CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.

y

Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A.

Demandantes

C.

República de Guatemala

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/20/48)

DÚPLICA SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

Dúplica sobre Objeciones Preliminares

<u>Índice</u>

I.	INT	rodu	CCI	ÓN						1		
II.							GUATE E FOND					
	A.		Las Objeciones Preliminares requieren, indebidamente, un prejuzgamiento sobre aspectos del fondo de la disputa									
	B.	Las Objeciones Preliminares se basan en un tratamiento indebido de los hechos planteados por las Demandantes										
III.	LA CO						RGUMEN S SON IN					
	A.		PRESCRIPCIÓN: Guatemala parte de una tergiversación de los hechos y reclamos de las Demandantes									
		1.	Guate	emala pre	tende reduc	ir unilatera	almente el per	iodo de pr	escripción			
		2.					bre la distorsi					
	В.	Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado										
		1.					ribunal tiene j paro del Tratac			41		
			a.				mentos caracte istrativo y la ju					
			b.				o demuestra q ractuales"					
		2.			AS PARAGUAS: El Tribunal puede pronunciarse sobre las de cláusulas paraguas por medio de la cláusula NMF7							
			a.	La Clá	usula de NI	MF permit	e aplicar cláus	ulas parag	uas de otros t	ratados. 75		
				i.			emala sobre la ite disputa					
				ii.			usula de NMF provenientes d			80		
			b.				an los compro					
			c.				ntes bajo cláus	1 0				
				este ar	bitraie					100		

IV.	PET	ГІТОН	RIO	.173
	D.		TAMIENTO: Las Demandantes no tenían obligación de agotar recursos inistrativos y, en todo caso, eran fútiles	156
		3.	Las medidas en cuestión no activan la cláusula de elección de vía bajo cualquier test	
		2.	El test de triple identidad sería el apropiado para identificar si se activa la cláusula de elección de vía	138
		1.	El texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que solo cubre acciones por violación del Tratado	129
	C.		CCIÓN DE VÍA: Las Demandantes no han activado la cláusula de elección a bajo el Tratado	ı 126
		3.	DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Las Demandantes plantearon un reclamo de denegación de justicia, y hay competencia sobre otras violaciones	

Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P. y Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/20/48)

Dúplica sobre Objeciones Preliminares

1. De conformidad con lo dispuesto en la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022, la comunicación del Tribunal del 5 de julio de 2023 y las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Grupo Energía Bogotá, S.A. E.S.P. (en adelante, el "GEB") y Transportadora de Energía de Centroamérica, S.A. (en adelante, "TRECSA" y, conjuntamente con el GEB, las "Demandantes") presentan esta Dúplica sobre Objeciones Preliminares en el arbitraje frente a la República de Guatemala (en adelante, "Guatemala", el "Estado" o la "Demandada" y, junto con las Demandantes, las "Partes"), al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, suscrito en Medellín, Colombia, el 9 de agosto de 2007 (el "Tratado" o el "Tratado del Triángulo Norte").¹

I. Introducción

- 2. La Réplica sobre Objeciones Preliminares de Guatemala confirma que no existe un caso en contra de la jurisdicción del Tribunal y ciertamente no uno susceptible de ser determinado en esta etapa "preliminar" del procedimiento. Como se detalla a continuación, las objeciones de Guatemala revelan diversos defectos de forma y fondo que hacen que, más allá de ser inaptas para la presente fase procesal, son insuficientes para poner fin a cualquiera de los reclamos de las Demandantes.
- 3. Estrategia de fragmentación del caso de las Demandantes. Como las Demandantes explicaron en su Contestación, este caso se refiere a un gran cúmulo de medidas ilegales, arbitrarias y discriminatorias del Estado de Guatemala implementadas a través de distintos órganos y Poderes del Estado, que perjudicaron sustancialmente la inversión de las Demandantes en uno de los proyectos de infraestructura más grandes de la región. Dicho proyecto, que contemplaba la ampliación de la red de transmisión eléctrica a todo el país para hacer llegar la energía eléctrica a las regiones más remotas e históricamente abandonadas, ha padecido y continúa padeciendo a raíz de las violaciones del Estado a las protecciones otorgadas en el Tratado, impidiendo la finalización del Proyecto y ocasionando daños masivos a las Demandantes.

¹ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de agosto de 2007 ("**Tratado**") (**C-1**).

- 4. Conscientes de lo anterior, la Demandada presenta una serie de Objeciones Preliminares que buscan convenientemente fragmentar y reescribir el reclamo de las Demandantes. Así, ante la inmensidad de la conducta estatal impugnada y la incapacidad de Guatemala de presentar objeciones que abarquen la integridad de dicha conducta o de una parte sustancial de ella la Demandada ataca el reclamo de las Demandantes con objeciones enfocadas a medidas individuales (y no reclamos), que abarcan solamente determinados elementos de los reclamos de las Demandantes.
- 5. En particular, cuatro de las seis objeciones preliminares planteadas por la Demandada *i.e.*, las objeciones relacionadas con (i) prescripción; (ii) medidas supuestamente contractuales; (iii) elección de vía; y (iv) agotamiento de recursos, se enfocan en medidas individuales y no en el enorme conjunto de medidas que fundamentan los reclamos planteados por las Demandantes, ni mucho menos en reclamos en su totalidad. La objeción de prescripción abarca 7 medidas; la de medidas supuestamente contractuales abarca 9 medidas; la de elección de vía abarca 2 medidas; y la de agotamiento abarca 11 medidas. Esto es solo una fracción de las decenas de medidas que son objeto del reclamo de las Demandantes.
- 6. Y es esta una de las principales razones por las que deben fracasar las Objeciones Preliminares de la Demandada. El Tribunal no debe ver estas medidas como actos aislados, sino como la maquinaria total del Estado vulnerando los derechos de las Demandantes. Al verlos así, es clave que el Tribunal pueda recibir un expediente desarrollado y completo que le permita apreciar la concatenación de todas estas medidas del estado. Las Demandantes han desplegado un esfuerzo enorme para condensar esta amplia historia en su Memorial de Demanda. El Tribunal puede y debe permitir que el caso se presente por completo antes de empezar a desestimar medidas a destajo, con la perspectiva incompleta y parcial que plantea la Demandada.
- 7. En efecto, el planteamiento parcial y fragmentario de la Demandada no apunta a "reducir[] significativamente el alcance de la controversia entre las Partes".² El arbitraje va a seguir de todas maneras, y va a seguir siendo inmenso y va a requerir de las mismas fases, evidencia y recursos. Estas Objeciones Preliminares no han hecho más eficiente el proceso, sino más engorroso y caro. Es hora de proceder a la fase de fondo y oír el caso como corresponde, en su totalidad.
- 8. *Defensas de fondo disfrazadas de objeciones preliminares*. La misma introducción de la Réplica sobre Objeciones Preliminares deja ver que las Objeciones de Guatemala desconocen el estándar

_

² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 3.

aplicable a esta etapa temprana del procedimiento, y plantean cuestiones de fondo, evidenciando que no hay sustento suficiente para que el Tribunal desconozca el reclamo de las Demandantes, menos aún en esta etapa procesal.³ Por ejemplo, Guatemala insiste en que el Tribunal no debería aceptar la caracterización de las Demandantes de que la conducta estatal impugnada constituye una conducta soberana y que debería "corrobor[ar] que el MEM actuó, en todo momento, en ejercicio de facultades que tienen origen en el Contrato, y no en ejercicio de sus poderes soberanos".⁴ Esta posición desconoce el principio, reconocido por la Demandada de que "en esta etapa del procedimiento, no corresponde al Tribunal realizar un análisis sobre el fondo de la controversia".⁵ En cambio, la Demandada pretende que: (i) las Demandantes demuestren que la conducta estatal impugnada es efectivamente soberana; y (ii) que el Tribunal determine y, por tanto, prejuzgue, esta cuestión crucial para pronunciarse sobre la objeción planteada por la Demandada.

- 9. Como se demuestra en detalle en este escrito, por no tener fundamento para hacerlo Guatemala no presenta verdaderas "objeciones preliminares" de admisibilidad o competencia como lo serían, por ejemplo, cuestiones de consentimiento, nacionalidad, inversión protegida, territorialidad o referentes al alcance temporal de la protección que ofrece un tratado sino objeciones que requieren una desestimación sumaria del fondo de ciertos aspectos de los reclamos de las Demandantes. Requieren, en efecto, que el Tribunal decida, desde ahora, que no se satisfacen, *ni se pueden llegar a satisfacer*, los estándares de fondo previstos en el Tratado. El hecho que Guatemala caracterice y etiquete sus objeciones de "preliminares" no las hace tales y la simple lectura de los escritos de Guatemala demuestra que lo que Guatemala realmente busca es que este Tribunal determine en una fase preliminar y por lo tanto prejuzgue temas de fondo, atacando medidas escogidas de manera selectiva, sin ver el caso completo.
- 10. Al igual que el estándar de no prejuzgamiento en fase jurisdiccional, la Demandada pasa por alto el estándar de tratamiento de los hechos planteados por las Demandantes. Es ampliamente reconocido que, para efectos de una etapa jurisdiccional, los demandantes solamente deben demostrar que los hechos que alegan, *si fueran ciertos*, *podrían violar* las disposiciones del Tratado. En otras palabras: en esta fase preliminar <u>no</u> se requiere que las Demandantes demuestren: (i) ni los hechos alegados; (ii) ni que, de probarse tales hechos, estos necesariamente violarían el Tratado. Basta con que los hechos alegados, los cuales deben suponerse ciertos, puedan implicar una violación del Tratado.

³ Ídem ¶ 12.

⁴ Ídem ¶ 15.

⁵ Ídem ¶ 11.

- 11. A manera de ejemplo, no hace falta haber agotado ahora la prueba acerca del carácter soberano de las medidas cuestionadas; basta con que, si lo son, cosa que será juzgada en la fase de fondo, puedan constituir una violación del Tratado. No hace falta haber agotado ahora la prueba acerca del momento exacto en que se produjo la violación del Tratado respecto de ciertas medidas; basta con que, si dichas medidas cristalizaron la violación del Tratado en el momento alegado por las Demandantes, ellas podrían constituir una violación del Tratado. En cambio, lo que pretende la Demandada es adelantar todo este debate, sin haber presentado una sola pieza de evidencia, solo sobre la base de intuición y retórica.
- 12. Si bien en su Réplica sobre Objeciones Preliminares, Guatemala dice aceptar el *test* prima facie,⁶ y reconoce que un análisis de fondo no corresponde a esta etapa jurisdiccional, las Objeciones Preliminares tal cual han sido formuladas por Guatemala lo ignoran por completo, cuestionando reiteradamente los hechos alegados por las Demandantes en sus Solicitudes de Arbitraje, invirtiendo la carga de la prueba y requiriendo, en efecto, que las Demandantes demuestren en esta etapa preliminar los hechos o elementos controvertidos de fondo y pidiendo, en efecto, que el Tribunal se adentre a un análisis de fondo para decidir sobre las Objeciones planteadas.
- 13. Respuesta deficiente a la Contestación de las Demandantes. Más allá del hecho de que las Objeciones Preliminares planteadas por Guatemala son insuficientes para desestimar los reclamos de las Demandantes (o una parte sustancial de ellos), y que no se acomodan al estándar aplicable a esta etapa preliminar, la Réplica sobre Objeciones Preliminares aporta elementos de respuesta deficientes a los argumentos planteados por las Demandantes en su Contestación.
- 14. En tal sentido, los argumentos que Guatemala plantea en su Réplica son esencialmente los mismos que planteó en su Escrito de Objeciones Preliminares, sin contestar a elementos claves resaltados por las Demandantes en su Contestación. A título de ejemplo, respecto de la Objeción Preliminar sobre supuestas medidas contractuales, las Demandantes presentaron una destilación detallada de los elementos que hacen que dichas medidas sean actos soberanos, extraídos de la jurisprudencia internacional, derecho guatemalteco e incluso derecho administrativo comparado. La Demandada no refuta la relevancia de estos elementos, pero pretende limitar el análisis a factores superficiales que, en todo caso, solo pueden ser debatidos en la fase de mérito.
- 15. Asimismo, para fundamentar sus objeciones deficientes, Guatemala hace un uso inadecuado de las fuentes jurídicas, citando fuentes irrelevantes a los argumentos que plantea, o las cita de

_

⁶ Ídem ¶ 60.

manera incorrecta, a menudo engañosa y descontextualizada. Por ejemplo, al comentar respecto del estándar aplicable a esta fase preliminar, Guatemala cita el caso *Kappes c. Guatemala* pretendiendo que este confirmaría que la fase preliminar sí es adecuada para determinar "análisis jurídicos profundos".⁷ Pero el Tribunal en ese caso desechó, por ejemplo, una objeción sobre prescripción ya que requería adentrarse a un análisis de fondo sobre los hechos del caso, situación que la Demandada convenientemente omite mencionar en su escrito.

- 16. Es fácil y rápido fraguar argumentos jurídicos con base en interpretaciones convenientes y parciales de la jurisprudencia internacional, citándola erróneamente en pies de página. Esto ha forzado a las Demandantes a abordar, a lo largo del escrito, todos los atajos, artificios y errores de Guatemala, tratando exhaustivamente cada una de las fuentes referidas por Guatemala, implicando tiempo, esfuerzos y recursos significativos. Generar una fase preliminar, con base en objeciones inadecuadas, desconectadas del estándar aplicable y fundamentadas en interpretaciones infundadas de fuentes jurídicas es inapropiado, y al margen de las buenas prácticas del arbitraje internacional.
- 17. *Objeciones infundadas y prematuras*. La Réplica sobre Objeciones Preliminares confirma lo que el primer escrito de objeciones de Guatemala ya adelantaba: esta fase bifurcada ha sido superflua e innecesaria. Guatemala planteó Objeciones Preliminares solo porque el Tratado le permitía hacerlo, sin considerar el estándar aplicable a esta fase preliminar y pretendiendo que, con cada objeción, las Partes y el Tribunal se embarquen en un "mini juicio" sobre cuestiones de fondo, dilatando y encareciendo el presente arbitraje.
- 18. Lo cierto es que independientemente de las objeciones de Guatemala, el presente arbitraje va a seguir. La fase preliminar, lejos de resultar en un ahorro de tiempo y/o de recursos, habrá resultado en un proceso más largo y costoso, con la alta probabilidad que muchas (sino todas) las cuestiones planteadas por Guatemala en sus objeciones tengan que discutirse nuevamente en la fase de mérito. Las Demandantes se reservan todos sus derechos al respecto. Mientras tanto, GEB y TRECSA continúan haciendo sus mejores esfuerzos para sacar adelante el ambicioso Proyecto PET, a pesar de continuar padeciendo de las consecuencias de las violaciones del Tratado por parte del Guatemala.
- 19. En cualquier caso, y como se expone más en detalle a largo de este escrito, las Objeciones Preliminares de Guatemala deben de ser rechazadas, entre otras, por las siguientes razones:

-

⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 10.

- Objeción sobre prescripción: Esta Objeción tergiversa y caracteriza incorrectamente los hechos planteados en los reclamos de las Demandantes, confundiendo los antecedentes de contexto con las medidas violatorias del Tratado reclamadas en el arbitraje. Asimismo, esta objeción tuerce el texto del Tratado con el objetivo de que el Tribunal haga una determinación de daños relativa a supuestas medidas prescritas, cuando que la determinación del quantum sería claramente una decisión de fondo relativa a la decisión final del Tribunal sobre las medidas por las que es responsable la Demandada.
- Objeción sobre supuestas medidas contractuales: Esta Objeción parte de una premisa incorrecta, i.e., que la conducta impugnada en este caso sería una conducta contractual y no soberana. Pero, en todo caso, la determinación de la naturaleza de la conducta estatal impugnada es improcedente en esta etapa procesal, pues el Tribunal debe considerar como ciertos los hechos alegados por las Demandantes. Además, como las Demandantes han explicado y reiteran a continuación: (a) el Tratado no limita la jurisdicción del Tribunal ante la existencia de un contrato; (b) en fase preliminar, corresponde considerar la naturaleza del reclamo del demandante, pues lo contrario, implicaría un prejuzgamiento sobre la conducta del Estado; (c) las Demandantes han presentado un fuerte caso respecto del carácter soberano de los actos en cuestión, incluyendo que el propio derecho administrativo guatemalteco confirma que las medidas impugnadas son medidas del poder público y por ende conductas soberanas; y (d) las medidas en cuestión constituyen actos soberanos bajo la jurisprudencia de inversiones.
- Objeción sobre cláusulas paraguas: La Objeción de que el Tratado no permite a las Demandantes importar ninguna de las 10 cláusulas paraguas que invocan es académica, prematura, y atañe a cuestiones jurídicas complejas que el Tribunal no necesita (y no debe) determinar en esta temprana etapa procesal. En todo caso, y como las Demandantes han explicado y reiteran a continuación, la Cláusula de NMF en el Artículo 12.6 del Tratado permite incorporar protecciones sustantivas previstas en otros tratados, incluyendo el trato concedido mediante las así llamadas "cláusulas paraguas". Dichas cláusulas paraguas abarcan los compromisos de Guatemala, tanto en contratos como en otras fuentes, incluyendo obligaciones nacidas tanto de leyes o reglamentos. Además, el Tribunal no necesita determinar en este momento procesal acerca de la posibilidad o no de importar cláusula paraguas, ya que es posible que esta determinación no sea necesaria en la práctica, particularmente si el Tribunal determina que Guatemala violó otros estándares establecidos en el Tratado.
- Objeción sobre denegación de justicia: La Objeción de que el Tratado no permite impugnar medidas judiciales distintas de una denegación de justicia, pasa nuevamente por alto que las Demandantes sí hacen un reclamo de denegación de justicia, y de la jurisprudencia internacional, que ha sostenido que sí se pueden plantear reclamos distintos a la denegación de justicia en contra de medidas judiciales. La propia Demandada ha reconocido que una medida judicial puede violar diversos estándares de un tratado de inversión, pero que se requiere además probar una denegación de justicia.8 Por tanto, y dado que las Demandantes han efectivamente planteado un reclamo de

_

⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 206 ("El Estado no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (*i.e.*, los estándares de TJE y expropiación). El punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad").

denegación de justicia, el Tribunal no necesita desestimar ningún otro reclamo en este momento, incluso bajo la tesitura de la Demandada. Además, esta Objeción también es una objeción académica, prematura, y que atañe a cuestiones jurídicas complejas que el Tribunal no necesita (y no debe) determinar en esta etapa procesal, ya que es posible que esta determinación no sea necesaria si el Tribunal determina que Guatemala incurrió en denegación de justicia.

- Objeción sobre elección de vía: Esta Objeción se fundamenta en una interpretación incorrecta del texto del Tratado, que dejaría sin efecto útil y haría superfluas a otras cláusulas del Tratado (y en particular, las de renuncia de acciones locales). En efecto: (i) el texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que solo cubre acciones por violación del Tratado; (ii) corresponde aplicar el test de la triple identidad para determinar si se activa la cláusula de elección de vía; y (iii) aun en el caso (improbable) en que el Tribunal decidiera que el test aplicable es el de la base fundamental, la aplicación de ese test al caso concreto demuestra que las acciones locales versaban sobre temas totalmente distintos al de este arbitraje, y que, de hecho, este arbitraje habría sido necesario independientemente del resultado de la acción local, que meramente perseguía la nulidad de ciertos y contados actos bajo derecho guatemalteco, que en nada subsumen la discusión sobre las medidas del estado y los enormes perjuicios generadas por éstas. En cualquier caso, la aplicación de este test requeriría de un análisis de fondo que no corresponde a esta etapa procesal.
- Tratado, el cual requiere el agotamiento solo cuando la legislación local así lo exija. Guatemala no ha demostrado que exista tal requisito en su legislación, excepto para acciones contencioso-administrativas. No obstante, aun si este fuera el caso, las Demandantes han demostrado la futilidad de los recursos administrativos por un periodo de 6 meses adicionales ante las mismas autoridades que han negado, una y otra vez, un resarcimiento a las Demandantes. Acá no se podría sostener, ni de cerca, que las Demandantes han querido evadir los mecanismos del Tratado, y correr al arbitraje, particularmente en circunstancias en las que estuvieron dispuestas a suspender, y en efecto suspendieron, este mismo arbitraje, no por 6 meses, sino por un año, para buscar negociar una solución respecto de estas mismas medidas, con estas mismas autoridades. La Objeción de agotamiento es meramente dilatoria y no avanzará en forma alguna los intereses de la justicia, ni los objetivos del Tratado.
- 20. En definitiva, lejos de plantear cuestiones de "admisibilidad y competencia" serias, razonables y adecuadas al estándar aplicable, las Objeciones Preliminares de Guatemala plantean cuestiones prematuras, que atañen al fondo del caso y dilatan y encarecen innecesariamente el proceso arbitral, en detrimento de los derechos de las Demandantes. Por lo anterior, las Demandantes reiteran su solicitud al Tribunal de que rechace en su totalidad las Objeciones Preliminares de la Demandada, con costas.

* * *

II. La Réplica confirma que Guatemala busca la resolución de cuestiones de fondo

21. Las Partes están mayormente de acuerdo con respecto al *contenido* del estándar legal aplicable a las Objeciones Preliminares de Guatemala, salvo discrepancias limitadas que se tratan en esta Sección. Donde están diametralmente opuestas las posiciones de las Partes es en cuanto a la *aplicación* de dicho estándar a las Objeciones Preliminares específicas. Como se verá a continuación, y a lo largo de este escrito, la Demandada no plantea verdaderamente unas objeciones preliminares, sino que invita al Tribunal, en cada caso, a prejuzgar sobre el fondo del asunto, y distorsiona el tratamiento que debe dársele en esta fase a los hechos planteados por las Demandantes.

A. Las Objeciones Preliminares requieren, indebidamente, un prejuzgamiento sobre aspectos del fondo de la disputa

22. En lo que respecta al alcance de las Objeciones Preliminares, el Artículo 12.23.5 del Tratado establece:

El Tribunal deberá decidir antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad. Asimismo, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar sobre cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 12.29.9

- 23. En el presente caso, solamente entraría a tallar la primera oración de este artículo, referente a objeciones sobre competencia o admisibilidad. En efecto, la Demandada indica que "ha presentado objeciones jurisdiccionales y a la admisibilidad de los reclamos" de las Demandantes;¹¹¹ cada una de sus objeciones contiene la frase "carece de *jurisdicción*" o "el Tribunal debe *inadmitir* los reclamos";¹¹¹ e incluso expresa directamente que "no solicita... que el Tribunal determine que 'como cuestión de derecho la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el Demandante".¹²
- 24. Sin embargo, la Demandada plantea tres Objeciones en el sentido de que "el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir

⁹ Tratado (**C-1**), Artículo 12.23.5 (énfasis añadido).

¹⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 10.

¹¹ Ver idem, Tabla de Contenido (énfasis añadido).

¹² *Ídem*, nota 19.

una violación del Tratado" (*i.e.*, objeciones sobre supuestos reclamos contractuales, invocación de cláusulas paraguas, y reclamos contra medidas judiciales distintos a la denegación de justicia). Por las razones que se explican más abajo, ¹³ la calificación que otorga la Demandada a estas tres objeciones como supuestas objeciones jurisdiccionales es, como mínimo, cuestionable, ya que caerían bajo la segunda oración del Artículo 12.23.5, relativo a objeciones "en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante". Como se verá, este tipo de objeciones conlleva un estándar sumamente estricto, que la Demandada parece querer evitar.

