalizó “recién después de que su expectativa y plan para la cancha de golf de 27 hoyos quedaron completamente frustrados”, lo cual, alegó, se produjo con posterioridad a la fecha de corte a raíz de que el Estado no proveyó los terrenos adicionales para la segunda fase del proyecto y la venta efectiva de sus acciones en la inversión⁴²⁷. No obstante, el tribunal concluyó que quedaba claro, a partir de los escritos del demandante, que su reclamación se había cristalizado antes de la fecha de corte, cuando éste decidió “desprenderse de todo el capital accionario” que tenía en su inversión “a efectos de evitar nuevas pérdidas”⁴²⁸. Esta fue la fecha en que el demandante se enteró por primera vez del hecho de que había sufrido pérdidas o daños⁴²⁹. La conducta o inacción adicional que intentó invocar el demandante después de la fecha de corte no provocó un nuevo daño o pérdida para éste por separado de la pérdida que ya había sufrido por su fracasado proyecto⁴³⁰. Más bien, la fecha de la venta efectiva de las acciones que tenía en la inversión “marcó la fecha en la que pudo *finiquitar* o *liquidar* el daño sufrido”⁴³¹. Este escenario no guarda semejanza alguna con los hechos del caso que nos ocupa.

cambio, “las leyes complementarias/de contrabando que se adoptaron con posterioridad” a la fecha de corte que supuestamente ocasionaron un perjuicio considerable “queda[ban] para ser consideradas en la etapa de fondo”).

⁴²⁴ Mem. de Cont. de los Demandantes, párrs. 119-122.

⁴²⁵ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 170.

⁴²⁶ *Ansung Housing Co., Ltd c. República Popular de China*, Caso CIADI N.º ARB/14/25, Laudo del 9 de marzo de 2017, párrs. 44 y 46 (RL-0103-ENG).

⁴²⁷ *Íd.*, párr. 93.

⁴²⁸ *Íd.*, párr. 107.

⁴²⁹ *Íd.*, párr. 114.

⁴³⁰ *Íd.*, párrs. 109-110.

⁴³¹ *Íd.*, párr. 110 (énfasis en el original).

150. De manera similar a lo ocurrido en *Ansung*, en *Corona c. República Dominicana* el tribunal observó que el demandante no podía invocar el hecho de no haber la demandada reconsiderado su solicitud de licencia como base para una violación que caía dentro del plazo de prescripción, dado que la negativa a reconsiderar no habría generado pérdidas o daños aparte o independientes de aquellos en que se incurrió a raíz de la negativa del Ministerio a concederle la licencia ambiental al demandante⁴³². Del mismo modo, el tribunal del caso *Berkowitz c. Costa Rica* determinó que la reclamación del demandante se cristalizó cuando éste tomó conocimiento de la violación y los daños resultantes cuando se dictaron los decretos expropiatorios, y no con la posterior determinación de la indemnización por parte de las autoridades administrativas y judiciales⁴³³. El tribunal de *Berkowitz* determinó que estos últimos actos no eran “susceptibles de acción independiente y separables de la conducta anterior a la entrada en vigor en que se encuentran profundamente enraizadas”⁴³⁴. Una vez más, aquí hablamos de nuevas protestas y bloqueos, en respuesta a un nuevo accionar del gobierno, con causación de daños a los Demandantes.

151. *Segundo*, en el Memorial de Contestación, los Demandantes demostraron que resulta apropiado y habitual que los demandantes se remitan a hechos producidos antes del período de prescripción como antecedentes y así los considere el Tribunal⁴³⁵. La Demandada no niega que así sea⁴³⁶. En cambio, afirma que, en la Notificación de Arbitraje, “los Demandantes no solicitaron al Tribunal que considerara los hechos anteriores al plazo de prescripción del CAFTA-DR como antecedentes fácticos”⁴³⁷. Sin embargo, no hay requisito alguno, con arreglo al CAFTA-DR, de que los demandantes identifiquen determinados hechos en la notificación de arbitraje como “antecedentes fácticos”. De todas formas, en el Memorial de Contestación y precedentemente en este escrito, los Demandantes aclararon la base fáctica de su reclamación por protección y seguridad plenas (como típicamente se hace en un memorial o escrito de demanda) y los antecedentes de hecho que el Tribunal puede considerar a la hora de resolver sobre su reclamación.

⁴³² *Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre las Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada, párr. 219 (RL-0002-ENG).

⁴³³ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (antes Spence Int’l Investments y otros) c. República de Costa Rica*, Caso CIADIN.º UNCT/13/2, Laudo Provisional (corregido) del 30 de mayo de 2017, párr. 245 (RL-0038-ENG).

⁴³⁴ *Íd.*, párrs. 252 y 264.

⁴³⁵ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 107.

⁴³⁶ Respuesta de la Demandada sobre OP, párrs. 174-175.

⁴³⁷ *Íd.*, párr. 174.

152. *Tercero*, como lo explicaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, en casos que involucraron una serie de actos u omisiones similares o relacionados, el período de prescripción del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR no comienza a correr hasta que el demandante se entera por primera vez de las pérdidas o los daños sufridos como consecuencia de la medida específica que, alega, constituye una violación⁴³⁸. La Demandada manifiesta que la interpretación que hacen los Demandantes de los casos en respaldo de su argumento es “simplemente incorrect[a]”, pero no traza una distinción con los casos citados por los Demandantes⁴³⁹.