- 25. En cualquier caso, aun cuando solo hubiese en este caso objeciones jurisdiccionales o de admisibilidad, por definición no podría pronunciarse sobre aspectos disputados relativos al fondo de la controversia. Dicho de otra manera, si alguna de las Objeciones Preliminares de Guatemala requiriese que el Tribunal resuelva algún aspecto fáctico o jurídico relativo al fondo del asunto, dicha Objeción debe ser desestimada. Guatemala parece estar de acuerdo con este principio, al declarar explícitamente que "no disputa que, en esta etapa del procedimiento, no corresponde al Tribunal realizar un análisis sobre el fondo de la controversia...". Guatemala añade que no "está pidiendo" un análisis sobre el fondo de la controversia, e incluso que "ha presentado objeciones jurisdiccionales y a la admisibilidad de los reclamos, y no, como pretende las Demandantes, una 'motion to dismiss'". 16
- 26. Sin embargo, por las razones que se explican en más detalle a lo largo de este escrito, respecto de cada una de sus Objeciones Preliminares, Guatemala pide al Tribunal que, en efecto, prejuzgue sobre aspectos del fondo del caso. Concretamente, las objeciones tal cual fueron formuladas por Guatemala están intrínsecamente atadas a un análisis de fondo, por lo que no constituyen verdaderas objeciones de jurisdicción o admisibilidad, sino invitaciones a resolver anticipadamente diversos aspectos del fondo de la disputa, como se resume a continuación:
 - Objeción de prescripción: Esta objeción requiere que el Tribunal analice distintas conductas estatales y sus fechas relevantes, acerca de las cuales las Partes están en desacuerdo. Por ejemplo, con respecto a la omisión del MEM de realizar consultas indígenas en dos localidades, Guatemala sostiene que el plazo de prescripción debe empezar a contarse el mismo día en que se inició el periodo para que el MEM empiece a realizar dichas consultas.¹⁷ Por su parte, las Demandantes han explicado que durante ese

¹³ Ver infra § III.B ("Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado").

¹⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 11 (énfasis añadido).

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem ¶ 10.

¹⁷ Ver infra § III.A ("PRESCRIPCIÓN: Guatemala parte de una tergiversación de los hechos y reclamos de las Demandantes").

periodo, el Estado aseguraba a TRECSA que realizaría dichas consultas y, además, estaban pendientes diversos recursos del propio Estado contra la resolución en cuestión, por lo que la violación del Tratado se cristalizó más adelante, cuando el Estado finalmente indicó que no realizaría las consultas y las obras en cuestión debieron eliminarse del alcance del Proyecto.¹⁸ Asimismo, las Demandantes han demostrado que la conducta del MEM se volvió también discriminatoria cuando sí realizó consultas en beneficio de proyectos de otros inversionistas nacionales y extranjeros, lo cual ocurrió dentro del plazo de prescripción. La Demandada no ha refutados estos aspectos fácticos. En todo caso, dejando de lado lo infundado de la posición de la Demandada, decidir entre las posiciones de las dos Partes sobre este tema requeriría un análisis fáctico detallado, con apoyo de documentos, testimonios e incluso pericias sobre derecho administrativo guatemalteco, a fin de establecer el momento relevante de violación del Tratado. De manera similar, como parte de esta Objeción, Guatemala cuestiona que los montos reclamados en este arbitraje vinculados a la pérdida del valor de la inversión de las Demandantes fueron provocados por actos anteriores al inicio del plazo de prescripción.¹⁹ Este argumento atañe a cuestiones relacionadas con la causalidad y segregación del quantum de los daños, que pertenecen la fase de méritos y no pueden determinarse en esta etapa preliminar. Cabe revisar, en este sentido, la decisión sobre jurisdicción en Kardassopoulos c. Georgia.²⁰ Allí, el tribunal decidió, entre otras cosas, sobre una objeción jurisdiccional ratione temporis, basada en que los hechos supuestamente relevantes a uno de los reclamos habían ocurrido antes de la entrada en vigor del tratado respectivo, mientras que el demandante alegaba que los hechos principales habían ocurrido después de esa fecha.21 El tribunal determinó: "In the Tribunal's view, Respondent's objection to the Tribunal's jurisdiction ratione temporis under the BIT is clearly not ripe for decision. The Tribunal cannot determine whether the alleged BIT breaches occurred before or after [the date of entry into force of the treaty] without having considered the testimony and other evidence that can only be obtained through a full hearing of the case. A thorough examination of the events which may have led to the expropriation of Claimant's investment in Georgia is necessary to determine whether Article 4 of the BIT was breached and, if so, when it was breached. This must be left to the merits stage of the proceeding when a full evidentiary hearing will take place".²²

■ Objeción sobre supuestos reclamos contractuales: Esta objeción requiere que el Tribunal analice las diferentes medidas del MEM a la luz de los documentos, testimonios y pericias, para determinar si constituyen o no conductas que trascienden las de cualquier contraparte contractual (pública o privada). Este es un punto fáctico sobre el que las partes están en desacuerdo. Por ejemplo, una de las medidas en cuestión en esta Objeción Preliminar es una resolución administrativa del MEM en la que éste ordenó a TRECSA firmar la Tercera Modificación del Contrato con cambios unilateralmente impuestos por el MEM, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, se tendría "por improbada la minuta y por ende no se podr[í]a acceder al otorgamiento de… la

 $^{^{18}}$ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ver Ioannis Kardassopoulos c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 (CL-273).

²¹ Ídem ¶¶ 87, 92-95, 256.

²² Ídem ¶ 257 (énfasis añadido).

Modificación del Programa de Ejecución de Obras y el Plazo Contractual solicitado". 23 Guatemala ahora sostiene que "las Demandantes no han citado una sola fuente jurídica que indique que el uso del término 'apercibir'... implique necesariamente 'el ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana".24 Añade que "el verbo 'apercibir' simplemente significa '[h]acer saber a la persona... requerida, las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyas".²⁵ Nuevamente, independientemente de lo infundado del argumento de la Demandada, ésta plantea una disyuntiva netamente de fondo. Primero, y como se trata más abajo, no es verdad que las Demandantes tengan la carga de demostrar el sentido del término "apercibimiento" como para superar una objeción jurisdiccional. Segundo, y en todo caso, el hecho de que exista, precisamente, una disputa sobre las implicancias y contexto de este término, demuestra que la Demandada está pidiendo una decisión de fondo sobre este punto. Para poder determinar el sentido y contenido del apercibimiento realizado por el MEM, el Tribunal deberá analizar el documento en cuestión a la luz de otros documentos. testimonios, pericias en derecho guatemalteco, etc., en efecto prejuzgando sobre un tema que va directo al fondo del caso. Es ilustrativo, en este sentido, el laudo del caso Convial c. Perú.26 Allí, ante una objeción jurisdiccional del Estado demandado de que una terminación contractual no podía constituir una violación del Tratado, el tribunal determinó lo siguiente:

[L]as Demandantes no se limitaron a una mera invocación del Tratado para dar un ropaje internacional a reclamos puramente contractuales. Como base fáctica de sus pretensiones, las Demandantes invocan varios hechos que atribuyen al Perú y que, si bien en su mayoría se relacionan con el Contrato, podrían constituir al mismo tiempo violaciones del Tratado. Las Demandantes sostienen en particular, entre otras, que la terminación del Contrato es un acto de estado que conlleva responsabilidad internacional de la Demandada. Esto es confirmado, inter alia, por el hecho de que en sus pretensiones, las Demandantes piden la indemnización de daños sufridos por supuestas violaciones del Tratado y no por alegados incumplimientos del Contrato. En efecto, sin pretender en este momento resolver el fondo de las pretensiones de las Demandantes, el Tribunal considera que las alegadas violaciones del Tratado no se limitan a ser artificialmente enunciadas, sino que las Demandantes pretenden fundamentarlas con pruebas fácticas y argumentos jurídicos de derecho internacional.... La apreciación jurídica que el Tribunal dará a tales pretensiones, pruebas y argumentos jurídicos, es una cuestión que debe ser determinada al momento de decidir si el Perú ha incurrido o no en las alegadas violaciones del Tratado.27

⁻

²³ Ver infra § b ("En todo caso, Guatemala no demuestra que las medidas en cuestión sean actos "puramente contractuales"). Ver también Memorial de Demanda del 24 de febrero de 2023 ("Memorial de Demanda") ¶ 225 (citando a la Resolución No. 3549 del MEM del 11 de octubre de 2017 (C-143)).

²⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 94.

²⁵ Ídem ¶ 94.

²⁶ Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013 ("Convial c. Perú (Laudo Final)") (CL-143).

 $^{^{27}}$ Ídem ¶¶ 449-450 (énfasis añadido).

- Objeción sobre cláusulas paraguas: El Tribunal no necesita en este momento efectuar un pronunciamiento transcendental sobre la importación de cláusulas paraguas, porque podría ser que el Tribunal en su laudo no necesite siquiera llegar a este punto, si determina que la Demandada ha incumplido otros estándares dentro del Tratado del Triángulo Norte. La Demandada está pidiendo un pronunciamiento meramente académico en esta etapa, basado en una premisa prematura, y que no conllevará un ahorro material de tiempo o recursos en el procedimiento arbitral. En cualquier caso, como se explica en este escrito, las Demandantes han establecido un caso *prima facie* que justifica la incorporación de cláusulas paraguas de otros tratados.²⁸ El alcance de aplicación de tales cláusulas, si eventualmente corresponde aplicarlas, corresponde a la fase de fondo.
- Objeción sobre denegación de justicia: Al igual que en el caso de la Objeción anterior, el Tribunal no necesita en este momento efectuar un pronunciamiento trascendental sobre la posibilidad de plantear reclamos distintos a la denegación de justicia en contra de medidas judiciales, ya que las Demandantes han planteado un reclamo de denegación de justicia. Si el Tribunal hace lugar a este reclamo, la cuestión de la violación de otros estándares posiblemente sería meramente académica. En cualquier caso, la aplicación de estos estándares distintos a la denegación de justicia requiere justipreciar la conducta judicial del Estado, lo cual es un tema eminentemente de fondo. Como sostuvo el tribunal en IC Power c. Guatemala:

Claimant's claims concerning judicial action cannot be dismissed as a matter of principle for failure to state a denial of justice claim. The Tribunal is required to assess whether such judicial action may engage the liability of the State under the Treaty standards that were actually relied upon by the Claimant – <u>a quintessential merits question</u>.²⁹

Además, la Demandada "no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (*i.e.*, los estándares de TJE y expropiación)", pero afirman que, "para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad".³⁰ Dado que las Demandantes sí plantean un reclamo de denegación de justicia, no corresponde, bajo el argumento de la misma Demandada, desestimar en este momento, y preventivamente, los reclamos bajo otros estándares.

■ Objeción sobre cláusula de elección de vía: Sea cual sea la interpretación que el Tribunal le otorgue a la cláusula de elección de vía del Tratado (i.e., como limitada a reclamos que invocan el Tratado, como sostienen las Demandantes; o como extendida a reclamos domésticos, como sostiene la Demandada) o, en todo caso, el estándar aplicable para activar la cláusula (test de la triple identidad, como sostienen las Demandantes; o test de la base fundamental, como sostiene la Demandada), la aplicación de ese test al caso concreto requerirá que el Tribunal analice en detalle los diversos expedientes de los procesos domésticos respecto de los cuales Guatemala alega que las Demandantes

²⁸ Ver infra § III.B.2.a ("La Cláusula de NMF permite aplicar cláusulas paraguas de otros tratados").

²⁹ IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020, (RL-39) ¶ 451 (énfasis añadido).

³⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 206.

escogieron la vía local, para determinar si hay un supuesto traslape de procesos bajo el *test* aplicable. En cualquier caso, y como se explica más abajo, no existe dicho traslape, sino que se trata de procesos completamente distintos.³¹

- Objeción sobre agotamiento de recursos administrativos: Sin perjuicio de que, como las Demandantes han explicado, la legislación guatemalteca no exige el agotamiento de la vía administrativa, en el caso improbable que el Tribunal determine que dicho requisito sí existe, las Demandantes han demostrado que dichos recursos habrían sido fútiles, aspecto fáctico que está en disputa en este procedimiento, y que, en todo caso, el Tribunal no necesita resolver en este momento.
- 27. Como puede verse, la Demandada denomina a sus objeciones como "jurisdiccionales y a la admisibilidad de los reclamos",³² pero en verdad esto no se trata más que de *etiquetas*, porque en realidad plantea pedidos de juicio sumario sobre temas de fondo que no pueden ser resueltos en esta etapa, o temas que no necesitan ser resueltos en esta etapa y no "reducirían significativamente el alcance de la controversia entre las Partes" como afirma la Demandada.³³ En palabras de Guatemala: "el Tribunal no podría juzgar sobre el fondo de la controversia porque, como las Demandantes reconocen, 'la propia Demandada ni siquiera ha presentado su caso sobre el fondo".³⁴
- 28. En su Réplica sobre Objeciones Jurisdiccionales, Guatemala sostiene que "la interpretación del artículo 12.23.5 [del Tratado, sobre objeciones preliminares] propuesta por las Demandantes es incorrecta".³⁵ Específicamente, Guatemala alega que "las Demandantes pretenden": (i) "limitar artificialmente las facultades del Tribunal bajo el Artículo 12.23.5 del Tratado, que le impone la obligación de 'decidir, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares tales como objeciones sobre competencia o admisibilidad"; (ii) "ampliar inaceptablemente el alcance de la jurisdicción del Tribunal bajo el Tratado"; y (iii) "fabricar una apariencia de excesiva complejidad de su caso…".³⁶ Cada uno de estos puntos está errado:
 - En primer lugar, en cuanto al texto del Tratado, el Artículo 12.23.5 requiere que el Tribunal decida "antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, las objeciones preliminares",³⁷ pero no establece la forma que puede tomar esa decisión. El Tribunal puede perfectamente rechazar las objeciones precisamente por no enmarcarse en el tipo de determinaciones que corresponden a una fase de objeciones preliminares, e.g., por requerir un pronunciamiento prematuro o prejuzgamiento sobre el fondo del asunto. El

³¹ Ver infra § III.C ("ELECCIÓN DE VÍA: Las Demandantes no han activado la cláusula de elección de vía bajo el Tratado").

³² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 10.

³³ Ídem ¶ 3.

³⁴ Ídem ¶ 11.

 $^{^{35}}$ Ídem ¶ 6.

 $^{^{36}}$ Ídem ¶ 5.

³⁷ Tratado (C-1), Artículo 12.23.5 (énfasis añadido).

Tribunal también podría deferir una decisión hasta el laudo, si la decisión requiriese adentrarse en tales temas de fondo.³⁸ Asimismo, el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI otorgan de manera expresa esta misma potestad al Tribunal.³⁹

- *En segundo lugar*, las Demandantes no pretenden "ampliar inaceptablemente el alcance de la jurisdicción del Tribunal", sino que objetan el esfuerzo de la Demandada de forzar como pseudo-cuestiones preliminares, decisiones que atañen al fondo del caso.
- En tercer lugar, las Demandantes tampoco pretenden "fabricar una apariencia de excesiva complejidad" de esta disputa, sino que objetan el esfuerzo de la Demandada por presentar una visión simplista del caso de las Demandantes, desprovista de la magnitud y volumen de evidencia y Medidas del Estado que comprometen la responsabilidad del Estado. En palabras del tribunal en Convial c. Perú, "las alegadas violaciones del Tratado no se limitan a ser artificialmente enunciadas, sino que las Demandantes pretenden fundamentarlas con pruebas fácticas y argumentos jurídicos de derecho internacional...".40
- 29. En efecto, el estándar de revisión previsto por el Articulo 12.23.5 del Tratado está razonable y naturalmente limitado a aquellas objeciones que, con base en su naturaleza y características, pueden ser efectivamente resueltas en esta fase preliminar. En tal sentido, es notable que el propio Artículo 12.23.5(a) del Tratado establece plazos específicos para la presentación de objeciones preliminares, indicando que estas deben plantearse "tan pronto como sea posible después de la constitución del Tribunal", 41 y "en ningún caso más tarde de la fecha que el Tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda". 42 Esto implica que, necesariamente, al momento en

³⁸ Ioannis Kardassopoulos c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 (CL-273) ¶ 260 ("It is well settled that whenever a jurisdictional issue is closely related to the facts to be examined at the merits phase of the case, it can be joined to the merits"); Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates c. la República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/18/3, Decisión sobre las Objeciones Preliminares, 13 de marzo de 2020 (RL-52) ¶ 227 (remitiendo a la fase de fondo una determinación en definitiva sobre prescripción, señalando: "Discussion of legal principles is best done against the backdrop of a developed evidentiary record, and nothing in DR-CAFTA requires the Tribunal to decide at the preliminary objections stage a particular jurisdictional objection that is intensely fact-dependent, prior to the submission of evidence regarding the relevant facts" (énfasis añadido)). Esta decisión es particularmente relevante en este punto, ya que, como reconoce la Demandada, el DR-CAFTA contiene "una disposición similar a la que nos ocupa", i.e., el Artículo 10.20.4 de dicho tratado. Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 8; DR-CAFTA (Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana) del 5 de agosto de 2004 (CL-133), Art. 10.20.4.

³⁹ Ver Convenio CIADI, Artículo 41(2) ("Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, <u>el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión</u>" (énfasis añadido)); Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 41(4) ("El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción interpuesta conforme al párrafo (1) serán orales. <u>Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia</u>. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales" (énfasis añadido)). Ver también Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assesment and Control, BIVAC B.V. c. República de Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009 (RL-29) ¶ 52 (citando el Artículo 41(2) del Convenio CIADI y señalando que: "De esa disposición se desprende claramente que el Tribunal puede optar por pronunciarse sobre cualquier cuestión de jurisdicción o admisibilidad como 'cuestión preliminar' o como cuestión acumulada al fondo de la diferencia").

⁴⁰ Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶ 450.

⁴¹ Tratado (**C-1**), Artículo 12.23.5(a).

⁴² Ídem.

que un tribunal debe decidir sobre objeciones preliminares, numerosos plazos del arbitraje – incluyendo, como en este caso, el Memorial de Contestación de la Demandada – no han acontecido. Por lo tanto, los procedimientos "preliminares" o "expeditos" como aquel previsto Artículo 12.23.5 del Tratado atañen a objeciones que pueden y deben ser resueltas sin necesidad de un examen sobre el fondo. En palabras del tribunal en *Pac Rim c. El Salvador*, en su decisión sobre objeciones preliminares:

The procedure under CAFTA Article 10.20.4 is clearly intended to avoid the time and cost of a trial and not to replicate it. To that end, there can be no evidence from the respondent contradicting the assumed facts alleged in the notice of arbitration; and it should not ordinarily be necessary to address at length complex issues of law, still less legal issues dependent on complex questions of fact or mixed questions of law and fact.⁴³

30. En suma: hay una diferencia muy grande entre: (i) lo que Guatemala *dice* que solicita al Tribunal – *i.e.*, "que, absteniéndose de juzgar si las Partes han actuado bien o mal, el Tribunal declare que no tiene competencia para hacer tal determinación respecto de una parte importante de la 'conducta municipal', la 'conducta judicial', y la 'conducta administrativa' del Estado reprochada por las Demandantes', "que, absteniéndose de Guatemala *suponen* que el Tribunal haga, en efecto, para poderlas determinar (eso es, analizar el fondo del caso).

B. Las Objeciones Preliminares se basan en un tratamiento indebido de los hechos planteados por las Demandantes

31. En lo que respecta al tratamiento que debe darse a los hechos presentados por las Demandantes, el Tratado prohíbe expresamente cuestionar la veracidad de los hechos planteados por las Demandantes con relación a sus reclamaciones en el contexto de objeciones preliminares, en los siguientes términos:

Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el Tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la solicitud de arbitraje (o cualquier modificación de ésta) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. El Tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa.⁴⁵

⁴³ Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, 2 de agosto de 2010 ("Pac Rim c. El Salvador (Decisión sobre Objeciones Preliminares)") (CL-132) ¶ 112.

⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 12.

⁴⁵ Tratado (**C-1**), Artículo 12.23.5(c).

- 32. En tal sentido, la Demandada reconoce que "los casos que las Demandantes han citado en sustento de su posición confirman que la única limitación del Tribunal, al decidir sobre las Objeciones, es que debe asumir como ciertos los hechos alegados en las Solicitudes de Arbitraje". Sin embargo, invoca dos excepciones a esta presunción: (i) que "la presunción mencionada no se aplica a los hechos alegados por el demandante en el trámite de las objeciones preliminares"; y (ii) que dicha presunción "no se aplica a alegaciones jurídicas que el Tribunal deba analizar a efectos de decidir sobre su competencia". 48
- 33. La primera de estas excepciones es irrelevante al caso que nos ocupa. La Demandada cita el caso de *Pac Rim c. El Salvador*, pero lo que el tribunal indicó en ese caso es que no aplicaría la citada presunción de veracidad a las alegaciones fácticas contenidas en los escritos de la demandante sobre objeciones preliminares, y sus alegatos en la audiencia sobre dichas objeciones,⁴⁹ teniendo en cuenta que, en el caso de *Pac Rim*, las objeciones preliminares habían sido presentadas antes de los memoriales sobre el fondo.⁵⁰ En cualquier caso, la Demandada no indica la relevancia de esta supuesta excepción respecto de la decisión del Tribunal sobre Objeciones Preliminares.
- 34. Con respecto a la segunda excepción, la Demandada revela el "caballo de Troya" que pretende introducir con este argumento, al aseverar que, "[p]or cuestiones jurídicas debe entenderse aquellas exclusivamente de derecho internacional, <u>y también las de derecho doméstico en casos en los que el derecho internacional refiere al derecho doméstico</u>, por ejemplo, porque la existencia de la obligación bajo el derecho internacional debe determinarse de conformidad con el estado de cosas creado por el derecho interno".⁵¹ En apoyo de esta afirmación, la Demandada cita únicamente una opinión separada en el caso de *Barcelona Traction*, y los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.⁵² Ambas fuentes se refieren a temas completamente distintos al que nos ocupa, y no se refieren al estándar de veracidad de hechos en el contexto de objeciones preliminares:
 - En su opinión separad en el caso de Barcelona Traction, el Juez Gaetano Morelli se estaba pronunciando acerca del alcance de ciertos derechos de privados al amparo del derecho internacional, y explicó que dicho alcance puede depender de los derechos que otorgue la legislación local. En palabras del Juez Morelli: "Both the obligation to afford

⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 7.

⁴⁷ Ídem ¶ 8.

⁴⁸ Ídem ¶ 9.

⁴⁹ Pac Rim c. El Salvador (Decisión sobre Objeciones Preliminares) (CL-132) ¶ 90.

⁵⁰ Ver ídem ¶¶ 32-51 (describiendo la historia procesal que precedió a la Decisión sobre Objeciones Preliminares del Tribunal).

⁵¹ Réplica sobre Objectiones Preliminares, nota 11 (énfasis añadido).

⁵² Ídem.

rights judicial protection and the obligation to respect them apply, then, to rights as conferred by the municipal legal order. This provides an indirect way of determining what interests the international rule is intended to protect, given that this rule only protects the interests of foreign individuals or foreign collective entities if those interests already enjoy a certain degree of protection within the municipal legal system". Estas consideraciones se refieren a normas de derecho internacional que remiten, en cuanto a su alcance, a aspectos de derecho nacional. Pero esto no significa que el Juez Morelli sostuvo la posición de que esos aspectos de derecho nacional dejan de ser fácticos a los ojos del derecho internacional. Por el contrario, el Juez Morelli en la misma opinión señaló que "in the eyes of an international tribunal, questions of municipal law are also questions of fact", ye en otro apartado tumbó directamente el argumento de la Demandada de que la remisión a normas nacionales haría que éstas dejen de ser cuestiones fácticas:

Quite another principle underlay the Permanent Court's statement to the effect that municipal laws were simply facts from the standpoint of international law.... This was a reference not to any supposed principle of the supremacy of international law <u>but rather to the exclusive character of the international legal order</u>, as of any non-derivative legal <u>system</u>. But this principle does not by any means rule out the possibility that a rule of international law may refer to municipal law in some way or another: for example, <u>for the very purpose of rendering an obligation laid upon a State subject to a certain point of fact within the province of that State's municipal law</u>. Very clear illustrations of that possibility are to be found in treaties dealing with extradition or with the recognition of foreign judgments.⁵⁵

Los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado hacen referencia al mismo principio citado por el Juez Morelli, acerca de la remisión de ciertas normas internacionales al derecho local, y establecen, entre sus comentarios, que estas normas hacen que el "compliance with internal law" sea "relevant to the question of international responsibility". Fero esto tampoco altera el carácter del derecho local frente al derecho internacional. En particular, la Demandada no cita la última oración del comentario de la CDI al que alude, el cual establece: "In every case it will be seen on analysis that either the provisions of internal law are relevant as facts in applying the applicable international standard, or else that they are actually incorporated in some form, conditionally or unconditionally, into that standard". Demandada no indica qué aspectos de derecho guatemalteco considera que están incorporados a un estándar del Tratado, y por tanto estén supuestamente exentos de la presunción de veracidad establecida en el Tratado.

⁵³ Ver Corte International de Justicia (CIJ), Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), Opinión Separada del Juez Gaetano Morelli, 5 de febrero de 1970 (CL-276), pág. 234 (énfasis añadido).

⁵⁴ Ver idem, pág. 230 (énfasis añadido).

⁵⁵ Ver idem, pág. 235 (énfasis añadido).

⁵⁶ Comisión de Derecho Internacional, "Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios" (2001) (**RL-51**), Art. 3, Comentario 7.

⁵⁷ Ídem (énfasis añadido).

- 35. En todo caso, la Demandada no aborda en su escrito las diversas fuentes legales que citaron las Demandantes en apoyo de la postura de que los temas de derecho guatemalteco son cuestiones fácticas para los fines del presente caso.⁵⁸
- 36. Guatemala agrega que el "análisis jurídico no puede interrumpirse prematuramente porque, simplemente, la respuesta a la cuestión jurídica correspondiente no sea obvia".⁵⁹ Como ya se explicó, ciertas cuestiones que incluso podrían parecer jurídicas pueden llegar a requerir el tipo de análisis que es propio de una fase de fondo, con un expediente completo. Como indicó el tribunal en *Hamester c. Ghana*, refiriéndose al concepto jurídico de atribución en el contexto de una objeción jurisdiccional, "in many instances, questions of attribution and questions of legality are closely intermingled, and it is then difficult to deal with the question of attribution without a full enquiry into the merits…".⁶⁰
- 37. Además, y como se verá a lo largo de este escrito, Guatemala repetidamente busca transferir a las Demandantes su carga de la prueba, sugiriendo que, para superar las Objeciones Preliminares, las Demandantes debían haber demostrado los elementos de su caso de fondo, en vez de que sea Guatemala la que deba demostrar por qué las Demandantes no establecieron un caso *prima facie*. Por ejemplo, ya se mencionó que, en el contexto de su objeción relativa a supuestos reclamos contractuales, Guatemala afirma que "las Demandantes no han citado una sola fuente jurídica que indique que el uso del término 'apercibir'... implique necesariamente el 'ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana".⁶¹ Es Guatemala la que, en esta fase, debe demostrar que un apercibimiento *no* refleja el ejercicio de facultades soberanas. Sin embargo, lo único que cita la Demandada es la definición coloquial de la palabra "apercibir" según el diccionario de la RAE.⁶² De manera similar, la Demandada afirma que "la gran mayoría de los reclamos de las Demandantes en contra del MEM se refieren a conductas que podría haber adoptado cualquier parte contractual. Las Demandantes <u>no han podido probar lo contrario (ni siquiera bajo un estándar *prima facie*".⁶³ Este planteamiento, así como muchos otros que</u>

⁵⁸ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 31 y nota 28.

⁵⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 9.

⁶⁰ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ("Gustav Hamester c. Ghana (Laudo)") (CL-274) ¶ 143. Ver también Pac Rim c. El Salvador (Decisión sobre Objeciones Preliminares) (CL-132) ¶ 246 (notando que la objeción preliminar bajo análisis "raises questions as to the interpretation and application of the [Salvadorean] Mining Law (whether treated as fact or law) which are either to be assumed to be true for present purposes or which cannot at present be decided finally in favour of the Respondent", and "raises questions of fact or mixed law and fact which cannot at present be decided finally in favour of the Respondent").

⁶¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 94.

⁶² *Ídem* ¶ 94 v nota 122.

⁶³ Ídem ¶ 86 (énfasis añadido).

efectúa la Demandada,⁶⁴ es incorrecto, ya que es la Demandada la que debe probar la premisa de su primera oración, en esta fase.

- 38. En realidad, y conforme con los principios probatorios ampliamente reconocidos en el derecho internacional, es la Demandada la que tiene la carga de probar sus objeciones a la jurisdicción del Tribunal en esta etapa preliminar (que ella misma decidió iniciar).⁶⁵ En otras palabras, es el Estado el que debe aportar la evidencia suficiente para demostrar que los reclamos de las Demandantes son "puramente contractuales" y que no involucran el ejercicio de poderes soberanos.⁶⁶ Por tanto, para probar sus Objeciones Preliminares, no es suficiente que la Demandada simplemente repita una y otra vez, a lo largo de esta fase preliminar, la calificación que ella quiere otorgarle a los reclamos de las Demandantes.
- 39. Por último, la sugerencia de Guatemala de que el Tribunal "será el primero en interpretar" el Artículo 12.23.5 del Tratado y, por lo tanto, "debe ser cuidadoso" en "no adoptar una interpretación que, en la práctica, impediría a cualquier tribunal hacer un análisis serio para determinar su propia competencia bajo el Tratado" es inaceptable. Dejando de lado que la Demandada, páginas más adelante, aduce que "[e]n el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes" (para deslindarse de fallos que no le convienen), las Demandantes coinciden en destacar que este Tribunal será el primero al que le toque pronunciarse no solo sobre la mencionada disposición del Tratado, sino sobre muchas otras, pues este es el primer arbitraje al amparo del Tratado del Triángulo Norte. Esto realza la importancia de no instalar, de entrada, cortapisas artificiales al acceso de los inversionistas a las protecciones del Tratado. 69

⁶⁴ Ver, por ejemplo, idem ¶ 73 ("el inversionista debe demostrar (y no simplemente alegar) que las medidas del Estado que le causaron el supuesto perjuicio 'appear to derive from the exercise of its sovereign power'. En otras palabras, que el origen y la naturaleza de las medidas impugnadas 'are totally foreign to the contract'.... <u>Las Demandantes no han cumplido (y no podrían cumplir) con su carga de la prueba</u>" (énfasis añadido)).

⁶⁵ The Rompetrol Group N.V. c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo del 6 de mayo de 2013 ("Rompetrol c. Rumania (Laudo)") (RL-6) ¶ 179; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas II, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre 2014 ("Fraport c. Filipinas II (Laudo)") (CL-236) ¶ 299 ("Regarding burden of proof, in accordance with the well-established rule of onus probandi incumbit actori, the burden of proof rests upon the party that is asserting affirmatively a claim or defense. Thus, with respect to its objections to jurisdiction, Respondent bears the burden of proving the validity of such objections" (énfasis añadido)); Bernhard von Pezold y otros c. República de Zimbabue, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015 ("Bernhard c. Zimbabue (Laudo)") (CL-66) ¶¶ 174, 176. Ver también Bacilio Amorrortu c. República del Perú I, Caso PCA No. 2020-11, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022 ("Bacilio c. Perú (Laudo Parcial sobre Jurisdicción)") (CL-237) ¶ 165.

⁶⁶ Ver Bernhard c. Zimbabue (Laudo) (CL-66) ¶ 176 ("The Tribunal therefore considers that... the general principle applies to require the Respondent to produce sufficient evidence to establish its objections to jurisdiction").

⁶⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 6.

⁶⁸ Ídem ¶ 159.

⁶⁹ Nissan Motor Co., Ltd. c. La República de India, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 ("Nissan c. India (Decisión sobe Jurisdicción)") (CL-157) ¶¶ 216-217 ("States are also free to mutually amend prior treaties, if they conclude that the text to which they had agreed − as interpreted through a VCLT analysis − is proving ill-suited to their

40. En suma, la fase de objeciones preliminares no está diseñada para determinar cuestiones de fondo, y las Objeciones Preliminares del Estado se basan inapropiadamente en hechos controvertidos o no aceptan como verdaderos los hechos alegados por las Demandantes, haciendo que sus objeciones sean inadecuadas para una decisión preliminar.

III. La Réplica no aporta argumentos nuevos y confirma que las Objeciones son infundadas

A. PRESCRIPCIÓN: Guatemala parte de una tergiversación de los hechos y reclamos de las Demandantes

41. La posición de Guatemala en la Réplica sobre Objeciones Preliminares no hace más que confirmar la improcedencia de su Objeción sobre prescripción. Los argumentos del Estado caen en juegos semánticos y tergiversan los hechos y reclamos planteados por las Demandantes, para pasar por alto las fuentes legales relevantes, revelando así que su verdadero objetivo no es plantear una objeción jurisdiccional fundada, sino intentar restringir injustificadamente y por cualquier medio los derechos de las Demandantes bajo el Tratado.

1. Guatemala pretende reducir unilateralmente el periodo de prescripción establecido en el Tratado

42. En su Contestación a las Objeciones Preliminares, las Demandantes explicaron que no está en disputa que el "dies a quo" (fecha en que comienza el plazo de prescripción) corresponde a la fecha en que el inversionista "tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación" "así como de las pérdidas o daños sufridos",⁷⁰ y por tanto activa el plazo en que el inversionista debe presentar su reclamación a arbitraje, mientras que el "dies ad quem" (fecha en que termina el plazo de prescripción) corresponde al último día en que la Secretaría del CIADI puede recibir oportunamente la solicitud de arbitraje respectiva.⁷¹ Asimismo, las Demandantes explicaron que, específicamente bajo el Artículo 12.22.1 del Tratado, la regla de prescripción consiste en que "[e]l inversionista no podrá

common objectives."). Ver también Strabag SE c. Estado de Libia, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/1, Laudo, 29 de junio de 2020 ("Strabag c. Libia (Laudo)") (CL-235) ¶ 163 ("policy-based arguments do not fit into the VCLT's rubric of treaty interpretation", ya que "policy issues" son para "treaty-makers to consider in selecting the words of their treaty; they cannot later be imported to limit the meaning of the chosen words").

⁷⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 37. Ver también Tratado (C-1), Artículo 12.22.1.

⁷¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 37. *Ver también* Tratado (C-1), Artículo 12.30.

presentar una reclamación si han transcurrido más de tres (3) años a partir" del *dies a quo*.⁷² Estos conceptos y el texto del Tratado no están en disputa.⁷³

- 43. En este caso, como es de conocimiento del Tribunal, las Demandantes presentaron ante la Secretaría del CIADI la primera solicitud de arbitraje el 9 de octubre de 2020 ("Primera Solicitud de Arbitraje"), y la segunda solicitud de arbitraje el 12 de octubre de 2021 ("Segunda Solicitud de Arbitraje"). Como el Tribunal también sabe, ambas Solicitudes de Arbitraje han sido acumuladas en el presente procedimiento. Por tanto, de conformidad con la regla establecida en el Tratado, la Primera Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 9 de octubre de 2017 (dies a quo) y el 9 de octubre de 2020 (dies ad quem), mientras que la Segunda Solicitud de Arbitraje cubre los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tuvieron o debieron tener conocimiento entre el 12 de octubre de 2018 (dies a quo) y el 12 de octubre de 2021 (dies ad quem). Así de simple.
- 44. Sin embargo, aunque Guatemala reconoce que la "fecha crítica" de las reclamaciones presentadas en la Primera Solicitud de Arbitraje es el 9 de octubre de 2017 (sin decir nada sobre el *dies ad quem*),⁷⁶ en el párrafo inmediato posterior, sugiere que la Primera Solicitud de Arbitraje solo cubriría los reclamos por violaciones respecto de las cuales las Demandantes tomaron o debieron tomar conocimiento entre el 9 de octubre de 2017 y el 19 de octubre de 2017,⁷⁷ es decir, por un periodo de 10 días. Lo que es peor, Guatemala intenta anclar esta absurda conclusión en un extracto descontextualizado de la Segunda Solicitud de Arbitraje (la cual fue presentada más de un año después), de la siguiente manera:

La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje Nº 2 es el 12 de octubre de 2018 (la "Fecha Crítica Nº 2"). Dado que, en dicha solicitud de arbitraje, las Demandantes, en sus propias palabras, 'reclaman a Guatemala las medidas posteriores al 19 de octubre de 2017', éstas no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de (i) la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos entre el 20 de octubre de 2017 y el 11 de octubre de 2018.⁷⁸

⁷² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 37. Ver también Tratado (C-1), Artículo 12.22.1.

⁷³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 26-29.

⁷⁴ Primera Solicitud de Arbitraje de GEB y TRECSA del 9 de octubre de 2020 ("**Primera Solicitud de Arbitraje**").

⁷⁵ Segunda Solicitud de Arbitraje de GEB y TRECSA del 12 de octubre de 2021 ("Segunda Solicitud de Arbitraje").

⁷⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 30(a) ("La fecha crítica para las reclamaciones presentadas en la Solicitud de Arbitraje N° 1 es el 9 de octubre de 2017 (la "**Fecha Crítica N° 1").** Por lo tanto, las Demandantes no pueden presentar reclamaciones respecto de las cuales tuvieron o debieron tener conocimiento de la violación alegada y (ii) los daños o pérdidas sufridos **antes del 9 de octubre de 2017**" (énfasis en el original)).

⁷⁷ *Ídem* ¶ 30(b) (énfasis en el original).

⁷⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 30(b) (énfasis en el original).

- 45. <u>Primero</u>, no es la primera vez que la Demandada pretende modificar el texto del Tratado para limitar la jurisdicción del Tribunal Arbitral injustificadamente.⁷⁹ En efecto, la posición de Guatemala implica la reducción unilateral del periodo de prescripción establecido en el Tratado de tres años a 10 días, lo cual es inaceptable bajo el derecho internacional.
- Segundo, como puede constatar el Tribunal Arbitral de una simple lectura de la Primera Solicitud de Arbitraje, las reclamaciones presentadas por las Demandantes en modo alguno se limitaron al periodo comprendido entre el 9 y 19 de octubre de 2017.80 De hecho, las Demandantes se refirieron a una serie de medidas en violación del Tratado implementadas por el Estado guatemalteco de las cuales adquirieron conocimiento en distintas fechas a lo largo del periodo relevante.81 Además, en la Segunda Solicitud de Arbitraje en el mismo párrafo citado parcialmente por Guatemala las Demandantes hicieron eco a su posición anterior, confirmando que en la Primera Solicitud de Arbitraje se reclamaron una serie de arbitrariedades cometidas por el Estado en violación del Tratado, y que ambas solicitudes partían "de hechos y circunstancias en común".82 En este sentido, la pretensión de Guatemala de imponer limitaciones temporales manufacturadas a las violaciones comprendidas por la Primera Solicitud de Arbitraje se basa en una falacia, pues las premisas invocadas no resultan en la conclusión que aduce.

2. Guatemala construye su Objeción sobre la distorsión de los reclamos de las Demandantes

47. En la Contestación a las Objeciones Preliminares, las Demandantes mostraron cómo la objeción de prescripción de Guatemala parte de una tergiversación de los hechos, de una caracterización errónea del reclamo de las Demandantes, y/o de un desconocimiento de principios del derecho internacional.⁸³ En específico, las Demandantes demostraron que (i) 29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala en el Anexo A del escrito de Objeciones Preliminares no corresponden a Medidas del Estado impugnadas en este arbitraje como violaciones del Tratado, sino que se trata de antecedentes

⁷⁹ *Ver* Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 71.

⁸⁰ Ver, en general, Primera Solicitud de Arbitraje.

⁸¹ Ídem ¶ 62 ("Guatemala, a diversos niveles, y mediante diferentes entes, ha violado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo mediante; (a) constantes y recurrentes acciones u omisiones de carácter arbitrario, carentes de transparencia, y sin respetar las garantías mínimas procesales, con lo cual se violaron las promesas y obligaciones del Estado; y, (b) acciones u omisiones relacionadas, entre otros, con (i) la imposición arbitraria de la Tercera Modificación, (ii) la negativa injustificada de fuerzas mayores, (iii) la negativa injustificada de diversas autoridades para emitir licencias y permisos correspondientes, (iv) las obstrucciones y requisitos exorbitantes e infundados de entidades y organismos de gobierno y municipalidades, (v) la falta de realización de consultas comunitarias ordenadas por la Corte Constitucional (supuestamente requeridas por el Convenio 169) y (vi) omisiones, actuaciones, resoluciones y comunicaciones arbitrarias y/o tardías, que han impedido la finalización del Proyecto PET, afectando a las Inversionistas"). Ídem ¶ 55-59, 65, 67.

⁸² Segunda Solicitud de Arbitraje ¶ 67.

⁸³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 40.

fácticos relevantes;⁸⁴ (ii) el monto de US\$230 millones que Guatemala alega prescrito corresponde a una cuantificación estimativa de los costos y pérdidas incurridos por las Demandantes en el Proyecto PET a septiembre de 2017;⁸⁵ y (iii) Guatemala identifica incorrectamente la fecha en que comenzó a computarse el plazo de prescripción para las siete conductas restantes de su Anexo A.⁸⁶

48. En la Réplica sobre Objeciones Preliminares, Guatemala responde con una serie de argumentos infundados, que nuevamente se basan en distorsionar los reclamos de las Demandantes, con el objetivo de construir (o reconstruir), su supuesta objeción jurisdiccional sobre prescripción.

49. <u>Primero</u>, Guatemala alega que "las Demandantes han renunciado a presentar todo tipo reclamo en este arbitraje por las 29 conductas identificadas por Guatemala que, según lo que alegan ahora, 'serían antecedentes proporcionados a manera de contexto".⁸⁷ El sustento de su afirmación es la primera viñeta del párrafo 40 de la Contestación sobre Objeciones Preliminares,⁸⁸ donde las Demandantes indicaron que "29 de las 36 conductas identificadas por Guatemala en el Anexo A de su escrito ni siquiera corresponden a Medidas del Estado impugnadas en este arbitraje como violaciones del Tratado, sino que se trata de antecedentes proporcionados a manera de contexto, por lo que no forman parte del reclamo (ni de la compensación reclamada) de las Demandantes".⁸⁹ El argumento de Guatemala tergiversa los hechos y la posición de las Demandantes, e ignora las reglas del derecho internacional. En efecto, cualquier tipo de renuncia de un reclamo al amparo del Tratado requeriría una declaración explícita e inequívoca de las Demandantes en ese sentido, ⁹⁰ lo cual no ha ocurrido en este caso.

50. <u>Segundo</u>, Guatemala alega que "es falso que la <u>mayoría</u> de esas conductas no hayan sido – e incluso sigan siendo – calificadas por las Demandantes como Medidas del Estado violatorias del Tratado",⁹¹ citando como sustento la "nueva columna" del Anexo A (actualizado) de su Réplica.⁹² Sin embargo, al consultar la "nueva columna" de su Anexo, puede constatarse que, en realidad, las (infundadas) afirmaciones de la Demandada se refieren a solo nueve de los 29 actos listados

⁸⁴ Ídem ¶ 40.

 $^{^{85}}$ Ídem ¶ 40.

 $^{^{86}}$ Ídem ¶ 40.

⁸⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 33.

⁸⁸ *Ídem*, nota 35.

⁸⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 40.

⁹⁰ MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/8, Laudo, 4 de mayo de 2016 (CL-280) ¶ 163; Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c. República Helénica, Caso CIADI No. ARB/14/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 8 de enero de 2019 [testado] (CL-281) ¶ 1003.

⁹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 34 (énfasis añadido).

⁹² Ídem ¶ 34.

incorrectamente en dicho documento como medidas violatorias del Tratado.⁹³ En dicha columna, Guatemala asevera que las Demandantes supuestamente sí presentaron esos nueve actos como medidas violatorias del Tratado en este arbitraje y, por tanto, supuestamente habrían renunciado a su reclamo respecto de los mismos.⁹⁴

- 51. Sin embargo, como se desprende de su Anexo A (actualizado), las afirmaciones de supuesta "falsedad" de Guatemala se basan en una distorsión de los hechos, así como en una lectura antojadiza y conveniente del Memorial de Demanda y de la actualización del Apéndice 1 de las Demandantes. En la Apéndice 2 ("Contestación a supuestas 'violaciones pre-fechas críticas") (actualizado) las Demandantes toman el Anexo A (actualizado) de Guatemala, y agregan una columna donde se responde a cada uno de los actos que Guatemala insiste en caracterizar erróneamente como reclamos por violaciones del Tratado, supuestamente renunciados por las Demandantes. Ahí, queda demostrado que las Demandantes no han presentado reclamos por violaciones del Tratado respecto de los nueve actos a los que se refiere Guatemala y, por tanto, tampoco podrían ser "renunciados". Además, como se explicó más arriba, cualquier tipo de renuncia de un reclamo al amparo del Tratado requeriría una declaración explícita e inequívoca de las Demandantes en ese sentido, lo cual no ha ocurrido en este caso.
- 52. <u>Tercero</u>, Guatemala alega que "las Demandantes pretenden reformular artificialmente sus reclamos para escapar a las limitaciones jurisdiccionales que impone el Tratado en materia de prescripción", ⁹⁵ y en consecuencia, "no sólo han renunciado a 29 de los 36 reclamos que estarían prescritos", ⁹⁶ sino que: (i) supuestamente "[r]enunciaron a su reclamo respecto de la supuesta omisión del MEM de realizar las consultas indígenas ordenadas" por la Corte de Constitucionalidad; y (ii) "[n]o presentan reclamo alguno" respecto de nueve Municipalidades. ⁹⁷
- 53. En primer lugar, contrario a lo que sugiere Guatemala, la posición de las Demandantes respecto de sus reclamos ha permanecido consistente tanto en el Memorial de Demanda, 98 como en la

⁹³ Anexo A de las Objeciones Preliminares ("Presuntas Violaciones Pre-Fechas Críticas") (actualizado), numerales 1-2, 5, 7-9, 24, 29, 36.

⁹⁴ *Ídem*, numerales 1-2, 5, 7-9, 24, 29, 36.

⁹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 35.

⁹⁶ Ídem ¶ 36.

⁹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 36. Las Municipalidades son: (i) Santo Tomás Chichicastenango; (ii) Salcajá; (iii) Cantel; (iv) Santa Eulalia; (v) Olintepeque; (vi) Santa Cruz Barillas; (vii) San Francisco el Alto; (viii) Gualán; y (ix) San Cristóbal Totonicapán. *Ídem*.

⁹⁸ Ver Memorial de Demanda § III.A ("Las Medidas del Estado en violación del Tratado"), ¶¶ 409-410.