153. Respecto de *Nissan c. India*, por ejemplo, la Demandada destaca que la reclamación del demandante se cristalizó dentro del plazo de prescripción⁴⁴⁰. No obstante, pasa por alto el hecho de que el demandante en ese caso sufrió pérdidas tanto antes como después de la fecha de corte, surgidas de la falta de pago de incentivos por parte de la demandada⁴⁴¹. Sin embargo, al igual que en nuestro caso, la reclamación del demandante se limitaba a pérdidas sufridas tras la fecha de corte⁴⁴². Con ello como base, el tribunal determinó que la reclamación del demandante era oportuna, a pesar de haber éste tenido conocimiento de la falta de pago, por parte de la demandada, de incentivos debidos antes de la fecha de corte⁴⁴³. Ello obedece a que la demandada no había desconocido categóricamente sus obligaciones de pago antes de la fecha de corte y, por consiguiente, el demandante no había tenido aviso efectivo o implícito de que iba a sufrir una pérdida o un daño en relación con la falta de pago de incentivos surgidos tras la fecha en cuestión⁴⁴⁴.

154. *Cuarto*, la conclusión del tribunal de *UPS c. Canadá* es clara en cuanto a que las “líneas de actuación continuas constituyen violaciones continuas de obligaciones legales y renuevan el plazo de prescripción en consecuencia”⁴⁴⁵. Así pues, como lo indicaron los Demandantes en el Memorial de Contestación, si el Tribunal concluyera que las protestas y los bloqueos fueron continuos desde 2012 (cosa que no debería hacer), entonces ello

⁴³⁸ Mem. de Cont. de los Demandantes sobre OP, párr. 111.

⁴³⁹ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 178.

⁴⁴⁰ *Íd.*, párr. 177 (en que se aborda *Nissan Motor c. India*, Decisión sobre Jurisdicción (CL-0078-ENG)).

⁴⁴¹ *Nissan Motor c. India*, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 325-327 (CL-0078-ENG).

⁴⁴² *Íd.*, párr. 327.

⁴⁴³ *Íd.*, párrs. 325-328.

⁴⁴⁴ *Íd.*, párr. 328 (CL-0078-ENG).

⁴⁴⁵ *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 28 (CL-0037-ENG).

constituiría una violación continua y los Demandantes quedarían habilitados a cobrar por toda pérdida o daño sufrido dentro del período de prescripción de tres años renovado como resultado de esa violación⁴⁴⁶. En la Respuesta, la Demandada afirma que la decisión del tribunal de *UPS* en este sentido ha sido objeto de amplias críticas y que los Demandantes pasan por alto la “práctica ulteriormente seguida por las partes contratantes”, que, según sostiene, confirma que las violaciones continuas no renuevan el plazo de prescripción previsto en los Tratados⁴⁴⁷.

155. No obstante, el Tribunal solamente puede tomar en consideración la práctica ulterior de las partes contratantes en la medida en que por ella “conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del [Tratado]”⁴⁴⁸. La Demandada no ha demostrado que la práctica ulterior de *todas* las Partes contratantes del CAFTA-DR demuestre el acuerdo de esas partes respecto de la interpretación del Artículo 10.18.1 del Tratado⁴⁴⁹; la “práctica ulteriormente seguida” por las Partes del *TLCAN* no le sirve en este sentido⁴⁵⁰. Por otra parte, la Demandada pasa por alto el hecho de que otros tribunales han adoptado criterios coherentes con el del tribunal de *UPS*, entre ellos el tribunal del *TLCAN* que intervino en *Feldman c. México*⁴⁵¹.

156. Por último, y contrariamente a lo aducido por la Demandada, los casos tramitados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDR”) citados por los Demandantes son relevantes, dado que se refieren a la protección de derechos de propiedad, que también se debaten en el presente arbitraje⁴⁵². Como lo demostraron los Demandantes en el Memorial de Contestación, el TEDH ha sostenido constantemente que los plazos de prescripción no excluyen reclamaciones por las que se impugnen actos continuos⁴⁵³. En consecuencia, corresponde que el Tribunal tome en consideración la jurisprudencia del TEDH al evaluar la objeción por prescripción opuesta por la Demandada.

⁴⁴⁶ Mem. de Cont. de los Demandantes, párr. 128.

⁴⁴⁷ Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 180.

⁴⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(3)(b) (CL-0005-ENG/SPA).

⁴⁴⁹ Ver Mem. de OP de la Demandada, párrs. 133-135.

⁴⁵⁰ Ver Respuesta de la Demandada sobre OP, párr. 180.

⁴⁵¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, *TLCAN*, Caso CIADIN.º ARB(AF)/99/1, Laudo sobre el Fondo del 16 de diciembre de 2002 (CL-0093-ENG); ver también *Marvin Royc. México*, Laudo sobre Jurisdicción (CL-0094-ENG); Mem. de Cont. de los Demandantes, párr. 114.

⁴⁵² Mem. de Cont. de los Demandantes, párr. 115.

⁴⁵³ *Íd.*, párr. 115.

Respetuosamente presentado,

[Firma]

Andrea J. Menaker

Rafael Llano

Eckhard Hellbeck

Ronan O'Reilly

Agnieszka Zarówna

Alexa Romanelli

WHITE & CASE LLP

5 Old Broad Street

London EC2N 1DW

United Kingdom

Abogados de los Demandantes

22 de noviembre de 2019