Contestación a las Objeciones Preliminares.⁹⁹ Según se demostró en la Contestación, las Demandantes han presentado una serie de antecedentes fácticos y de contexto, que serán útiles para el Tribunal Arbitral en la consideración y determinación de la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco por las violaciones que ha cometido del Tratado. En este sentido, la jurisprudencia internacional ha sostenido reiteradamente que las Demandantes pueden referirse, y el Tribunal Arbitral puede considerar, actos anteriores al *dies a quo* como antecedentes fácticos y de contexto sin infringir la regla sobre prescripción del Tratado,¹⁰⁰ e incluso son relevantes para determinar si el Estado "has subsequently committed a breach of the obligation".¹⁰¹

54. En realidad, Guatemala se ha percatado del error que cometió en su escrito de Objeciones Preliminares, *i.e.*, calificar gratuitamente una serie de antecedentes fácticos y de contexto como supuestas violaciones del Tratado reclamadas por las Demandantes, y ahora, sin fundamento alguno, califica esos hechos como supuestas "renuncias". No obstante, según se ha demostrado, las Demandantes no han presentado en este arbitraje los antecedentes fácticos en cuestión como reclamos por violaciones del Tratado, por lo que tampoco es posible calificarlos como reclamos "renunciados". Como concluyó el tribunal arbitral en *Kappes c. Guatemala* respecto de la misma objeción preliminar planteada por la misma Demandada en este caso, "it would make no sense for a tribunal to determine its jurisdiction <u>over a putative breach</u> that a claimant insists it has not alleged or in any event is not pursuing". Al respecto, dicho tribunal añadió que:

⁰

⁹⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 41-44.

¹⁰⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 41. Ver Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017 ("Eli Lilly c. Canadá (Laudo)") (CL-138) ¶ 172; William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gobierno de Canadá, Caso CPA 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (CL-48) ¶ 282 ("While Article 1116(2) bars breaches in respect of events that took place more than three years before the claim was made, events prior to the three-year bar... are by no means irrelevant. They can provide necessary background or context for determining whether breaches occurred during the time-eligible period"); Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América, UNCITRAL, Laudo, 8 de junio de 2009 (CL-139) ¶¶ 348-350 ("Both claimant and respondent state that a claim brought on the basis of an event properly within the time limit of Article 1117(2) may cite to earlier events as 'background facts' or 'factual predicates'. The Tribunal agrees"); Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América, UNCITRAL, Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 20 de julio de 2006 (CL-140) ¶ 86 ("[T]he Tribunal has difficulty seeing how NAFTA Articles 1116(2) and 1117(2) can be interpreted to bar consideration of the merits of properly presented claims challenging important statutory provisions that were enacted within three years of the filing of the claim and that allegedly caused significant injury, even if those provisions are related to earlier events").

¹⁰¹ Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo Final, 11 de octubre de 2002 ("Mondev c. Estados Unidos (Laudo)") (CL-8) ¶ 70.

¹⁰² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 33, 36.

¹⁰³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 41-44.

¹⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 33, 36.

¹⁰⁵ Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/18/43, Decisión sobre las objeciones preliminares del 13 de marzo de 2020 (RL-52) ¶ 221 (énfasis añadido).

That point takes on importance here, because Respondent's time-bar objection in large part appears aimed at an alleged full protection and security breach that Claimants insist they are not actually claiming.... For purposes of the Preliminary Objection stage, the important point is that Claimants insist... that they are *not pursuing* any full protection and security claim for events prior to the agreed "critical date".... In the view of the Tribunal, this suffices to clear the initial hurdle for the Preliminary Objections stage, which is focused on the Claimants' allegations.¹⁰⁶

55. De hecho, en su Réplica a las Objeciones Preliminares, Guatemala no disputa estos conceptos, ni refuta la amplia jurisprudencia citada por las Demandantes al respecto, ¹⁰⁷ sino que se limita a incluir una cita al laudo dictado en *Ríos c. Chile*, ¹⁰⁸ el cual es inaplicable en este caso. En efecto, el tribunal en *Ríos* indicó que podía "revisar la caracterización de los [d]emandantes en cuanto a la naturaleza simple, compuesta o continua de las <u>violaciones alegadas</u> y los efectos de esa caracterización sobre la prescripción", pues "[d]e lo contrario, un demandante podría caracterizar su reclamación de forma tal que los requisitos jurisdiccionales sean obviados". ¹⁰⁹ Sin embargo, como es evidente del expediente de este arbitraje, las Demandantes ni siquiera "alegan" que las 29 conductas listadas incorrectamente por Guatemala en el Anexo A de sus Objeciones sean "violaciones", por lo que la caracterización en cuanto a su naturaleza simple, compuesta o continua es irrelevante.

56. En segundo lugar, respecto de las supuestas renuncias adicionales, como ya se ha explicado, cualquier tipo de renuncia de un reclamo al amparo del Tratado requeriría una declaración explícita e inequívoca de las Demandantes en ese sentido, lo cual no ha ocurrido en este caso. En todo caso, como se detalla en la actualización del Apéndice 2 de las Demandantes, la alegación de supuesta renuncia del reclamo por la omisión arbitraria del MEM de realizar las consultas indígenas ordenadas por la Corte de Constitucionalidad carece de todo mérito, pues se basa en una lectura conveniente e incompleta que Guatemala hace del expediente del presente arbitraje. Además, respecto de las Municipalidades listadas por Guatemala en su Réplica, las Demandantes ya han explicado que la conducta municipal en dichas localidades ha sido presentada por las Demandantes ante este Tribunal como antecedentes de contexto.

¹⁰⁶ Ídem ¶ 222, 225 (énfasis en el original). Ver también Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción (CL-157) ¶ 327-328.

¹⁰⁷ Ver, en general, Réplica a las Objeciones Preliminares § 2.2 ("Las Demandantes pretenden escapar a la aplicación y consecuencias de la regla de prescripción establecida en el artículo 12.22.1 del Tratado mediante la reformulación artificial de sus reclamos").

¹⁰⁸ Ídem ¶ 35, nota 36 (citando *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile,* Caso CIADI No. ARB/17/16, Laudo del 11 de enero de 2021 ("*Ríos c. Chile* (Laudo)") (RL-18) ¶ 172).

¹⁰⁹ *Ríos c. Chile* (Laudo) (**RL-18**) ¶ 172

¹¹⁰ Apéndice 2: Contestación a supuestas "violaciones pre-fechas críticas" (actualizado).

- 57. <u>Cuarto</u>, Guatemala alega que "el Tribunal carece de jurisdicción sobre las supuestas violaciones del Tratado que, 'al 30 de septiembre de 2017', habrían causado a las Demandantes daños y pérdidas por USD 230 millones". Al respecto, la Demandada argumenta que: (i) "más de la mitad" del "reclamo económico" de las Demandantes "ha prescrito" y el Tribunal "no tiene jurisdicción para otorgar la indemnización de USD 230 millones que las Demandantes reclaman por violaciones supuestamente acaecidas al 30 de septiembre de 2017"; iii) en la Primera Solicitud de Arbitraje, "las Demandantes identificaron las medidas que habrían causado el incumplimiento del Tratado y cuantificaron los daños supuestamente derivados de dicho incumplimiento a septiembre de 2017", por lo que, según ella, "para ese momento, las Demandantes sí consideraban que se había 'cristalizado' un daño a su inversión e incluso habían cuantificado el daño"; iii y (iii) "el hecho de que, para esa fecha, las Demandantes supuestamente 'conservaran la expectativa legítima de que el Estado actuaría de conformidad con las garantías especificas otorgadas al momento de la inversión, y compensaría a las Demandantes por éstos y otros montos adicionales incurridos dentro del ámbito de dichas garantías' es irrelevante". Ils
- 58. Los argumentos de Guatemala carecen de todo mérito y, de hecho, comprueban que su supuesta Objeción Preliminar de prescripción es en realidad una defensa de fondo que deberá ser dilucidada por el Tribunal Arbitral en la etapa procesal correspondiente.
- Tribunal emita una decisión final sobre los daños del caso *antes* de decidir sobre la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco respecto de cada uno de los reclamos planteados por las Demandantes en este arbitraje; e incluso *antes* de que las Partes hubiesen tenido plena oportunidad de presentar sus argumentos y evidencia respecto de dicha responsabilidad. En otras palabras, Guatemala solicita al Tribunal que, en el contexto de una objeción preliminar de prescripción, prejuzgue sobre los daños de las Demandantes. Esto es manifiestamente improcedente. No se puede hablar de una prescripción de un monto de *daños*, sino solo, y potencialmente, de *medidas o conductas*. El impacto de esa posible prescripción, así como de cualquier otra Objeción Preliminar del Estado, con relación a la cuantificación de los daños, es un ejercicio que, en todo caso, corresponderá al laudo final. Guatemala no menciona, una sola fuente en la que un tribunal arbitral hubiese hecho, en el contexto de una decisión

¹¹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 37.

¹¹² *Ídem* ¶ 32.

¹¹³ Ídem ¶ 54.

¹¹⁴ Ídem ¶ 57.

¹¹⁵ Ídem ¶ 57 (énfasis añadido).

sobre jurisdicción, o sobre objeciones preliminares, una valuación del impacto de tal decisión sobre los daños reclamables.

- 60. En efecto, ante la "objeción jurisdiccional" de Guatemala, el Tribunal puede determinar si alguna de las medidas en cuestión ha prescrito o no; cosa distinta será la implicancia que una declaración de prescripción, si la hubiere, tendrá en los daños reclamados (o reclamables) por las Demandantes en el arbitraje. Esta cuestión es inherente al fondo del asunto, pues depende necesariamente de la decisión sobre responsabilidad que finalmente emita el Tribunal. Como concluyó el tribunal en *Pan American c. Argentina*, "[n]aturalmente que el monto final de los daños deberá determinarse durante el procedimiento de análisis del fondo del asunto si se llegara a la conclusión de que el Demandado es responsable. En esa etapa, deberá hacerse una evaluación final, y los daños [inexistentes] en ese momento deberán desecharse".¹¹⁶
- 61. En cuanto al segundo punto, como las Demandantes demostraron en su Contestación, los montos reclamados en este arbitraje como compensación monetaria están vinculados a la pérdida del valor de la inversión provocados por violaciones reclamadas oportunamente bajo el Artículo 12.22.1 del Tratado, y no por actos anteriores.¹¹⁷ En realidad, Guatemala confunde las pérdidas incurridas como consecuencia de los retrasos, así como los costos y gastos adicionales generados a lo largo del Proyecto, con el daño a la inversión cristalizado y generado directamente por las Medidas del Estado en violación del Tratado que las Demandantes efectivamente reclaman en este arbitraje.¹¹⁸ A diferencia de lo que sostiene la Demandada,¹¹⁹ la jurisprudencia internacional soporta la posición de las Demandantes en este sentido.¹²⁰
- 62. En cuanto al tercer punto, es sorprendente que la Demandada afirme que las expectativas legítimas de las Demandantes respecto de los procesos de ajuste del Canon Anual son "irrelevantes" respecto del daño cristalizado que las Demandantes reclaman en este arbitraje. Según explicó el tribunal arbitral en Nissan c. India en su decisión sobre jurisdicción:

¹¹⁶ Pan American Energy LLC y otros c. República Argentina, Casos CIADI No. ARB/03/13 y ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares del 27 de julio de 2006 ("Pan American c. Argentina (Excepciones Preliminares)") (CL-203) ¶ 178.

¹¹⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 46. *Ver* Memorial de Demanda ¶¶ 239-242.

¹¹⁸ Ver Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶ 328. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 47.

¹¹⁹ Sobre este argumento, Guatemala cita un solo precedente, inaplicable al caso que nos ocupa. Réplica a las Objeciones Preliminares ¶ 54, nota 65 (citando *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional del 30 de mayo de 2017 (**RL-2**) ¶ 211). Sin embargo, en ese caso, el tribunal simplemente estableció el principio general, no disputado, de que un tribunal no puede otorgar una indemnización respecto de medidas prescritas, pero no emitió un prejuzgamiento específico sobre montos de daños, como pretende aquí la Demandada.

¹²⁰ Ver Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶ 328.

[T]he Tribunal agrees with Nissan that its claims are not barred by Article 96(9). On Nissan's pleadings, the [Respondent] had not categorically repudiated its payment obligations under the 2008 MoU, which arguably would have crystallized the event of harm as of the date of repudiation, both for then-current payment obligations and for any future demands for payment that Nissan nonetheless might try to present. Notably, Nissan itself conceded during oral arguments that "[i]t would be a different case" if the [Respondent] had clearly stated prior to the critical date that "we will not pay any further incentives under the MoU". But Nissan alleges the contrary, namely that the [Respondent] provided various assurances of forthcoming payment... up through and after the critical date, based on which Nissan could not have known before that date that future incentive claims would not be honored. Stated simply, Nissan's case is that "it was not clear that the [Respondent] were going to refuse to pay on a blanket basis". In these circumstances, and based at least on the pleaded facts (which the Tribunal accepts arguendo for present purposes only), the Tribunal concludes that Nissan was not on actual or constructive notice before 23 February 2014 that it would incur "loss or damage" with regard to claims presented after that date. 121

- 63. Como en ese caso, según se demostró en la Contestación a las Objeciones Preliminares, 122 al momento de presentar la Primera Solicitud de Arbitraje, las Solicitudes de Ajuste del Canon Anual estaban pendientes de resolución ante el MEM y las Demandantes conservaban, en consecuencia, la expectativa legítima de que el Estado otorgaría la compensación correspondiente. Como aceptó el tribunal en *Nissan c. India*, el rechazo del Estado "to pay on a blanket basis" cristalizaría el daño a la inversión. Por ello, en el petitorio de la Primera Solicitud de Arbitraje, las Demandantes reclamaron que "se condene al Estado a pagar los daños y perjuicios causados a las Demandantes en un monto que será concretado y elaborado en el curso de este proceso", y presentaron dos avisos de controversia y dos Solicitudes de Arbitraje bajo el Tratado, a fin de capturar todos los actos violatorios de Guatemala y sus correspondientes daños y perjuicios al amparo del Tratado y el derecho internacional.
- 64. Lejos de avanzar su caso, la supuesta "irrelevancia" de las expectativas legítimas alegada por Guatemala en su escrito confirma que su objeción de prescripción depende de cuestiones que deben ser decididas por el Tribunal en la etapa de fondo, donde las Partes tendrán la oportunidad de presentar de forma detallada y completa los hechos, argumentos legales, así como evidencia documental, testifical y pericial, relacionada con la relevancia de las expectativas legítimas de las Demandantes respecto de los procesos de ajuste del Canon Anual, la actuación del MEM en violación del Tratado, y su correlación directa con los daños que las Demandantes reclaman en este arbitraje.

¹²¹ Ídem (énfasis añadido).

¹²² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 46.

- 65. Quinto, Guatemala repite su argumento de que "los reclamos de las Demandantes basados en las violaciones que surgen de las 7 conductas restantes [de su Anexo A] han prescrito", 123 pero se aleja de las alegaciones (infundadas) que planteó al respecto en su escrito de Objeciones Preliminares, y re-escribe los supuestos fundamentos de su afirmación. Como se explica a continuación, los esfuerzos de la Demandada en este sentido también son infructuosos.
- 66. Respecto de la omisión del MEM de realizar y completar las consultas a los pueblos indígenas en San Andrés Xecul y Santa Catarina Ixtahuacán, Guatemala indicó en su escrito de Objeciones Preliminares que las Demandantes "tuvieron/debieron tener conocimiento" de la "alegada violación" y "de las pérdidas/daños sufridos" por la omisión del MEM, "[a] más tardar" el 15 de febrero y el 21 de junio de 2017, "cuando el MEM incumplió su obligación de realizar la consulta indígena en el plazo ordenado en la Sentencia No. 5711-2013"¹²⁴ y "en la Sentencia No. 1798-2015". ¹²⁵
- 67. Al respecto, las Demandantes demostraron en su Contestación a las Objeciones Preliminares que, en las mencionadas Sentencias, la Corte de Constitucionalidad no ordenó un plazo para la *realización* de las consultas, sino que Guatemala manufacturó un supuesto plazo con base en el párrafo 363 del Memorial de Demanda, donde las Demandantes explicaron que, "[s]egún lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad en dichos fallos, los Concejos Municipales de Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul, junto con el MEM, contaban con 15 días a partir de esas fechas <u>para gestionar e iniciar con el proceso consultivo</u>; es decir, a más tardar el 15 de febrero de 2017 y el 21 de junio de 2017, respectivamente", ¹²⁶ por lo que la obligación del MEM consistía en *iniciar* las gestiones para llevar a cabo las referidas consultas, no así "realizarlas" o mucho menos culminarlas, como afirmaba categóricamente Guatemala en su escrito. ¹²⁷
- 68. Al quedar expuesta la tergiversación de los hechos realizada en su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala alega en su Réplica que "lo que reclaman las Demandantes es que el MEM incumplió su obligación de 'realizar las consultas ordenadas por la Corte de Constitucionalidad, o siquiera ponerlas en marcha", por tanto, dice Guatemala, "[d]ado que, según las Demandantes, el MEM debía iniciar la consulta indígena" a más tardar el 15 de febrero de 2017 y 21 de junio de 2017,

¹²³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 37.

¹²⁴ Anexo A de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 53.

¹²⁵ Anexo A de las Objeciones Preliminares, págs. 3-4. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 53.

¹²⁶ Memorial de Demanda ¶ 363 (énfasis añadido).

¹²⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 55.

estas son las fechas que deben "tenerse en cuenta para efectos de la prescripción del reclamo de esta supuesta violación". 128

- 69. Sin embargo, como se demostró en la Contestación a las Objeciones Preliminares, en junio de 2018, el MEM: (i) continuaba asegurando a TRECSA que realizaría las consultas indígenas en Santa Catarina Ixtahuacán y San Andrés Xecul; y (ii) continuaba tramitando recursos ante las cortes guatemaltecas respecto de la orden de realizar las consultas a pueblos indígenas en dichas localidades.¹²⁹ Fue recién en julio de 2020 que el MEM informó a TRECSA que no realizaría las consultas indígenas en las dos localidades mencionadas, por lo que TRECSA se vio forzada a aceptar "la exclusión de estas localidades del alcance del Proyecto y, en consecuencia, aceptar una reducción en el valor del Canon Anual y del futuro Peaje por cobrar, en detrimento de sus derechos", cristalizándose entonces las violaciones y daños bajo el Tratado. 130 Asimismo, las Demandantes demostraron que fue en diciembre de 2017 y diciembre de 2021 cuando el MEM completó las consultas a pueblos indígenas respecto del Proyecto Oxec I y II, y el Proyecto Minero Fénix, respectivamente, lo cual configuró el trato diferenciado e injustificado respecto del Proyecto PET, en violación de los estándares de Nación Más Favorecida y Trato Nacional al amparo del Tratado. Por tanto, aplicando el criterio de Nissan v. India, mencionado más arriba, la violación del Tratado no estaba cristalizada a la fecha arbitrariamente escogida por la Demandada.
- 70. En un intento de alejarse de los hechos del caso, los cuales exponen la improcedencia de su objeción y la íntima relación que esta cuestión tiene con el fondo del asunto, Guatemala indica en una nota al pie de su Réplica, sin más, que "los hechos posteriores al 15 de febrero de 2017 son irrelevantes para efectos de la prescripción del reclamo de esta supuesta violación". Guatemala no proporciona explicación y/o fundamento alguno que soporte esa supuesta "irrelevancia". En cualquier caso, la supuesta irrelevancia es una cuestión de fondo.
- 71. Respecto del rechazo arbitrario de la Policía Nacional Civil ("PNC") de brindar protección policial ante actos violentos en contra de TRECSA y su personal, ocurrido el 6 de diciembre de 2017 en la Municipalidad de San Raymundo, en el Anexo A de su escrito de Objeciones Preliminares, Guatemala se limitó a indicar (sin explicación y/o fundamento legal alguno), que la "fecha crítica" supuestamente aplicable a esta Medida del Estado era la establecida por la Segunda Solicitud de Arbitraje,

¹²⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 43, 45.

¹²⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 56.

¹³⁰ Ídem ¶ 56.

¹³¹ Réplica a las Objeciones Preliminares, nota 52.

i.e., el 12 de octubre de 2018. En su Contestación, las Demandantes demostraron, con base en el texto de la Primera Solicitud de Arbitraje (e incluso el texto del aviso de controversia que le precedió), que en dichos instrumentos se reclamó al Estado la violación del Artículo 12.4 del Tratado como consecuencia de acciones y omisiones como los de la PNC en San Raymundo, por lo que la "fecha crítica" aplicable a esta Medida es el 9 de octubre de 2017.¹³²

72. En la Réplica, Guatemala no disputa dichos planteamientos, sino que repite su (absurdo) argumento de que la Primera Solicitud de Arbitraje supuestamente cubre únicamente un periodo de 10 días, 133 i.e. del 9 al 19 de octubre de 2017, e indica que las Demandantes "no pueden reprochar al Estado no aplicar una fecha crítica que les permita ampliar artificialmente el plazo de prescripción aplicable a estos reclamos, cuando son ellas mismas quienes definieron el alcance de sus Solicitudes de Arbitraje". Como se explicó líneas más arriba, los esfuerzos de Guatemala por reducir unilateralmente el plazo de prescripción cubierto por la Primera Solicitud de Arbitraje, con base en citas descontextualizadas de la Segunda Solicitud de Arbitraje, son inaceptables.

73. Como se indicó en párrafos anteriores, las Demandantes ya demostraron, con base en el propio texto de la Primera Solicitud de Arbitraje, que su alcance material y temporal efectivamente incluye la omisión de la PNC de brindar protección policial a las Demandantes en la Municipalidad de San Raymundo en diciembre de 2017 en violación del Tratado, ¹³⁵ y los esfuerzos del Estado por limitar la jurisdicción del Tribunal Arbitral injustificadamente deben ser rechazados.

74. Respecto de las Municipalidades de San Cristóbal Totonicapán, Santo Tomás Chichicastenango, Salcajá y Cantel, según se demostró en la Contestación a las Objeciones Preliminares, las medidas violatorias del Tratado se cristalizaron en meses posteriores a los indicados por la Demandada, luego de que el Estado hiciera nugatorios los esfuerzos de las Demandantes para encontrar soluciones que viabilizaran el avance y terminación de las Obras de Transmisión en dichas localidades, como está reflejado en el expediente. Al respecto, Guatemala sostiene incorrectamente que (i) "las Demandantes no han identificado las medidas violatorias cometidas por estas Municipalidades", "por la sencilla razón de que no existen"; 137 y (ii) que, en todo caso, "[a]nte la explicación detallada del Estado de

¹³² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 59.

¹³³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 47.

¹³⁴ Ídem ¶ 47.

¹³⁵ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 59.

¹³⁶ Ídem ¶ 62.

¹³⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 51.

por qué dichas conductas, de ser consideradas violatorias del Tratado estarían prescritas, las Demandantes no han explicado – y mucho menos – demostrado lo contrario". 138

- 75. La Demandada nuevamente parece olvidar que, en esta etapa, iniciada a su voluntad, es a ella a quien pertenece la carga de probar sus Objeciones Preliminares.¹³⁹ En todo caso, contrario a sus afirmaciones, en la Contestación, las Demandantes identificaron las violaciones del Tratado resultantes de las acciones y omisiones arbitrarias de las referidas Municipalidades (*e.g.*, inconsistencias y demoras injustificadas en la emisión de avales y/o permisos necesarios para la construcción de las Obras de Transmisión, y/o su rechazo arbitrario), así como la manera en que el daño a la inversión de las Demandantes se cristalizó dentro del periodo de prescripción aplicable.¹⁴⁰
- 76. En lugar de responder a los planteamientos de las Demandantes, la supuesta "explicación detallada del Estado" sobre la prescripción de dichas violaciones (contenida en el Anexo A de su Réplica) consiste en (i) un párrafo que reproduce exactamente el mismo argumento presentado con su escrito de Objeciones Preliminares¹⁴¹ (refutado por las Demandantes en su Contestación);¹⁴² y (ii) un párrafo en el que plantea su nueva posición consistente en que el hecho que se hayan presentado ante el Tribunal antecedentes de contexto en relación con las violaciones de estas Municipalidades implica, de alguna manera, una renuncia por parte de las Demandantes a reclamaciones bajo el Tratado,¹⁴³ (también refutado en párrafos anteriores).
- 77. En estas condiciones, queda demostrado que las Demandantes no han presentado reclamos fuera del plazo establecido en el Tratado, por lo que el Tribunal Arbitral debe desestimar la Objeción Preliminar de prescripción de Guatemala.

¹³⁸ Ídem ¶ 52.

¹³⁹ SGS c. Paraguay (Jurisdicción) (CL-109) ¶ 50. Al respecto, Guatemala se refiere el laudo dictado en Rompetrol c. Rumania para alegar que, supuestamente, pertenece a las Demandantes la "carga de la prueba" de que las medidas de las Municipalidades en cuestión "se hubiesen cristalizado 'en meses posteriores a los indicados por la Demanda". Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 52 (citando Rompetrol c. Rumania (Laudo) (RL-6) ¶ 179). Sin embargo, la cita de la Demandada a este precedente no solo es engañosa, sino que soporta la posición de las Demandantes y no la de la Demandada. En efecto, como se desprende del párrafo citado por el propio Estado, el tribunal arbitral estableció, en la etapa de fondo, que "[a] claimant before an international tribunal must establish the facts on which it bases its case or else it will lose the Arbitration"; sin embargo, "if the respondent chooses to put forward fresh allegations of its own in order to counter or undermine the claimant's case, then by doing so the respondent takes upon itself the burden of proving what it has alleged". Rompetrol c. Rumania (Laudo) (RL-6) ¶ 179 (énfasis añadido).

¹⁴⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 62. *Ver* Accuracy-Programación ¶¶ 378 (Tabla 20), 593; 346.2, 427, 600; 346.3, 610; 347.1, 378 (Tabla 20), 379.2, 628, 639-641.

¹⁴¹ Anexo A (actualizado) de la Réplica a las Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 16, 17, 18, 19 y 20.

¹⁴² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 62.

¹⁴³ Anexo A (actualizado) de la Réplica a las Objeciones Preliminares de Guatemala, numerales 16, 17, 18, 19 y 20.

B. Las Demandantes impugnan conductas susceptibles de constituir violaciones del Tratado

78. Guatemala plantea tres Objeciones Preliminares sobre la premisa de que el Tribunal "carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado". Específicamente, la Demandada argumenta que (i) "la mayoría de los reproches de GEB y TRECSA no tienen que ver con cuestiones reguladas por el Tratado, sino con cuestiones meramente contractuales... que se encuentran por fuera de la jurisdicción del Tribunal"; (ii) que las "supuestas violaciones de las cláusulas paraguas de otros tratados" también caen fuera de la jurisdicción del Tribunal; y (iii) que "las Demandantes insisten en presentar reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad (distintos de una denegación de justicia) que tampoco podrían constituir, *prima facie*, una violación del Tratado". 145

79. *A título preliminar*, debe recordarse que el Artículo 12.23.5 prevé dos tipos de objeciones preliminares: (i) "objeciones preliminares tales como las objeciones sobre competencia o admisibilidad"; y (ii) "cualquier objeción del demandado en el sentido que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante...". ¹⁴⁶ Es evidente la similitud entre la segunda categoría de objeciones y la canasta de objeciones de la Demandada referentes a "reclamos que, de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado". ¹⁴⁷ Ambas descripciones se refieren a desestimaciones de reclamos en base a cuestiones jurídicas; en el caso del Tratado, con la fórmula "cuestión de derecho", y en el caso de las Objeciones Preliminares de la Demandada, con la fórmula "de ser probados", es decir, dejando de lado las disputas fácticas. Ambas descripciones se refieren a desestimaciones de reclamos por no poder satisfacer los estándares del Tratado; en el caso del Tratado, con la fórmula "no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante", y en el caso de las Objeciones Preliminares de la Demandada, con la fórmula "no podrían constituir una violación del Tratado".

80. Sin embargo, y como se ha visto, la Demandada sostiene que "no solicita, como parece sugerir la Demandante, que el Tribunal determine que 'como cuestión de derecho la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el

¹⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares § 3.

¹⁴⁵ Ídem ¶ 67.

¹⁴⁶ Ver Tratado (C-1), Art. 12.23.5 (énfasis añadido).

¹⁴⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares § 3 (énfasis añadido).

Demandante". Aunque no lo solicite, la Demandada no ha explicado por qué estaría exenta de los estándares y requisitos de la segunda oración del Artículo 12.23.5, respecto de las tres Objeciones Preliminares *sub examine*. El Tratado ha regulado explícitamente el tipo de objeción que la Demandada está planteando en esta Sección, y la Demandada no puede evadir esa regulación etiquetando a sus objeciones como "jurisdiccionales". Parafraseando a la Demandada, "la sola calificación de [las Objeciones]... es irrelevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal". 149

81. Presumiblemente, la razón por la que la Demandada ha buscado evitar que estas tres Objeciones caigan bajo la segunda oración del Artículo 12.23.5, y rehúye explícitamente de su aplicación, es que, como confirma la jurisprudencia, el estándar para este tipo de objeciones preliminares es particularmente alto. Al respecto, el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador* se pronunció respecto del sentido que debía de otorgarse a la frase "como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26", del DR-CAFTA – sustancialmente similar a la segunda oración del Artículo 12.23.5. Al respecto, el tribunal determinó lo siguiente:

The Tribunal does consider that the word "may" in Article 10.20.4 (line 4) confers an important arbitral power in whether to grant or refuse a preliminary objection, to be exercised reasonably in all the circumstances of the particular case. The word "may" is not "must" or otherwise mandatory. The same meaning is evident from CAFTA's authentic language: the Spanish phrase "se pueda" is to the same effect as the English "may". In context, reversing the negative approach in Article 10.20.4, the word recognizes a position where a tribunal considers that an award could eventually be made upholding the claimant's claim or, equally, where the tribunal considers that it was premature at this early stage of the arbitration proceedings to decide whether or not such an award could not be made. In other words, returning to the negative language of Article 10.20.4, to grant a preliminary objection, a tribunal must have reached a position, both as to all relevant questions of law and all relevant alleged or undisputed facts, that an award should be made finally dismissing the claimant's claim at the very outset of the arbitration proceedings, without more. Depending on the particular circumstances of each case, there are many reasons why a tribunal might reasonably decide not to exercise such a power against a claimant, even where it considered that such a claim appeared likely (but not certain) to fail if assessed only at the time of the preliminary objection. 150

82. Comentando respecto del estándar bajo el Artículo 10.20.4 del DR-CAFTA y la decisión del Tribunal en *Pac Rim c. el Salvador*, la doctrina internacional ha indicado: "the threshold is thus put quite high: the claim must be deemed at the outset of the arbitration proceedings 'certain'—and not

¹⁴⁸ *Ídem*, nota 19.

¹⁴⁹ Ídem ¶ 63.

¹⁵⁰ Pac Rim c. El Salvador (Decisión sobre Objeciones Preliminares) (CL-132) ¶¶ 109-110 (énfasis añadido).

simply 'likely'—to fail". Es natural que así sea con respecto a objeciones que necesariamente implican una decisión anticipada de desestimar reclamos porque no satisfacen *ni pueden satisfacer* estándares substantivos del Tratado, y no meramente requisitos jurisdiccionales. Las tres Objeciones Jurisdiccionales que la Demandada agrupa en esta Sección caen, por ende, en la segunda oración del Artículo 12.23.5, y la Demandada no ha demostrado lo contrario. Por tanto, deben ser desestimadas de plano por no haber sido articuladas bajo la disposición y el estándar específico del Tratado.

- 83. En cualquier caso, aun cuando se acepten como jurisdiccionales las Objeciones Preliminares en el sentido de que diversos reclamos de las Demandantes, aun de ser probados, no podrían constituir una violación del Tratado, la Demandada aplica incorrectamente el *test prima facie* a dichas Objeciones. Al respecto, la Demandada plantea tres argumentos, todos erróneos, como se explica a continuación.
- 84. En primer lugar, y como se ha indicado, la Demandada sostiene que "la jurisprudencia internacional es clara en que la sola calificación de los reclamos hecha por la demandante (i.e., como reclamos bajo el Tratado) es irrelevante para el análisis de la jurisdicción del Tribunal". Sobre este punto, la Demandada cita los casos de *Iberdrola c. Guatemala, Glencore c. Colombia y Pan American c. Argentina*. Sin embargo, estos casos no apoyan la postura de Guatemala.
- 85. En cuanto a *Iberdrola*, lo que el tribunal resolvió allí es que el demandante no había explicado de qué manera los actos del Estado <u>violaban el derecho internacional</u>. En cambio, la Demandada en el presente caso argumenta que "el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse <u>sobre los reclamos contractuales</u> en contra de la conducta del MEM". En otras palabras, en *Iberdrola* se decidía sobre la invocación misma de violaciones del tratado respectivo, mientras que lo que cuestiona la Demandada en este caso es de que las Medidas del Estado cuestionadas no son actos soberanos sino que son, supuestamente, solo actos contractuales. El tribunal en *Convial c. Perú* distinguió justamente entre estos dos temas, y no aplicó el fallo del caso *Iberdrola* al decidir sobre una objeción jurisdiccional relativa al supuesto carácter contractual de los reclamos del demandante, en los siguientes términos:

¹⁵¹ Michele Potesta y Marija Sobat, Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily, Journal of International Dispute Settlement (2012) (CL-232), pág. 161.

¹⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 63.

¹⁵³ Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012 (RL-7) ¶ 350.

¹⁵⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares § 3.1 (énfasis añadido).

[E]1 Tribunal concuerda con la Demandada, y con el tribunal en el caso Iberdrola c. Guatemala, en el sentido que un tribunal arbitral CIADI no tiene competencia para dirimir una disputa por el mero hecho que una de las partes invoque una supuesta violación del Tratado de inversión en cuestión. En efecto, es necesario además que la parte que invoca tal violación internacional, fundamente suficientemente que los hechos alegados, "de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado". Por otra parte, el Tribunal, convencido de que en la determinación de su competencia debe hacer un análisis de las pretensiones sin decidirlas en el fondo, no abordará en este momento la cuestión relativa a determinar si la terminación del Contrato por la parte pública contractual, elemento central de la disputa, constituye o no un acto de Estado de los llamados iure imperi, cuestión ampliamente debatida más adelante.... Basta en este momento determinar si los actos de la MPC, de imperio o no, cuestión que será resuelta después, así como los demás hechos y supuestas violaciones del Tratado, tal como fueron presentados por las Demandantes, podrían constituir una violación del Tratado o no. Siguiendo este razonamiento y guiado por lo enunciado por los tribunales arbitrales en los casos Parkerings c. Lituania e Iberdrola c. Guatemala, el Tribunal nota que las Demandantes no se limitaron a una mera invocación del Tratado para dar un ropaje internacional a reclamos puramente contractuales. 155

- 86. No puede extenderse el pronunciamiento del caso *Iberdrola* al presente caso solo porque la demandante en ese arbitraje no haya explicado bien su caso, y en cambio "se limitó a someter a la consideración del Tribunal una controversia de derecho nacional guatemalteco". Esto se ve corroborado por el caso *TECO c. Guatemala*, que versaba sobre medidas similares a las reclamadas en el caso de *Iberdrola*, pero con la diferencia de que el demandante explicó adecuadamente las violaciones del derecho internacional. Como resultado, en *TECO*, el tribunal expresamente declinó llegar al mismo resultado que el caso de *Iberdrola*, indicando que "[s]i bien ambos casos tienen una matriz fáctica similar, los tratados aplicables y las partes son diferentes. Además, la presentación de los argumentos jurídicos y las pruebas fue distinta en uno y otro caso". 157
- 87. Lo mismo es cierto aquí. Como podrá apreciar fácilmente el Tribunal, las Demandantes han hecho una labor exhaustiva de demostrar la existencia de actos soberanos subyacentes a sus reclamos, no con meras etiquetas, sino con citas al derecho internacional, guatemalteco e incluso comparado. Es la Demandada la que aplica una etiqueta superficial de "acto contractual", cuando es ella la que tiene la carga de prueba sobre sus Objeciones Preliminares.

¹⁵⁵ Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶¶ 447-449.

¹⁵⁶ Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala I, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo del 17 de agosto de 2012 (RL-7) ¶ 350.

¹⁵⁷ TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (CL-9) ¶ 486.

- 88. En cuanto a *Glencore*, la cita de la Demandada está sacada completamente fuera de contexto. Es verdad que el tribunal escribió que "it would of course not be sufficient for a claimant to simply label contract breaches as treaty breaches to avoid the jurisdictional hurdles present in a BIT", ¹⁵⁸ pero lo hizo en el contexto de determinar si era suficiente mirar simplemente el *petitorio* (los "prayers for relief") del demandante para determinar la naturaleza de los reclamos planteados. ¹⁵⁹ La conclusión por demás predecible fue que "[t]he Tribunal must thus go further than Claimants' prayers for relief, in order to determine whether Claimants' claims are contractual or Treaty-based". ¹⁶⁰ Al hacerlo, el tribunal determinó que los reclamos del demandante no eran meramente contractuales, señalando que "Claimants measure Colombia's conduct against the standards of the Treaty and not against contractual standards: the fundamental basis of Claimants' claims is the Treaty, not the Mining Contract". ¹⁶¹ Demás está decir que las Demandantes no han pedido que el Tribunal agote su análisis leyendo el petitorio de su Memorial. No hay forma en que la Demandada pueda sostener que las Demandantes se han limitado nada más que a "calificar" a secas sus reclamos como reclamos bajo el Tratado.
- 89. En cuanto a *Pan American*, la Demandada no menciona la manera en la que el tribunal aplicó el *test prima facie*, que es totalmente consistente con la posición de las Demandantes. En efecto, ante una objeción del Estado demandado de que las medidas en cuestión no podían generar una diferencia que surja directamente de una inversión (como lo requiere el Convenio CIADI), el tribunal se limitó a indicar que "bastará que los Demandantes <u>sostengan</u> que algunos compromisos específicos relacionados con sus inversiones resultaron violados como consecuencia de medidas específicas o generales". ¹⁶²
- 90. En segundo lugar, la Demandada sostiene que el "test prima facie necesariamente implica un análisis jurídico aplicable a los hechos planteados por la demandante para determinar si esos hechos podrían violar la norma invocada". Sin embargo, como se ha explicado, y se detalla en las siguientes Secciones, esto no es lo que hace la Demandada. En cambio, la Demandada traspasa el análisis meramente jurídico para internarse a cuestiones fácticas de todo tipo, que no corresponden a esta fase.

¹⁵⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 63 (citando a *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-110) ¶ 1037).

 $^{^{159}}$ Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-110) \P 1034-1038.

¹⁶⁰ Ídem ¶ 1038.

¹⁶¹ Ídem ¶ 1043.

¹⁶² Pan American c. Argentina (Excepciones Preliminares (CL-203) ¶ 68 (énfasis añadido).

¹⁶³ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 64.

91. En tercer lugar, la Demandada cita el caso de Telenor c. Hungría para sostener que tribunales de inversión han analizado si los hechos planteados por la demandante, "aun de ser probados, podrían constituir una violación del tratado". La Demandada agrega que, en Telenor, "el tribunal no sólo analizó los criterios jurídicos para determinar la existencia o no de una expropiación bajo el derecho internacional... sino que también consideró apropiado examinar 'the various types of conduct that have been held by tribunales in earlier cases to constitute expropriation and use these as a benchmark against which to measure Telenor's case". 165

92. Sin embargo, los hechos del caso *Telenor* son extremos, y proporcionan un marcado contraste con el presente caso, en cuanto a la aplicación del *test prima facie*. En primer término, la información presentada por la propia demandante mostraba que su empresa local, supuestamente expropiada, era "a very successful and profitable company and regularly describes itself as such in its annual reports". De hecho, el demandante ni siquiera alegó cuáles eran sus pérdidas totales. Por si esto fuera poco, el demandante ni siquiera había incluido un reclamo de expropiación en su solicitud de arbitraje, pese a que era el único tipo de reclamo que se podía plantear en un arbitraje CIADI bajo el tratado relevante, se y este reclamo "came into play only in response to letters from the Centre raising the question of expropriation". Este tipo de situaciones dista por mucho del planteamiento de Guatemala en el presente caso, donde lo que pide, en efecto, es que se resuelva sobre temas fácticos disputados, o se tomen decisiones innecesarias en esta etapa del proceso arbitral.

93. Al realizar este análisis, es útil revisar la jurisprudencia que ha distinguido entre hechos jurisdiccionales y hechos relativos al fondo. Así, por ejemplo, en *Hamester v. Ghana*, la demandada se opuso a la objeción del tribunal con base en una objeción relacionada con la atribución de las medidas al Estado.¹⁷⁰ Al analizar su jurisdicción, el tribunal consideró:

For a jurisdictional objection to prosper, it has to be such a definitive impediment that the Tribunal has no right to entertain, or enquire into, the dispute. If, for example, one takes the jurisdictional requirements *ratione personae* as set out in Article 25 of the ICSID Convention, *i.e.*, that the dispute is a legal dispute between a Contracting State of the

 $^{^{164}}$ Ídem ¶ 65.

 $^{^{165}}$ Ídem (citando a Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (**RL-12**) ¶ 69).

 $^{^{166}}$ Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 septiembre 2006 (RL-12) \P 77.

¹⁶⁷ Ídem ¶ 79.

 $^{^{168}}$ Ídem ¶ 25.

¹⁶⁹ Ídem ¶ 79.

¹⁷⁰ Gustav Hamester c. Ghana (Laudo) (CL-274) ¶ 140.

ICSID Convention and investors of another Contracting State, the determinative criteria are clear and easily answered: the two Parties must respectively be a foreign investor from a Contracting State, and a Contracting State, for jurisdiction to exist. Here, as jurisdiction depends on the German/Ghana BIT, the Tribunal can deal with a dispute between the German company Hamester and the Republic of Ghana. In other words, if Hamester was not a German company, or if the case had been brought against a State other than Ghana, there would evidently have existed a clear jurisdictional objection. Not all issues, however, are so discrete or easily answered. Many - as is the case with attribution - entail more complex considerations, which could be characterised both as jurisdictional and relevant to the merits (and so to be considered only if the Tribunal has jurisdiction). In order to clarify the distinction between a jurisdictional question and a merits question, it is useful to consider the different burden of proof required for each. If jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven at the jurisdictional stage. However, if facts are alleged in order to establish a violation of the relevant BIT, they have to be accepted as such at the jurisdictional stage, until their existence is ascertained (or not) at the merits stage. The question of "attribution" does not, itself, dictate whether there has been a violation of international law. Rather, it is only a means to ascertain whether the State is involved. As such, the question of attribution looks more like a jurisdictional question. But in many instances, questions of attribution and questions of legality are closely intermingled, and it is then difficult to deal with the question of attribution without a full enquiry into the merits.... This approach – to deal with the question of attribution as a merits question – is particularly appropriate, in the Tribunal's view, in this case. The Tribunal is not faced here with a situation where it is readily evident that the State is not involved at all, or where the issue is capable of an answer based upon a limited enquiry (akin to other jurisdictional issues).¹⁷¹

94. Ante la duda sobre estos aspectos, los tribunales optan por remitir la cuestión a la fase de fondo. Así, por ejemplo, en *Phoenix Action c. República Checa*, la demandada se opuso a la objeción del tribunal arbitral con base en objeciones *ratione temporis*, agotamiento de recursos, existencia de una "inversión", y la nacionalidad de la demandante.¹⁷² Al analizar su jurisdicción, el tribunal determinó:

If the alleged facts are facts that, if proven, would constitute a violation of the relevant BIT, they have indeed to be accepted as such at the jurisdictional stage, until their existence is ascertained or not at the merits level. On the contrary, if jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven at the jurisdictional stage. For example, in the present case, all findings of the Tribunal to the effect that there exists a protected investment must be proven, <u>unless the question could not be ascertained at that stage</u>, in which case it should be joined to the merits.¹⁷³

95. Asimismo, en *Impregilo c. Pakistán*, el tribunal observó que "Impregilo bases its Treaty Claims both on (1) the way the Contract was implemented, and the frustration of the dispute resolution provisions, by the Engineer and by WAPDA, and (2) the attitude and conduct of Pakistan itself.

 $^{^{171}}$ Ídem ¶¶ 141-145 (énfasis añadido).

¹⁷² Phoenix Action, Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 (CL-275) ¶¶ 34-35.

¹⁷³ *Ídem* ¶ 61 (énfasis añadido).

According to Impregilo, in both cases, Article 2(2) of the BIT has been violated by Pakistan".¹⁷⁴ Con todo y esto, el tribunal determinó que, "if it is assumed *pro tem* that Impregilo can establish the facts upon which it relies, it is possible, at least in theory, that Impregilo might establish breaches of the BIT in this regard".¹⁷⁵ A esto, el Tribunal añadió que Impregilo tendría que el éxito final de ese reclamo dependería de que el demandante pudiese probar atribución al Estado, y "[w]hether Impregilo is able to meet the threshold for treaty claims outlined above, *i.e.* activity beyond that of an ordinary contracting party ('puissance publique')".¹⁷⁶ En otras palabras, el tribunal no efectuó, en fase jurisdiccional, un análisis acerca de si efectivamente los actos en cuestión constituían un ejercicio de *puissance publique*, sino que, al igual que el tribunal en *Convial*, determinó que esta era una cuestión que corresponde al fondo.

96. Este es el resultado que corresponde en este caso, en vez de utilizar la fase jurisdiccional para circunvalar la necesidad de defenderse de un caso real.

1. CONTRATO Y TRATADO: El Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes al amparo del Tratado

97. En su Contestación sobre Objeciones Preliminares, las Demandantes demostraron que no han presentado reclamos por incumplimientos del Contrato, ni reclamos por incumplimientos del Contrato que podrían equivaler a un incumplimiento del Tratado. En cambio, las Demandantes han sometido a este arbitraje reclamos por incumplimientos *del Tratado* causados, entre otros, por la conducta del MEM, un órgano administrativo perteneciente al Estado guatemalteco. En esta medida, como lo indicó el tribunal en *Bayindir*, ¹⁷⁷ los actos reclamados por las Demandantes son, **por definición**, actos de poder público que comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Por tratarse de auténticos reclamos bajo el Tratado, el Tribunal debe aplicar el estándar propio de esta etapa y confirmar su jurisdicción, en línea con la posición consolidada de la jurisprudencia internacional.

98. En tal sentido, ante el cuestionamiento del Estado respecto de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, las Demandantes también demostraron que: (i) la jurisdicción del Tribunal no se ve limitada por

¹⁷⁴ Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 ("Impregilo c. Pakistán (Decisión sobre Jurisdicción)") (RL-8) ¶ 265.

 $^{^{175}}$ Ídem ¶ 266.

¹⁷⁶ Ídem ¶ 266.

¹⁷⁷ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005 ("Bayindir c. Pakistán (Decisión sobre Jurisdicción)") (RL-16) ¶ 183 ("When an investor invokes a breach of a BIT by the host State (not itself party to the investment contract), the alleged treaty violation is by definition an act of 'puissance publique'" (énfasis en el original)).

existir un contrato;¹⁷⁸ (ii) en fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano;¹⁷⁹ (iii) en cualquier caso, las Medidas objeto de la supuesta objeción jurisdiccional de Guatemala son actos de poder público conforme al derecho administrativo guatemalteco y comparado;¹⁸⁰ y (iv) las Medidas en cuestión son, además, consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional.¹⁸¹

- 99. Es relevante notar que Guatemala no responde a buena parte de estos argumentos. ¹⁸² En particular, la Demandada no disputa los siguientes puntos clave:
 - Que, tanto el Artículo 12.18.4, como los estándares de protección establecidos en la Sección A del Tratado, fueron redactados con términos amplios por los Estados Contratantes, y no incluyen limitación alguna en cuanto a reclamos por violaciones del Tratado que coexisten con una relación contractual entre los inversionistas y el Estado receptor; 183
 - Que, como ha reconocido la jurisprudencia y doctrina internacionales, es común que los reclamos por violaciones de un tratado y de contratos en los que se instrumentó la inversión estén "closely related", 184 y el hecho de que una reclamación derivada de un tratado involucre cuestiones contractuales, no socava los poderes del tribunal para aplicar el tratado en cuestión. 185
 - Que la jurisprudencia internacional reconoce que una reclamación bajo un tratado puede involucrar cuestiones contractuales "closely or even exclusively", 186 sin que su naturaleza se transforme en una reclamación meramente contractual. 187
 - Que los reclamos de las Demandantes satisfacen los criterios delineados por la jurisprudencia y doctrina internacionales para determinar preliminarmente su naturaleza,

¹⁷⁸ Contestación sobre Objeciones Preliminares § IV.B.1.a ("La jurisdicción del Tribunal no se ve limitada por existir un contrato"), págs. 27-29.

¹⁷⁹ Ídem § IV.B.1.b ("En fase jurisdiccional, los tribunales no necesitan confirmar si existe un acto soberano"), págs. 29-37.

¹⁸⁰ *Ídem* § IV.B.1.c ("En cualquier caso, las medidas en cuestión son actos de poder público, conforme al derecho administrativo"), págs. 37-42.

¹⁸¹ Ídem § IV.B.1.d ("Las medidas en cuestión son consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional"), págs. 42-56.

¹⁸² Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 87 (haciendo referencia a la Sección IV.B.1.a. de la Contestación a las Objeciones Preliminares). Guatemala se limita a indicar que son "cuestiones irrelevantes", sin proporcionar explicación o fundamento alguno.

¹⁸³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 72.

¹⁸⁴ Guido S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, 13 INT'L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 494.

¹⁸⁵ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 73.

¹⁸⁶ Guido S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview,* 13 INT'L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 501.

¹⁸⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 74-77.

particularmente la causa de acción invocada, que son los derechos y protecciones establecidas en el Tratado.¹⁸⁸

- 100. Ante estos puntos, lo único que agrega Guatemala es que "[i]ndependientemente de que esto sea cierto o no, lo relevante, en este caso, es determinar de qué forma puede establecerse si estamos frente a una disputa que sólo involucra cuestiones contractuales, pues, es en dichas circunstancias que el Tribunal carece de jurisdicción". Esta es una tautología. La manera de determinar si una disputa solo involucra cuestiones contractuales no es simplemente preguntándose si solo involucra cuestiones contractuales. Para ello, deben determinarse los rasgos y atributos de dichas medidas, que es lo que las Demandantes proporcionaron, y que la Demandada no disputó. 190
- 101. Además, el nivel de estudio y análisis que se requiere para confirmar la naturaleza soberana de las Medidas del MEM en cuestión confirma que la Objeción Preliminar de Guatemala es, en realidad, un pedido al Tribunal para decida sobre el fondo de los reclamos de las Demandantes respecto de esas Medidas, lo cual sería inapropiado en el contexto de una fase jurisdiccional. De hecho, como señalaron las Demandantes en su Contestación, y Guatemala no disputa, este análisis involucra incluso la consideración de cuestiones de derecho administrativo guatemalteco que, para fines de la presente objeción, constituyen una cuestión fáctica y están, por ende, fuera del alcance de esta fase preliminar. De la presente consoluyó el tribunal arbitral en *Bayindir c. Pakistán* (y Guatemala no refuta): "[t]he question

 $^{^{188}}$ Ídem \P 85.

¹⁸⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 71 (citando Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 (RL-13) ¶ 544). En realidad, el tribunal en Ambiente Ufficio, citando el laudo en Abaclat, reconoció que "por lo general, se admite que, con respecto a una reclamación en virtud de un TBI, 'un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual [...] En el contexto de reclamaciones surgidas de una relación contractual, la jurisdicción del tribunal con respecto a reclamaciones basadas en TBI solo se da, en principio, en los casos en que, además del supuesto incumplimiento contractual, el Estado receptor viola obligaciones que haya asumido en virtud de un tratado pertinente. [...] Una reclamación ha de considerarse como puramente contractual si el Estado receptor que sea parte de un contrato específico falta al cumplimiento de obligaciones surgidas exclusivamente en virtud de ese contrato. Ello no ocurre si el Estado receptor, a través de un acto soberano, altera unilateralmente el equilibrio del contrato y las disposiciones que él contiene. Así sucede cuando las circunstancias y/o el comportamiento de dicho Estado parecen emanar del ejercicio de su potestad como Estado soberano"). Ídem.

¹⁹⁰ En su Réplica, Guatemala reproduce en dos párrafos los argumentos planteados en su escrito de Objeciones Preliminares que fueron refutados por las Demandantes en su Contestación. La repetición por parte del Estado de estos argumentos anteriores precisamente resalta la relevancia de los argumentos de las Demandantes a los cuales ha omitido responder. *Ver* Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 72-73; Contestación a las Objeciones Preliminares ¶¶ 79-80.

¹⁹¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 79. En efecto, como se mostró en la Contestación, y se confirma en esta Sección, la supuesta objeción jurisdiccional de Guatemala distorsiona el estándar que el Tribunal Arbitral debe aplicar para decidir sobre los cuestionamientos del Estado. *Ídem*.

¹⁹² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 80-84. Ver también Guido S. Tawil, The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview, 13 INT'L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), pág. 525; Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶¶ 448-449; Azurix Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003 ("Azurix c. Argentina (Decisión sobre Jurisdicción)") (CL-149) ¶¶ 76, 79 (énfasis añadido). Ver también Garanti Koza LLP c. Turkmenistán, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016 (CL-147) ¶ 247.

whether the actions alleged in this case actually amount to sovereign acts of this kind by the State is... a question to be resolved on the merits". 193

- a. Guatemala no refuta los elementos característicos de los actos soberanos conforme al derecho administrativo y la jurisprudencia internacional
- 102. Según demostraron las Demandantes en su Contestación, 194 si el Tribunal considerase pertinente analizar la naturaleza de las medidas del MEM materia de esta Objeción en esta etapa preliminar, dicho análisis debe realizarse con base en parámetros objetivos sobre lo que constituye, o no, un "acto de poder público" o un "acto soberano". Para esos efectos, las Demandantes proporcionaron, con base en diversas fuentes, los elementos que caracterizan dichos actos de conformidad con el derecho administrativo guatemalteco y comparado, así como la jurisprudencia internacional. 195
- 103. En particular, las Demandantes mostraron que, el concepto de poder público o *puissance publique* "implies a hierarchical or vertical relationship between the State and the investor, with the former exercising its coercive or enforcement powers over the latter", ¹⁹⁶ y que, para efectos de identificar el *puissance publique* en el acto reclamado, "[i]n the investment arbitration jurisprudence there is a marked reliance on the internal administrative law concept of sovereign or public powers". ¹⁹⁷ Por tanto, con base en fuentes de derecho administrativo, incluyendo el derecho administrativo guatemalteco, ¹⁹⁸ las Demandantes identificaron características propias de los actos de poder público por parte de órganos

¹⁹³ Bayindir c. Pakistán (Decisión sobre Jurisdicción) (RL-16) ¶ 183.

¹⁹⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 97.

¹⁹⁵ *Ídem* § IV.B.c ("En cualquier caso, las medidas en cuestión son actos de poder público, conforme al derecho administrativo"), págs. 37-42; § IV.B.d ("Las medidas en cuestión son consistentes con actos soberanos en la jurisprudencia internacional"), págs. 42-56.

¹⁹⁶ Csaba Kovács, Chapter 5: The Attribution of Internationally Wrongful Conduct, in Attribution in International Investment Law, 45 INTERNATIONAL ARBITRATION LAW LIBRARY (2018) (CL-213), pág. 136; Georgios Petrochilos, Attribution, Arbitration under International Investment Agreements, A Guide to the Key Issues (2009) (CL-210), pág. 353; Andreas Kulick, International Investment Law and Comparative Public Law, 22(3) European Journal of International Law (2011) (CL-208), pág. 919

¹⁹⁷ Csaba Kovács, *Chapter 5: The Attribution of Internationally Wrongful Conduct*, en Attribution in International Investment Law, 45 International Arbitration Law Library (2018) (CL-213), pág. 136.

¹⁹⁸ Estas son cuestiones fácticas para fines del presente caso. International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (CL-214), Artículo 3, Comentario 7 ("[I]t will be seen on analysis that either the provisions of internal law are relevant as facts in applying the applicable international standard"); Certain German Interests in Polish Upper Silesia, PCIJ Series A, No. 7 (1926) (CL-221), pág. 19 ("From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures"); Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador, Caso CPA No. 2012-16, Laudo Parcial Final, 6 de mayo de 2016 (CL-222) ¶ 361 ("In the Tribunal's view... municipal law in an international law context is treated as a fact").

estatales, particularmente aquellos pertenecientes a la administración pública.¹⁹⁹ Según se detalló en la Contestación,²⁰⁰ los actos administrativos o actos de autoridad bajo el derecho administrativo revisten las siguientes características:

- Son emitidos por órganos estatales actuando en función administrativa, en ejercicio de facultades que les confiere la ley;
- Constituyen la expresión de potestades públicas, entendidas como el conjunto de prerrogativas exorbitantes y exclusivas de la administración pública;
- Se caracterizan por la presunción de legitimidad, la ejecutividad y ejecutoriedad, la unilateralidad, la revocabilidad, y la impugnabilidad;
- Están destinados a producir efectos jurídicos en los administrados, ya sea para ampliar su esfera jurídica, restringirla, o hacer constar la existencia de una situación jurídica determinada;
- Están sometidos a la revisión administrativa y contencioso-administrativa, de conformidad con el derecho público.

104. Asimismo, con base en una línea de criterios establecidos por la jurisprudencia internacional,²⁰¹ las Demandantes identificaron una serie de elementos objetivos que ilustran el tipo de actuaciones soberanas por parte de órganos o entidades estatales, que van más allá de un rol puramente contractual respecto de los inversionistas y sus inversiones, y que efectivamente comprometen la responsabilidad internacional del Estado si resultan ser violatorios de un tratado de protección de inversiones.²⁰² Estos incluyen, de manera enunciativa, más no limitativa:

- Cuando el Estado interfiere en la relación contractual con el inversionista, por ejemplo, al requerir o imponer cambios en la ecuación económica de dicha relación;
- Cuando el Estado altera unilateralmente el equilibrio obligacional y las disposiciones del contrato celebrado con el inversionista;
- Cuando el Estado incumple obligaciones contractuales sin invocar un derecho o mecanismo contractual que le permita hacerlo;
- Cuando el Estado se rehúsa a compensar al inversionista, invocando argumentos que van más allá de sus derechos contractuales;
- Cuando la medida estatal impugnada se emitió en ejercicio de facultades y procedimientos no sólo establecidos en el contrato, sino también previstos en las normas del ordenamiento jurídico local;

¹⁹⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 99-108.

²⁰⁰ Ídem

²⁰¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 111-119.

²⁰² Ídem.

• Cuando la medida estatal impugnada se instrumentó en actos propios de la función administrativa, como decretos, leyes, o actos y resoluciones administrativas.

105. Como se explica a continuación, la respuesta de Guatemala a estos aspectos, no solo parte

de una caracterización incorrecta y reduccionista de la posición de las Demandantes, sino que omite

pronunciamiento alguno respecto de la mayoría de los elementos identificados por el derecho

administrativo y la jurisprudencia internacional como característicos de la actuación soberana del Estado.

106. Primero, Guatemala afirma que, "contrario a lo que sugieren las Demandantes, el hecho

de que las Resoluciones del MEM citen como fundamento no sólo las disposiciones del Contrato, sino

también las normas generales que regulan la actuación del MEM, no implica que la actuación de este

último sea per se soberana". 203 La Demandada añade que "por definición, la función pública se rige por

el principio de legalidad", 204 el cual "se aplica no sólo a las actuaciones soberanas de la Administración

(i.e., en ejercicio del ius imperium), sino también a las actuaciones contractuales". ²⁰⁵

107. En primer lugar, como puede verse en la Contestación, 206 las Demandantes no han dicho

que la cita del MEM de disposiciones legales determine "per se" la naturaleza soberana de sus

actuaciones. Desde luego, un indicio que el Tribunal debe tomar en cuenta es que el acto de autoridad en

cuestión haya sido emitido por un órgano estatal en ejercicio de facultades que confiere la ley y, en esa

medida, se invoquen las normas generales o especiales aplicables a dicho ejercicio, 207 pero la descripción

de la Demandada es una simplificación absurda de la posición de las Demandantes. Como se resumió en

líneas anteriores, las Demandantes demostraron que las Medidas del MEM en violación del Tratado

revisten una serie de elementos que el derecho administrativo (guatemalteco y comparado) y la

jurisprudencia internacional han identificado como característicos de la actuación soberana del Estado.

Las Demandantes incluso proporcionaron un análisis de aplicación de esos criterios a cada una de las

Medidas concretas en cuestión bajo esta Objeción Preliminar.²⁰⁸

108. En segundo lugar, respecto del ejercicio de facultades conferidas por la ley, manifestadas

en la invocación de disposiciones legales en los actos estatales violatorios del Tratado, como se demostró

en la Contestación, 209 la jurisprudencia internacional ha reconocido que este elemento es efectivamente

²⁰³ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 76.

 $^{^{204}}$ Ídem ¶ 77.

 $^{^{205}}$ Ídem ¶ 78.

 $^{^{206}}$ Contestación sobre Objeciones Preliminares \P 119.

²⁰⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 107.

²⁰⁸ Ver Contestación a las Objeciones Preliminares ¶¶ 120-145.

²⁰⁹ Ídem ¶ 114.

relevante para la determinación de la naturaleza soberana de dichos actos. Como se explicó, uno de los elementos que el tribunal en *Convial c. Perú* consideró para determinar la naturaleza de la conducta reclamada es que las partes "acordaron libremente en el contrato", ²¹⁰ y <u>únicamente en el contrato</u>, ²¹¹ todos los aspectos relevantes de la declaración de caducidad del contrato de concesión en cuestión, sin necesidad de acudir a facultades o procedimientos diferentes de aquello previsto en las cláusulas contractuales. ²¹² Como también se explicó en la Contestación, y se reitera en el siguiente apartado, esto es distinto de lo que ocurrió en el caso de las Demandantes y la conducta del MEM violatoria del Tratado.

109. En tercer lugar, Guatemala no demuestra en forma alguna que el principio de legalidad aplique tanto a los actos de autoridad como a los actos de gestión del Estado.²¹³ Bajo esta lógica, no podrían existir actos donde el Estado, y en particular la Administración Pública, actúe verdaderamente despojada de su poder de imperio, pues todas las veces actuaría, precisamente, en ejercicio de las facultades soberanas que le otorga la ley y el ordenamiento jurídico en cuestión.²¹⁴ En cambio, tanto la jurisprudencia internacional,²¹⁵ como el derecho administrativo interno,²¹⁶ reconocen que debe existir una distinción entre los actos del Estado que se rigen por el derecho público, y aquellos que se rigen por el derecho privado, en el que la autonomía de los contratantes es ampliamente reconocida. En todo caso, como han demostrado las Demandantes, el análisis necesario para determinar la naturaleza soberana de los actos del MEM no se agota, como sugiere Guatemala, mirando si dichos actos (resoluciones administrativas) invocaron normas generales o especiales, o determinando la aplicabilidad del principio de legalidad, sino que requiere la revisión de las diversas circunstancias fácticas alrededor de cada Medida del MEM reclamada por las Demandantes como violatoria del Tratado, para determinar si cada una de ellas reviste los diversos elementos que caracterizan a los actos soberanos del Estado.

110. <u>Segundo</u>, Guatemala alega que, "contrario a lo que sugieren las Demandantes, el hecho de [que] las decisiones del MEM fueran plasmadas en resoluciones, sujetas a recurso reposición, tampoco

²¹⁰ Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶ 517.

²¹¹ *Ídem* ¶ 537 ("[Q]ue la MPC haya declarado la caducidad por motivos de interés público no implica que no estuviera ejerciendo una potestad <u>cuya única fuente es el Contrato</u>, máxime cuando el interés público fue una de las causales de caducidad contractualmente pactadas" (énfasis añadido)).

 $^{^{212}}$ Ídem ¶¶ 520-521.

²¹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 78.

²¹⁴ Ídem ¶ 79 ("[L]a función pública se rige por el principio de legalidad. Esto significa que la actividad de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de funciones y atribuciones que expresamente le asigna la Constitución y la ley").

²¹⁵ Contestación a las Objeciones Preliminares ¶ 111.

²¹⁶ Ver, por ejemplo, ERIC MEZA, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO (**C-751**), pág. 203 ("Actualmente hay tendencia a considerar que el problema debe encararse atendiendo al régimen jurídico que norma la actividad de la administración: ésta se regula generalmente por el Derecho Público y los actos serán administrativos, pero los actos tienen naturaleza privada cuando la administración actúa sometida a reglas de este último carácter").

desvirtúa la naturaleza contractual de los actos del MEM".²¹⁷ La Demandada agrega que, "el hecho de que los actos de gestión se emitan en el marco de... relaciones contractuales no significa que dejen de ser actos de la Administración" cuyo "régimen jurídico interno... sigue siendo administrativo y, para ciertos aspectos, siguen estando subordinados al derecho público",²¹⁸ y que "las Demandantes no han presentado un solo laudo de inversión que indique que los actos de la Administración serían actos soberanos simplemente porque fueron 'instrumentalizados' mediante resoluciones sujetas a recurso de reposición".²¹⁹

111. En primer lugar, como puede verse en la Contestación, ²²⁰ las Demandantes tampoco han dicho que la naturaleza soberana de los actos del MEM derive "simplemente" de su instrumentalización en resoluciones administrativas cuyo foro de impugnación es el recurso de reposición. ²²¹ Igual que en el punto anterior, la descripción de la Demandada es reduccionista, ya que las Demandantes han demostrado que las Medidas del MEM en violación del Tratado revisten <u>una serie de elementos</u> que el derecho administrativo (guatemalteco y comparado) y la jurisprudencia internacional han identificado como característicos de la actuación soberana del Estado. ²²²

112. En segundo lugar, respecto de la instrumentalización de las Medidas del Estado en resoluciones administrativas sujetas al recurso de reposición, como se demostró en la Contestación, ²²³ tanto la doctrina guatemalteca como la jurisprudencia internacional han reconocido que este elemento es efectivamente relevante para determinar la naturaleza soberana de dichas medidas. Como explica el Prof. Meza, una de las características fundamentales del acto administrativo, que permite distinguirlo "del acto jurídico de Derecho Privado", es precisamente la revocabilidad del acto a través de medios de impugnación administrativos, ²²⁴ pues, en definitiva, los actos de autoridad son "aquellos actos en que la administración obra[] como poder, imperativamente, quedando sometidos a la revisión contencioso-administrativa". ²²⁵ Así, por ejemplo, el tribunal en *Convial c. Perú* tomó en cuenta precedentes internacionales donde la medida reclamada se instrumentó en "actos soberanos", como "decretos, leyes o

²¹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 79.

 $^{^{218}}$ Ídem ¶ 81.

²¹⁹ Ídem ¶ 82.

²²⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 107, 119.

²²¹ Ídem ¶ 119.

²²² Ídem ¶ 120 et seq.

²²³ Ídem ¶ 100.

²²⁴ ERIC MEZA, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO (C-751), págs. 186-187.

²²⁵ Ídem, pág. 203. A diferencia de los actos de gestión, que son aquellos en que "la administración actúa despojada del jure imperium, en plano de igualdad con los particulares, y queda[] sometido a la jurisdicción ordinaria o común, debido a su régimen jurídico de Derecho Privado". Ídem.

ciertos actos administrativos que emanen del Estado",²²⁶ para distinguir el caso de las demandantes en ese caso, donde la terminación del contrato en cuestión se instrumentó en una carta que invocó únicamente facultades previstas en cláusulas contractuales.²²⁷

Administración Pública (naturalmente), al emitir actos de gestión, dicho órgano es equiparado a un particular, "pues actúa como los particulares, despojado de su poder de imperio".²²⁸ En este punto, la afirmación de Guatemala de que "el régimen jurídico de [los actos de gestión] sigue siendo administrativo y, para ciertos aspectos, siguen estando subordinados al derecho público"²²⁹ (además de ser confusa al no indicar a qué "aspectos" se refiere), confirma que, bajo su lógica, sería imposible distinguir los actos de autoridad o imperio, de los actos de gestión del Estado, por lo que es irrelevante para efectos del análisis que nos ocupa.

114. <u>Tercero</u>, Guatemala indica que "la jurisprudencia y doctrina internacional han sido claras en que, para determinar si un acto del Estado es soberano, lo importante es determinar si se trata 'de medidas que sólo el Estado podría haber tomado y no podrían haber sido replicadas por cualquier contraparte contractual ordinaria".²³⁰ Guatemala agrega que, "[e]n otras palabras, [lo importante es] si se trata de medidas que son completamente ajenas al contrato y que, por lo tanto, no podrían ser impugnadas en el foro contractual".²³¹

115. En primer lugar, como se demostró en la Contestación y se ha explicado a lo largo de esta Sección, numerosos tribunales arbitrales han analizado la naturaleza de las conductas subyacentes a los reclamos de los inversionistas con base en una serie de elementos y parámetros objetivos que denotan el carácter soberano de las actuaciones estatales.²³² Según explicaron las Demandantes, estos elementos incluyen si las medidas en cuestión podrían haber sido tomadas por cualquier contraparte contractual, pero no es el único elemento, como sugiere Guatemala.

²²⁶ Contestación a las Objeciones Preliminares ¶ 114-115. Ver también Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶ 530.

²²⁷ Contestación a las Objeciones Preliminares ¶ 114-115. Ver también Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶¶ 415, 535.

²²⁸ Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo (C-751), pág. 204.

²²⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 81 (citando Eric Meza, Manual de Derecho Administrativo (C-751), pág. 204).

²³⁰ Ídem ¶ 83.

²³¹ Ídem.

²³² Contestación a las Objeciones Preliminares ¶ 119.

116. La Demandada fundamenta su afirmación en dos fuentes legales: el laudo en *Ríos c. Chile* y un artículo escrito por el Prof. Douglas,²³³ pero éstas no apoyan su posición. Respecto de *Ríos c. Chile*, la cita de Guatemala pertenece al análisis del tribunal, en cuanto al fondo, sobre la existencia o no de una expropiación ilegal, y no acerca del estándar aplicable a una supuesta objeción preliminar que cuestione la naturaleza del reclamo de los inversionistas.²³⁴ Además, en el mismo párrafo citado por Guatemala, el tribunal: (i) reconoció que "pueden considerarse como expropiatorias aquellas medidas estatales que frustren un contrato en que el Estado sea parte y constituyan el ejercicio de potestades exorbitantes del Estado"²³⁵ (confirmando la posición de las Demandantes en este caso); y (ii) no indicó que el concepto referido por la Demandada fuese el más "importante" para determinar la naturaleza de los actos en cuestión.²³⁶

la opinión del referido autor respecto de la determinación del alcance de las *cláusulas paraguas* en el derecho internacional de inversiones y el arbitraje de inversión,²³⁷ y no del estándar aplicable a una supuesta objeción preliminar que cuestione la naturaleza del reclamo de los inversionistas. Además, Guatemala enfatiza el fragmento de la cita al Prof. Douglas donde este escribe que "the essence of the [treaty] claim is precisely that the State has undermined the contractual bargain from outside the contractual realm".²³⁸ Esta es la frase clave: "from outside the contractual realm"; pero la cita del Prof. Douglas no arroja luces acerca de ella. Es por esto que las Demandantes hicieron, en su escrito anterior, un detallado repaso de la jurisprudencia y doctrina internacionales, e incluso del derecho administrativo guatemalteco y comparado, para establecer parámetros objetivos que revelan el *puissance publique* en un acto, y la Demandada no ha ofrecido respuesta o evidencia en contrario. Además, al igual que en *Ríos c. Chile*, el Prof. Douglas no indicó que el concepto referido por la Demandada fuese el más "importante" para determinar la naturaleza de los actos reclamados por los inversionistas a un Estado.²³⁹

118. *En segundo lugar*, Guatemala se equivoca al afirmar que, "para determinar si un acto del Estado es soberano" las medidas cuestionadas deben ser "completamente ajenas al contrato y que, por lo

²³³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 83 (citando *Ríos c. Chile* (Laudo) (**RL-18**) ¶ 259; Z. Douglas, "The Umbrella Clause Revisited", *ICSID Review*, Vol. 00, No. 00 (2023) (**RL-56**), pág. 6).

²³⁴ Ríos c. Chile (Laudo) (**RL-18**) ¶ 259.

 $^{^{235}}$ Ídem ¶ 259.

²³⁶ Ídem.

²³⁷ Zachary Douglas, The Umbrella Clause Revisited, ICSID Review (2023) (RL-56), pág. 6.

²³⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 84 (citando a Zachary Douglas, *The Umbrella Clause Revisited*, ICSID Review (2023) (**RL-56**), pág. 5).

²³⁹ Zachary Douglas, *The Umbrella Clause Revisited*, ICSID Review (2023) (RL-56), pág. 6.

tanto, no podrían ser impugnadas en el foro contractual".²⁴⁰ Esta afirmación comprueba la pertinencia de los argumentos planteados por las Demandantes en su Contestación, y que la Demandada ha dejado sin respuesta, declarándolos "irrelevantes".²⁴¹ Como demostraron las Demandantes, es aceptado en el derecho internacional de inversiones que "the fact that a breach may give rise to a contract claim does not mean that it cannot also – and separately – give rise to a treaty claim",²⁴² por lo que una misma conducta podría ser reclamada en el arbitraje de inversión previsto bajo los tratados internacionales aplicables, o en el foro contractual.

119. El presente caso es aún más ajustado a resolución bajo el Tratado pues, según se explica en detalle en Secciones subsecuentes, las reclamaciones de las Demandantes ni siquiera podrían ser dilucidadas en el foro contractual, incluyendo porque los remedios y reparación solicitados en este arbitraje no está disponible dicho foro.²⁴³

120. En tercer lugar, incluso si se aceptara la afirmación de Guatemala, ésta confirmaría la posición de las Demandantes respecto de la naturaleza soberana de las medidas del MEM en cuestión. Como se indicó, Guatemala afirma en su Réplica que "para determinar si un acto del Estado es soberano", lo importante es que se trate de medidas que "no podrían ser impugnadas en el foro contractual". Naturalmente, si a nivel local el foro contractual está indisponible para el cuestionamiento de determinado acto, el que queda disponible es el foro administrativo. Por tanto, la afirmación de Guatemala implica que, para determinar si un acto del Estado es soberano, lo importante es si dicho acto debe poder impugnarse en el foro administrativo. Pues bien, tanto en su escrito de Objeciones Preliminares, como en su Réplica, Guatemala ha planteado una Objeción Preliminar de agotamiento de recursos administrativos donde pretende sujetar a las Demandantes (infundadamente) al agotamiento de la vía administrativa respecto de los mismos actos del MEM, porque esto es requerido por la legislación guatemalteca para acceder a los tribunales contencioso-administrativos. Entonces, en una de sus Objeciones, la Demandada afirma que la naturaleza soberana de las medidas del MEM en cuestión depende de que estas solo puedan ser impugnadas en el foro judicial administrativo, y en otra de sus

-

²⁴⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 83, notas 103-104 (citando *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 (**RL-13**) ¶ 544, refiriéndose a *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011 (**RL-14**) ¶¶ 316, 318, 321, 323-325; *Ríos c. Chile* (Laudo) (**RL-18**) ¶ párr. 259; Z. Douglas, "The Umbrella Clause Revisited", ICSID Review, Vol. 00, No. 00 (2023) (**RL-56**), pág. 5).

²⁴¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 70.

²⁴² Impregilo c. Pakistán (Decisión sobre Jurisdicción) (RL-8) ¶ 258; Bayindir c. Pakistán (Decisión sobre Jurisdicción) (RL-16) ¶ 180.

²⁴³ Ver infra § III.C.3 ("Las medidas en cuestión no activan la cláusula de elección de vía bajo cualquier test").

²⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 83, notas 103-104.

objeciones pretende sujetar esas mismas medidas del MEM al agotamiento de la vía administrativa, precisamente porque ello es requerido para acceder al foro judicial administrativo. Las premisas planteadas por la Demandada en este sentido implicarían su aceptación implícita de la naturaleza soberana de las medidas del MEM en cuestión. Claramente, la disposición del Estado de invocar cualquier clase de argumento con tal de obstaculizar la jurisdicción de este Tribunal le ha llevado a hacer este tipo de concesiones.

b. En todo caso, Guatemala no demuestra que las medidas en cuestión sean actos "puramente contractuales"

- 121. Incluso si el Tribunal considerase apropiado adentrarse a analizar la naturaleza de la conducta del MEM en esta etapa preliminar, los hechos del caso demuestran que los actos del MEM en perjuicio de las Demandantes y su inversión son "actos de poder público" o "actos soberanos", de conformidad con los elementos establecidos por la jurisprudencia y doctrina internacional, así como el derecho administrativo guatemalteco y comparado; y, por tanto, son susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional de Guatemala bajo el Tratado.²⁴⁵ Según se indicó en la Sección anterior, Guatemala no refuta que, en todo caso, frente a su Objeción Preliminar, la naturaleza de las medidas del MEM debe ser estudiada a la luz de dichos elementos.
- 122. En cambio, Guatemala en su Réplica se limita a indicar que "la gran mayoría de los reclamos de las Demandantes en contra del MEM se refieren a conductas que podría haber adoptado cualquier parte contractual", y que "[l]as Demandantes no han podido probar lo contrario (ni siquiera bajo un estándar *prima facie*)".²⁴⁶ De manera preliminar, como se indicó anteriormente,²⁴⁷ los argumentos de Guatemala distorsionan el estándar *prima facie* y la regla sobre carga de la prueba aplicables a sus supuestas objeciones jurisdiccionales, pues es ella quien tiene la carga de probar la validez de su Objeción respecto de la naturaleza de los reclamos de las Demandantes.²⁴⁸
- 123. Según se detalló en la Contestación, y nuevamente a continuación, Guatemala no ha satisfecho dicha carga, por lo que su Objeción Preliminar debe ser rechazada por el Tribunal Arbitral.

²⁴⁵ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 120 et seq.

²⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 86.

²⁴⁷ Ver supra § III.B.

²⁴⁸ Rompetrol c. Rumania (Laudo) (**RL-6**) ¶ 179; Fraport c. Filipinas II (Laudo) (**CL-236**) ¶ 299; Bernhard *c. Zimbabue* (Laudo) (**CL-66**) ¶¶ 174, 176. Ver también Bacilio c. Perú (Laudo Parcial sobre Jurisdicción) (**CL-237**) ¶ 165.

124. Respecto de la imposición arbitraria de nuevos términos para la ejecución del **Proyecto**,²⁴⁹ Guatemala no ha demostrado que ésta fue implementada por el MEM sin injerencia de sus facultades soberanas, por las razones que se exponen seguidamente.

125. Primero, Guatemala reconoce que, si la Cláusula Décima Primera del Contrato "otorga el derecho a TRECSA de presentar una solicitud de modificación [del Programa de Ejecución de Obras] como consecuencia de eventos de fuerza mayor y caso fortuito, también le otorga al MEM la facultad y obligación de pronunciarse sobre la solicitud de modificación en los términos establecidos en dicha cláusula". 250 Ello no fue lo que ocurrió aquí, ni es la base del reclamo de las Demandantes. Como las Demandantes mostraron en el Memorial de Demanda y en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, en la Resolución No. 2017-1515, el pronunciamiento del MEM sobre la solicitud de TRECSA no se amparó en sus facultades y obligaciones "en los términos establecidos en dicha cláusula".251 Según la referida disposición contractual, la modificación y prórroga del plazo para ejecutar las Obras únicamente está condicionada únicamente en que "el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado" por el MEM.²⁵² Una vez actualizada esta condición, la prórroga debe ser otorgada. En cambio, en la Resolución No. 2017-1515, si bien el MEM reconoció que había declarado la existencia de 31 eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito que afectando el Proyecto, 253 aprovechó también la ocasión para modificar unilateralmente los términos del Contrato,254 e imponer a su conveniencia nuevas obligaciones a TRECSA.255 Cuando TRECSA intentó rechazar estas modificaciones unilaterales, el MEM en resoluciones subsecuentes condicionó el otorgamiento de la referida prórroga a la implementación de esos nuevos términos, y apercibió a TRECSA a aceptarlos so pena de rechazarla.²⁵⁶

126. Por tanto, es incorrecta la afirmación de Guatemala de que la Resolución No. 2017-1515 haya sido "emitida en el marco de los procedimientos establecidos en el Contrato para modificar el

²⁴⁹ Memorial de Demanda § II.C.3.a ("La imposición arbitraria de nuevos términos vía resolución ministerial"), págs. 85-98; Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 121-124.

²⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 88 (énfasis añadido).

²⁵¹ Ídem ¶ 88.

²⁵² Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual (**C-65**), Cláusula Décima Primera, PDF pág. 25.

²⁵³ Memorial de Demanda ¶ 211. *Ver* MEM, Resolución No. 2017-1515 del 14 de septiembre de 2017 (**C-138**), págs. 5-6 ("Que el Ministerio de Energía y Minas, aprobó las fuerzas mayores o casos. fortuitos presentados dentro de los expedientes y resoluciones que a continuación detallan…").

²⁵⁴ Memorial de Demanda ¶¶ 212-213.

 $^{^{255}}$ Ídem ¶¶ 214-220.

 $^{^{256}}$ Ídem ¶¶ 221-230.

Programa de Ejecución de Obras como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito",²⁵⁷ pues las Demandantes han demostrado, precisamente, que dicho procedimiento no contempla prerrogativa contractual alguna a favor del MEM para condicionar la prórroga del Proyecto a modificaciones unilaterales, y arbitrarias, y mucho menos para forzar su implementación mediante apercibimiento, una facultad administrativa que el administrado no puede ejercer frente al Estado.²⁵⁸

127. <u>Segundo</u>, es incorrecto que las Demandantes tuvieran el "derecho de aceptar o rechazar la modificación del Contrato en los términos aprobados por el MEM", y que, "por cuestiones de negocio, decidieron aceptar la modificación en estos términos y suscribir la correspondiente escritura pública".²⁵⁹ Para empezar, la afirmación de Guatemala confirma lo expuesto en el párrafo anterior: el MEM no tenía derecho contractual alguno a "aprobar" los términos en que se implementaría la modificación y prórroga del Proyecto PET, pues las condiciones de su procedencia ya estaban previstas en el Contrato; en cambio, el MEM determinó y "aprobó" esos nuevos términos *porque podía* en su carácter de autoridad soberana. Además, como también se explicó en el párrafo anterior, en el Memorial de Demanda,²⁶⁰ y en la Contestación sobre Objeciones Preliminares,²⁶¹ cuando TRECSA intentó rechazar las modificaciones unilaterales y arbitrarias del MEM, éste procedió a forzar su implementación mediante apercibimiento a TRECSA, *so pena* de rechazar la prórroga del Proyecto PET, lo cual, evidentemente, implicaba el fin y pérdida del Proyecto entero.²⁶² De hecho, la única "evidencia" citada por la Demandada, *i.e.* extractos de la declaración del Sr. Acevedo, lejos de soportar sus afirmaciones, confirman la posición de las Demandantes.²⁶³

_

²⁵⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 91. Asimismo, contrario a lo que parece sugerir Guatemala en ese mismo párrafo, el hecho de que la Resolución No. 2017-1515 haya sido emitida "en respuesta a una solicitud de modificación de parte de TRECSA" no desvirtúa su unilateralidad, pues como establece el derecho administrativo guatemalteco "[l]a unilateralidad no significa, necesariamente, actuación de oficio o ausencia de gestión de parte interesada como ocurre en innumerables actuaciones de la administración", sino que no se requiere el consentimiento del administrado para que el acto administrativo surta efectos jurídicos, lo cual efectivamente ocurrió en el caso de las Demandantes. *Ver* ERIC MEZA, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO (C-751), pág. 185. *Ver también* Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 99.

²⁵⁸ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 121.

²⁵⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 92.

 $^{^{260}}$ Memorial de Demanda ¶¶ 221-230.

²⁶¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 122.

²⁶² Ver Declaración Testimonial - Mauricio Acevedo Arredondo del 24 de febrero de 2023 ("Acevedo") ¶¶ 44-45.

²⁶³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 92 (citando Acevedo ¶¶ 44-45). En efecto, en los mismos extractos de la declaración testimonial citada por Guatemala, el Sr. Acevedo confirmó que: "Las consecuencias de no obtener la prórroga del Programa de Ejecución de Obras... la exponían a una serie de multas y sanciones bajo el Contrato, e incluso a la toma de activos por parte del MEM bajo la Ley General de Electricidad. Frente al riesgo inminente de que el MEM no accediera a otorgar la prórroga del Programa de Ejecución de Obras y, en cambio, nos impusiera multas y sanciones o tomara los activos del Proyecto, el 16 de octubre de 2017 nos vimos forzados a presentar la escritura pública de la tercera modificación contractual ante el MEM, en los términos impuestos mediante la Resolución No. 2017-1515".

128. Tercero, Guatemala pretende, injustificadamente, revertir su carga de la prueba a las Demandantes, al afirmar que estas "no han citado una sola fuente jurídica que indique que el uso del término 'apercibir' (en este caso, por parte del MEM) implique necesariamente el 'ejercicio de facultades sancionadoras del Estado en su capacidad soberana'". ²⁶⁴ Como se indicó anteriormente, es la Demandada la que tiene la carga de probar, en todo caso, cómo el apercibimiento del MEM *no implicaria* el ejercicio de facultades sancionadoras, inherentes al Estado. En su Réplica, Guatemala se limita a referirse a una definición genérica del Diccionario de la Real Academia Española del verbo "apercibir". ²⁶⁵ Esto no es suficiente para probar lo que le incumbe. En cambio, las Demandantes ya han mostrado, ²⁶⁶ y aportan evidencia idónea adicional de que, de conformidad con fuentes del derecho administrativo, un "apercibimiento" es una "corrección disciplinaria" y una "[a]dvertencia conminatoria hecha por autoridad competente, respecto de una sanción especial", ²⁶⁷ en caso de incumplimiento de lo mandado. ²⁶⁸

129. Además, contrario a lo que indica Guatemala,²⁶⁹ las Demandantes han indicado en repetidas ocasiones que la sanción (no convenida contractualmente) que el MEM amenazó con imponer mediante dicho apercibimiento era el rechazo de la prórroga del plazo del Proyecto PET, lo cual implicaba la imposición de multas, sanciones e incluso la toma de los activos del Proyecto bajo la Ley General de Electricidad.²⁷⁰ La afirmación de la Demandada resulta irónica, pues en el mismo párrafo en que la realiza, transcribe exactamente la porción de la Resolución No. 2017-3549 donde el MEM apercibió a TRECSA para que ésta presentara "la escritura pública en los términos y condiciones de la minuta que les fue notificada y aprobada por [el] Ministerio", *so pena* de no acceder al otorgamiento de la prórroga del Proyecto.²⁷¹ Demás está decir que TRECSA no podría "multar" al Estado.

130. <u>Cuarto</u>, como es su costumbre, Guatemala tergiversa la posición de las Demandantes al indicar que "[e]s al juez del Contrato, y no a este Tribunal, a quien corresponde determinar si, <u>como dicen</u> <u>las Demandantes</u>, el Ministerio abusó de su posición contractual e, incluso, si existió algún vicio que

²⁶⁴ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 94.

²⁶⁵ Ídem ¶ 95 ("[L]as Demandantes ni siquiera indican cuál habría sido la supuesta "sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas" con la que el MEM supuestamente habría amenazado a TRECSA para que firmara la Tercera Modificación del Contrato. No lo hacen porque no existe").

²⁶⁶ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 122.

²⁶⁷ Manuel Ossorio, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES, Datascan, Guatemala (C-772), "apercibimiento". *Ver* Emilio Fernandez Vásquez, DICCIONARIO DE DERECHO PÚBLICO, Astrea, Buenos Aires (1981) (C-773), pág. 49; Luis Moutón *et al.*, ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, Francisco Seix, Barcelona (C-774), pág. 50.

²⁶⁸ Luis Moutón et al., ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, Francisco Seix, Barcelona (C-774), pág. 50.

²⁶⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 95.

²⁷⁰ *Ver* Acevedo ¶¶ 44-45.

²⁷¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 95.

hubiera podido afectar el consentimiento de TRECSA al momento firmar la Tercera Modificación del Contrato".²⁷² Las Demandantes no han siquiera sugerido que esa sea su posición en este arbitraje. No es sorpresa que, al realizar estas afirmaciones, la Demandada no incluya cita alguna a los escritos de las Demandantes donde éstas "digan" semejantes cuestiones.²⁷³ Por el contrario, para responder a los infundados argumentos de Guatemala, las Demandantes se han visto en la necesidad de repetir una y otra vez que el MEM ejerció (y abusó) sus poderes <u>soberanos</u> para imponer unilateral y arbitrariamente nuevos términos para la ejecución del Proyecto PET, en violación del Tratado, comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco.

Objeciones Preliminares,²⁷⁴ y los párrafos anteriores, no es correcto, como sugiere Guatemala, que el MEM simplemente haya "exigido ciertos términos para aceptar una modificación a un contrato", lo cual sería "una conducta que puede asumir cualquier parte contractual".²⁷⁵ Para empezar, el MEM no tenía discrecionalidad alguna bajo el Contrato de "aceptar" o no la prórroga del Proyecto una vez declarados los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito (como en efecto había ocurrido). El MEM tampoco tenía discrecionalidad alguna bajo el Contrato de modificar unilateralmente los términos del Contrato que cambiaron la ecuación económica del Proyecto en perjuicio de TRECSA. El MEM tampoco tenía discrecionalidad alguna bajo el Contrato de forzar la implementación de dichos términos mediante un apercibimiento,²⁷⁶ cuyo incumplimiento implicaría el rechazo de la prórroga del Proyecto por parte del MEM (como sanción evidentemente no convenida en el Contrato), y, en consecuencia, el fin y pérdida del mismo.

- 132. Además, la referencia que hace la Demandada (en repetidas ocasiones) al mismo párrafo del laudo dictado en *Ríos c. Chile*, para afirmar que "[e]l hecho de que dichas exigencias [del MEM] hubiesen sido arbitrarias o abusivas... es irrelevante", ²⁷⁷ no soporta su caso, por varias razones:
 - En primer lugar, el párrafo citado por la Demandada corresponde al <u>análisis de fondo</u> realizado por el tribunal sobre el carácter soberano de las medidas del Estado chileno, en

²⁷² Ídem ¶ 97 (énfasis añadido).

²⁷³ Ídem.

²⁷⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 123-124.

²⁷⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 96.

²⁷⁶ Advertencia conminatoria hecha por autoridad competente, respecto de la imposición de una sanción especial, en caso de no cumplirse lo mandado. *Ver* Manuel Ossorio, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES, Datascan, Guatemala (C-772), "apercibimiento"; Emilio Fernandez Vásquez, DICCIONARIO DE DERECHO PÚBLICO, Astrea, Buenos Aires (1981) (C-773), pág. 49; Luis Moutón *et al.*, ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, Francisco Seix, Barcelona (C-774), pág. 50.

²⁷⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 96 (citando *Ríos c. Chile* (Laudo) (**RL-18**) ¶ 447).

el contexto de la <u>determinación de responsabilidad del Estado por violación del estándar de expropiación</u> del tratado aplicable,²⁷⁸ lo cual confirma la posición de las Demandantes de que la determinación de la naturaleza soberana de las medidas reclamadas es una cuestión que pertenece al fondo del asunto.

- En segundo lugar, el párrafo citado por la Demandada corresponde al análisis de actos del Directorio de Transporte Público Metropolitano (DTPM) chileno, y específicamente la negativa de aumento de la flota de buses suficiente para operar los servicios contemplados en los programas de operación de los demandantes.²⁷⁹ Sin embargo, según indicó el tribunal, "[a] diferencia de otras medidas alegadas como expropiatorias, los [d]emandantes no caracteriza[ro]n... como actos soberanos"²⁸⁰ estos actos. En cambio, en el presente caso, las Demandantes han demostrado que la imposición arbitraria de nuevos términos para la ejecución del Proyecto fue realizada por el MEM en ejercicio (y abuso) de sus poderes *soberanos*.
- En tercer lugar, la razón por la que el DTPM chileno negó el aumento de flota se encontraba específicamente prevista en los contratos en cuestión,²81 por lo que el tribunal consideró que dicho ente simplemente aplicó disposiciones contractuales.²82 A diferencia de lo anterior, como se ha explicado, el Contrato en el presente caso no establece una facultad en favor del MEM de "aceptar" o no la prórroga del Proyecto; ni de modificar unilateralmente los términos del Contrato cambiando su ecuación económica en perjuicio de TRECSA; ni de forzar la implementación de dichos términos mediante un apercibimiento,²83 cuyo incumplimiento implicaría una sanción que tampoco estaba prevista en el Contrato y que tendría como consecuencia la pérdida del Proyecto.
- 133. En este sentido, como señalaron las Demandantes en su Contestación,²⁸⁴ los actos del MEM no se fundaron en derechos o prerrogativas establecidas en el Contrato (a diferencia de lo ocurrido en *Convial*, por ejemplo) sino que fueron emitidos en ejercicio (y abuso) de facultades soberanas, e instrumentados en actos propios de dicho ejercicio (resoluciones ministeriales sujetas a medios de impugnación). El MEM se apartó de su rol como mera parte contractual al imponer a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto sin fundamento en el Contrato (similar a lo ocurrido en *Siemens y Abaclat*) y bajo apercibimiento de aplicar una sanción no convenida contractualmente, sino en ejercicio de sus atribuciones soberanas (como distinguió el tribunal en *Duke c. Ecuador*).

²⁷⁸ Ríos c. Chile (Laudo) (RL-18), pág. 3 (sección VIII.A.3.d.iii).

 $^{^{279}}$ Ídem ¶ 436.

²⁸⁰ Ídem ¶ 440.

²⁸¹ Ídem ¶ 443.

 $^{^{282}}$ Ídem ¶ 447.

²⁸³ Advertencia conminatoria hecha por autoridad competente, respecto de la imposición de una sanción especial, en caso de no cumplirse lo mandado. *Ver* Manuel Ossorio, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES, Datascan, Guatemala (C-772), "apercibimiento"; Emilio Fernandez Vásquez, DICCIONARIO DE DERECHO PÚBLICO, Astrea, Buenos Aires (1981) (C-773), pág. 49; Luis Moutón *et al.*, ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA, Francisco Seix, Barcelona (C-774), pág. 50.

²⁸⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 123-124.

134. Al respecto, Guatemala se limita a indicar que, en *Siemens*, "el Estado invocó el derecho de solicitar modificaciones al contrato bajo el derecho administrativo general",²⁸⁵ y que, en *Abaclat*, "el Estado pretendió excusar el incumplimiento de sus obligaciones de pago bajo el Contrato mediante una Ley de Emergencia",²⁸⁶ por lo que "el Estado interfirió en la relación contractual a través de mecanismos ajenos al Contrato".²⁸⁷

135. En cuanto a *Siemens c. Argentina*, la cita que hace la Demandada al laudo dictado en ese caso es incorrecta, pues el párrafo indicado en la nota al pie correspondiente no contiene la afirmación en cuestión.²⁸⁸ No obstante, las Demandantes son conscientes de que, en otro párrafo del laudo, el tribunal en *Siemens* indicó lo siguiente:

Argentina used its governmental authority on other occasions. First, Argentina interfered in the contractual relationship with SITS by requiring changes in the economic equation when the change of Government occurred and nearly a year before the fiscal emergency was declared. Argentina has claimed that, as a State, it has a right under administrative law to request changes in a contract.²⁸⁹

136. Así, contrario a lo que sugiere Guatemala, el Estado en el caso de *Siemens* no invocó contemporáneamente el derecho administrativo general para solicitar modificaciones al Contrato, sino que lo planteó como una defensa en el arbitraje para intentar justificar sus acciones. Como confirman diversos párrafos del referido laudo, el Estado argentino impuso modificaciones del Contrato a la demandante por razones extracontractuales,²⁹⁰ tal como lo hizo el MEM mediante la Resolución No. 2017-1515 y las resoluciones subsecuentes.

137. Respecto de *Abaclat*, la observación de la Demandada es imprecisa. Como se explicó en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, las demandantes reclamaban la privación del valor de sus inversiones en virtud de la cesación de pago de bonos soberanos por parte del Estado argentino, así como los "actos subsiguientes realizados por Argentina en torno a [dicha] cesación".²⁹¹ En específico, los reclamos de las demandantes bajo el tratado consistían en que: (i) Argentina "primero incumplió las

²⁸⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 90 (citando *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (CL-105) ¶ 259).

²⁸⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 90 (citando *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011 (**RL-14**) ¶¶ 321, 323-324).

²⁸⁷ Ídem

²⁸⁸ Ídem ¶ 90, nota 113 (citando Siemens A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (CL-105) ¶ 259). Ver Siemens A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (CL-105) ¶ 259.

²⁸⁹ Siemens A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (CL-105) ¶ 256.

²⁹⁰ Ídem ¶ 218.

²⁹¹ Abaclat c. Argentina (Jurisdicción y Admisibilidad)") (RL-14) ¶ 238.

obligaciones contraídas en virtud de los bonos y luego se rehusó a negociar con los bonistas, formulando así una oferta de canje unilateral y punitiva dirigida, *inter alia*, a inversores minoristas italianos, incluidas las [d]emandantes";²⁹² y (ii) "*[u]lteriormente* la Demandada sancionó leyes en las que se desconocían todas sus obligaciones frente a las [d]emandantes, lo que aniquiló el valor de las inversiones de estas últimas".²⁹³ Al respecto, el Estado argentino objetó la jurisdicción del tribunal alegando que "la omisión de pago en virtud de los bonos" constituía "una reclamación contractual" no comprendida dentro de la esfera del tratado aplicable.²⁹⁴ Al analizar la naturaleza de las actuaciones del Estado argentino, el tribunal reconoció que "[l]o que sí es pertinente es que Argentina invoca como justificación de su incumplimiento las circunstancias excepcionales que rodearon a su situación de cesación de pago", así como "[l]a Ley de Emergencia que Argentina sancionó *ulteriormente*" como reacción a esas circunstancias,²⁹⁵ por lo que el tribunal consideró las reclamaciones planteadas no puramente contractuales, sino basadas en tratados y fundadas en actos de una entidad soberana.²⁹⁶

- 138. *Respecto de la Resolución No. 770-2018*, Guatemala no ha demostrado que ésta fue emitida por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas,²⁹⁷ por las razones siguientes.
- 139. <u>Primero</u>, la Demandada afirma categóricamente que "las medidas que son adoptadas por el Estado en ejercicio de sus prerrogativas contractuales, por definición, son medidas contractuales, no soberanas",²⁹⁸ y que un escenario así no podría suponer en ningún caso la violación de un tratado internacional.²⁹⁹ Para intentar soportar su afirmación, Guatemala hace referencia al laudo dictado en *Convial*, donde, según la Demandada, el tribunal "concluyó que la conducta del Estado era contractual, precisamente, porque correspondía al ejercicio de una prerrogativa contractual prevista en el Contrato".³⁰⁰
- 140. Además de ser una conclusión simplista respecto del análisis y conclusiones arribadas en *Convial*,³⁰¹ la Demandada omite mencionar que el propio tribunal de *Convial* reconoció que, para determinar la naturaleza de los actos estatales reclamados, es relevante distinguir "actos que a primera

²⁹² Ídem.

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ Ídem 307(i).

²⁹⁵ Ídem ¶ 320.

²⁹⁶ Ídem ¶ 326.

²⁹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 98-104.

²⁹⁸ Ídem ¶ 101.

²⁹⁹ Ver idem ¶ 100.

³⁰⁰ Ídem ¶ 101 (citando Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) ¶ 527).

³⁰¹ Como explicaron las Demandantes con detalle en su Contestación, la decisión del tribunal en *Convial* respecto de la naturaleza de la conducta del Estado consideró diversos elementos. Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 113-115.

vista parecen incumplimientos contractuales, pero que en realidad son actos soberanos, que podrían comprometer la responsabilidad internacional del Estado".³⁰²

- 141. Asimismo, la referida afirmación de Guatemala se basa en su insistencia en ignorar que la jurisprudencia y doctrina internacional reconocen: (i) que es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén "closely related";³⁰³ y (ii) que el hecho de que una reclamación derivada de un tratado involucre cuestiones relacionadas con la ejecución de un contrato no la transforma en una reclamo puramente contractual.³⁰⁴ Como se indicó anteriormente, estos aspectos fueron demostrados en detalle por las Demandantes en su Contestación, y la Demandada optó por tildarlos de "irrelevantes".³⁰⁵ Queda claro que no lo son.
- 142. Cabe recordar lo establecido por el Comité de Anulación en *Vivendi I* en el sentido de que, "el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales",³⁰⁶ y que "el Tribunal [tiene] jurisdicción para basar su decisión sobre el Contrato de Concesión, al menos en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI".³⁰⁷
- 143. <u>Segundo</u>, la Demandada nuevamente parte de una caracterización errónea del reclamo de las Demandantes, al sugerir que existiría un "reclamo principal" y un "argumento subsidiario" respecto de la resolución No. 770-2018.³⁰⁸ La posición de las Demandantes, explicada en el Memorial de Demanda y en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, consiste en que, mediante dicha resolución administrativa, el MEM utilizó a su conveniencia diversas disposiciones contractuales sobre un supuesto incumplimiento del Contrato para amenazar a las Demandantes con la imposición de sanciones previstas

 $^{^{302}}$ Convial c. Perú (Laudo Final) (CL-143) \P 511.

³⁰³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 73. *Ver* Guido S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, 13 INT'L ARB. 2006: BACK TO BASICS? 492 (2006) (CL-142), págs. 494, 501.

³⁰⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 74. *Ver Azurix c. Argentina* (Decisión sobre Jurisdicción) (**CL-149**) ¶ 76 ("Even if the dispute as presented by the Claimant may involve the interpretation or analysis of facts related to performance under the Concession Agreement, the Tribunal considers that, to the extent that such issues are relevant to a breach of the obligations of the Respondent under the BIT, they cannot *per se* transform the dispute under the BIT into a contractual dispute").

³⁰⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 70.

³⁰⁶ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (CL-148) ¶ 110. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 125.

³⁰⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (CL-148) ¶ 110. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 125.

³⁰⁸ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶¶ 102-103.

en la ley guatemalteca,³⁰⁹ mediante una resolución administrativa emitida en ejercicio de facultades que le otorgan las leyes guatemaltecas.³¹⁰

144. <u>Tercero</u>, Guatemala acepta que "el MEM remitió el expediente a la CNEE para que analizara la procedencia de las... sanciones", pero se queja de que "las Demandantes ni siquiera afirman que la CNEE en efecto les hubiera impuesto dichas sanciones".³¹¹ Al respecto, la Demandada omite (convenientemente) mencionar que, como demostraron las Demandantes en el Memorial de Demanda³¹² y en la Contestación sobre Objeciones Preliminares,³¹³ el 6 de noviembre de 2019, TRECSA interpuso recurso administrativo en contra de la Resolución No. 770-2018,³¹⁴ pero éste no ha sido resuelto por el MEM a la fecha. En este sentido, el MEM ha incurrido en una demora de 31 meses en resolver el mencionado recurso, incrementando la incertidumbre de las Demandantes respecto de la aplicación potenciales sanciones.³¹⁵

145. Según indicó el Comité de *Vivendi I*, el Tribunal tiene jurisdicción para basar su decisión de fondo en el Contrato, en la medida en que ello sea necesario para resolver sobre las violaciones del Tratado reclamadas por las Demandantes como resultado de la actuación del MEM en torno a la Resolución No. 770-2018. Además, dado que es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén "closely related" (según reconoce la doctrina internacional), el hecho de que las reclamaciones por violaciones del Tratado de las Demandantes respecto de dicha Resolución involucren cuestiones relacionadas con la ejecución del Contrato, no los transforma en reclamos puramente contractuales (como estableció *Azurix*).³¹⁶ Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral podrá decidir, en la etapa procesal correspondiente, si los actos del MEM, que, a

³⁰⁹ Memorial de Demanda ¶¶ 233-234; Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 126.

³¹⁰ Memorial de Demanda ¶¶ 233-234; Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 126. *Ver también* MEM, Resolución No. 770-2018 del 13 de abril de 2018 (C-152), pág. 4 ("POR TANTO: Este Ministerio con base en lo considerado, opiniones emitidas y artículos 22 y 27 literal m) de la Ley del Organismo Ejecutivo; 4 literal h) y artículo 6 literal b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas; RESUELVE...."). La Demandada omitió citar estas porciones de la Resolución No. 770-2018 en su Réplica. Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 98-99.

³¹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 104.

³¹² Memorial de Demanda ¶ 235.

³¹³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 126.

³¹⁴ Memorial de Demanda ¶ 232; Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 126. *Ver también* TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 770-2018 del 6 de noviembre de 2019 (C-153).

³¹⁵ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 126.

³¹⁶ Azurix c. Argentina (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-149) ¶ 76 ("Even if the dispute as presented by the Claimant may involve the interpretation or analysis of facts related to performance under the Concession Agreement, the Tribunal considers that, to the extent that such issues are relevant to a breach of the obligations of the Respondent under the BIT, they cannot per se transform the dispute under the BIT into a contractual dispute").

primera vista podrían parecen incumplimientos contractuales, en realidad son actos soberanos susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional del Estado (como estableció *Convial*).³¹⁷

- 146. <u>Cuarto</u>, contrario a lo que alega la Demandada, una contraparte contractual cualquiera no podría: (i) aplicar o amenazar con aplicar sanciones previstas en la legislación nacional mediante una resolución administrativa; o (ii) mucho menos tramitar un recurso administrativo interpuesto con el objetivo de obtener la revocación de la resolución en cuestión.
- 147. *Respecto de las Resoluciones de Ajuste del Canon Anual*, Guatemala no ha demostrado que éstas hayan sido emitidas por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas,³¹⁸ por las siguientes razones.
- 148. Para recordar, en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, las Demandantes mostraron que, en cada uno de los procesos administrativos relativos al ajuste del Canon Anual, el MEM y la CNEE intervinieron en ejercicio de facultades soberanas al rechazar los ajustes solicitados por las Demandantes, en violación del Tratado, comprometiendo con ello la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco.³¹⁹ En particular, la naturaleza soberana de la actuación del MEM se manifestó a través de los siguientes elementos: (i) tramitaron y resolvieron los procesos administrativos "con fundamento" y en ejercicio de facultades otorgadas por diversas normas del ordenamiento jurídico guatemalteco, y no el Contrato;320 (ii) instrumentaron sus decisiones en actos propios de la soberanía estatal (resoluciones administrativas susceptibles de ser impugnadas mediante recursos administrativos, procesos contencioso-administrativos, e incluso procesos de amparo);³²¹ y (iii) mediante estas resoluciones, interfirieron en la inversión de las Demandantes, imponiendo unilateralmente cambios en la ecuación económica del Proyecto PET, al rechazar la compensación debida bajo argumentos que fueron más allá de sus derechos en virtud del Contrato.³²² Como se explicó en el apartado anterior, todos estos elementos han sido considerados por la doctrina y jurisprudencia internacional, así como por el derecho administrativo guatemalteco y comparado, como característicos de la actuación soberana estatal.

³¹⁷ *Convial c. Perú* (Laudo Final) (**CL-143**) ¶¶ 447-449.

³¹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 105-113.

³¹⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 144.

³²⁰ Estas eran: la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Ejecutivo, la Ley General de Electricidad, el Reglamento de la Ley General de Electricidad, el Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas, y el Acuerdo Ministerial 348-2013. Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 144.

³²¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 144.

³²² Ídem ¶ 144.

149. En su Réplica, la Demandada intenta fragmentar la posición de las Demandantes, y a menudo la caracteriza incorrectamente, para sugerir que dichos elementos, en lo individual, no mostrarían la naturaleza soberana de la conducta del MEM.³²³ Lo anterior debe tomarse en cuenta al considerar las respuestas que se proporcionan a continuación.

150. <u>Primero</u>, Guatemala alega que "no es cierto que el MEM hubiese rechazado las solicitudes de ajuste[] del canon anual en ejercicio de sus funciones soberanas", porque "ninguna de las normas de carácter general, citadas en las resoluciones (y, a su vez, citadas en la Contestación a las Objeciones), otorga al MEM la facultad de pronunciarse sobre las solicitudes de ajuste". Como soporte de su argumento, la Demandada únicamente incluye una cita parcial de las normas invocadas por el MEM y la CNEE en las Resoluciones de Ajuste del Canon Anual (transcritas en la Contestación sobre Objeciones). En particular, la Demandada (convenientemente) excluye de su cita el Acuerdo Ministerial No. 348-2013. El argumento de la Demandada en este sentido es insostenible.

151. Como incluso reconoció la Demandada en párrafos anteriores de su Réplica,³²⁷ los actos de poder público se rigen por el principio de legalidad, el cual implica que toda actuación soberana "debe basarse en la ley".³²⁸ No obstante, contrario a lo que indica en esta parte de su Objeción, el término "ley" no se refiere exclusivamente a normas de carácter general, "sino a toda norma jurídica, cualquiera que sea su forma o procedencia".³²⁹ De hecho, según reconoce la doctrina administrativa guatemalteca, ni siquiera es posible "precisar para todos los casos el grado con que ha de exigirse que la ley regule la materia en cuestión", pues aunque en ciertas materias (*e.g.*, tributaria, sancionatoria, etc.) es deseable, "no siempre será exigible una previsión legal tan rigurosa".³³⁰

152. Por tanto, no es correcto, como sugiere la Demandada, que la naturaleza soberana de la actuación del MEM en los procesos sobre Ajuste del Canon Anual dependa de que "normas de carácter general" le otorguen la facultad *específica* de pronunciarse sobre los ajustes del Canon. En cambio, de conformidad con el derecho administrativo guatemalteco y comparado, la naturaleza soberana de la conducta del MEM (y la CNEE) se manifiesta, entre otros elementos, a través del ejercicio de facultades

³²³ Ver Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 105-113.

 $^{^{324}}$ Ídem ¶ 105.

³²⁵ *Ídem*, nota 138.

³²⁶ Ídem, nota 138.

 $^{^{327}}$ Ídem ¶ 77.

³²⁸ Jorge Mario Castillo González, Derecho Administrativo Guatemalteco, Guatemala (2006) (C-775).

³²⁹ İdem

³³⁰ Marta Ranch, *et al.*, Manual de Derecho Administrativo: una perspectiva desde los ordenamientos jurídicos de Guatemala y España (C-776).

otorgadas por toda norma jurídica aplicable del ordenamiento guatemalteco,³³¹ incluyendo aquellas que regulan su competencia y atribuciones generales.³³² En todo caso, según demostraron las Demandantes en su Contestación, el MEM emitió las Resoluciones sobre Ajuste del Canon – particularmente aquellas relativas a los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito,³³³ así como sobre la aplicación de la tasa de actualización³³⁴ – con base en el Acuerdo Ministerial 348-2013 (entre otras normas jurídicas del ordenamiento guatemalteco que regulan su actuación).³³⁵ El Acuerdo Ministerial 348-2013 regula, precisamente, el proceso de ajuste del Canon Anual al que debe sujetarse el MEM.³³⁶

153. En este sentido, de conformidad con el derecho administrativo guatemalteco y comparado,³³⁷ y la jurisprudencia internacional,³³⁸ la naturaleza soberana de la actuación del MEM respecto de las Resoluciones de Ajuste del Canon Anual se evidencia al ser resoluciones administrativas emitidas por un órgano de la Administración Pública del Poder Ejecutivo de la República de Guatemala, en ejercicio de las facultades que las normas jurídicas guatemaltecas le atribuyen como autoridad del Estado.

154. <u>Segundo</u>, Guatemala reproduce exactamente los argumentos planteados en su primer escrito, indicando que el "MEM tramitó y resolvió las solicitudes de ajuste porque el Contrato le otorga a TRECSA el derecho de presentar dichas solicitudes y porque, a su vez, le otorga al MEM la facultad de pronunciarse sobre ellas".³³⁹ Estos argumentos ya fueron refutados por las Demandantes en su Contestación, donde demostraron que, además de ser reduccionistas de los hechos y actos del Estado en torno a los procesos administrativos arbitrarios de ajuste del Canon Anual,³⁴⁰ la Demandada omite mencionar que los procesos de Ajuste del Canon, particularmente los relativos a los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito³⁴¹ y la aplicación de la tasa de actualización,³⁴² fueron tramitados al amparo del Acuerdo Ministerial 348-2013, una norma jurídica del ordenamiento guatemalteco (a diferencia de lo ocurrido en *Convial*, por ejemplo). Como indicaron las Demandantes, Guatemala no cita (y sigue sin

³³¹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 108.

³³² Ídem ¶¶ 129, 139.

 $^{^{333}}$ Ídem ¶ 129.

 $^{^{334}}$ Ídem ¶ 139.

³³⁵ Ídem ¶¶ 129, 139.

³³⁶ Ídem ¶¶ 129, 139. Ver también MEM, Acuerdo Ministerial No. 348-2013 del 10 de octubre de 2013 (**C-96**), pág. 1.

³³⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 108.

³³⁸ Ídem ¶ 131.

³³⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 106.

³⁴⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 128.

³⁴¹ Ídem ¶ 129.

³⁴² Ídem ¶ 139.

citar, porque no existe), disposición contractual alguna que regule el proceso de ajuste del Canon Anual o de aplicación de la tasa de actualización.³⁴³

155. <u>Tercero</u>, Guatemala dice que "las Demandantes alegan que, en este caso, el MEM habría actuado más allá de su rol como parte contractual porque rechazó las solicitudes de TRECSA (i) mediante procedimientos administrativos arbitrarios y (ii) con base en argumentos ajenos al Contrato (incluso, con base en argumentos de carácter político)",³⁴⁴ lo cual "no puede prosperar".³⁴⁵ Como se indicó líneas más arriba, la respuesta de la Demandada parte de una visión simplista de la posición de las Demandantes. En todo caso, según se explica a continuación, los argumentos que Guatemala plantea al respecto son infundados.

156. En primer lugar, respecto de los procesos de ajuste por servidumbres, Guatemala se equivoca al indicar que, por el solo hecho que el proceso en cuestión esté contemplado en el numeral 5.10 de las Bases de Licitación, "cualquier reclamo relacionado con [su] incumplimiento... constituye un reclamo puramente contractual". Como se indicó anteriormente, la insistencia de la Demandada en plantear este tipo de argumentos se basa en un profundo desconocimiento de la doctrina y jurisprudencia internacional, quienes han reconocido que el Tribunal tiene jurisdicción para basar sus decisiones sobre el fondo del asunto en el Contrato, en la medida en que ello sea necesario para resolver sobre la responsabilidad del Estado guatemalteco como resultado de la conducta del MEM respecto de los procesos de ajuste por servidumbres (según indicó el Comité de Vivendi I).

157. Además, según se explicó más arriba, y según reconoce la doctrina internacional, es común que los reclamos por violaciones de un tratado y los contratos en los que se instrumentó la inversión estén "closely related", por lo que las reclamaciones por violaciones del Tratado relacionadas con la conducta del MEM en los procesos de ajuste por servidumbres pueden perfectamente involucrar cuestiones relacionadas con la ejecución del Contrato, y no por ello se transforman aquellas en reclamos puramente contractuales (como estableció *Azurix*). En este sentido, el Tribunal Arbitral podrá decidir, en la etapa procesal correspondiente, si la conducta del MEM que, según la Demandada, parece a primera vista un incumplimiento contractual, es realmente soberana y susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado guatemalteco (como estableció *Convial*).

³⁴³ Ídem ¶ 129.

³⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 107.

³⁴⁵ Ídem.

³⁴⁶ Ídem ¶ 108.

158. En segundo lugar, respecto de los procesos de ajuste por Fuerza Mayor y de aplicación de la tasa de actualización, dado que éstos se tramitaron con base en el Acuerdo Ministerial 348-2013, según Guatemala, la posición de las Demandantes es que "cualquier violación de dicho acuerdo constituiría un acto soberano del Estado". Como ya se ha indicado, esta no es la posición de las Demandantes respecto del Acuerdo Ministerial 348-2013 y su relación con la naturaleza soberana de la conducta del MEM en los procesos de ajuste por Fuerza Mayor y aplicación de la tasa de actualización. En efecto, las Demandantes han explicado más arriba que el ejercicio de facultades soberanas del MEM, al tramitar los procesos y emitir las Resoluciones sobre Ajuste del Canon Anual en cuestión, se manifiesta, entre otros elementos, porque dichos procesos y resoluciones se emitieron con base en las facultades otorgadas por el Acuerdo Ministerial 348-2013 y otras normas jurídicas que regulan la actuación pública del MEM. Ello quedó plasmado en las propias resoluciones, donde el MEM invocó las normas aplicables a su actuación.

159. Luego de no decir nada respecto del Acuerdo Ministerial 348-2013 en su primer escrito, Guatemala ahora pretende negar que el mismo Acuerdo sea un acto soberano porque "ninguna de las leyes y reglamentos citados en el Acuerdo Ministerial... autoriza al MEM a regular el procedimiento de ajuste del canon del Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito". En cambio, Guatemala alega que el Acuerdo Ministerial "tiene su origen en prerrogativas contractuales" porque, si el Contrato "no hubiera establecido que el MEM 'se pronunciará sobre los gastos y costos adicionales en que haya incurrido' el adjudicado... el MEM no habría tenido facultad alguna para regular el procedimiento relativo... y, mucho menos, para pronunciarse sobre cada una de las solicitudes de ajuste de TRECSA". 349 La Demandada no cita evidencia que soporte sus afirmaciones.

160. En realidad, y contrario a lo que alega Guatemala, las Demandantes han demostrado ampliamente que el Acuerdo Ministerial 483-2013 fue emitido por el MEM en ejercicio de sus funciones como órgano estatal perteneciente a la administración pública,³⁵⁰ en particular aquellas otorgadas por el Artículo 194(f) de la Constitución Política de Guatemala; los Artículos 22 y 27(m) de la Ley del Organismo Ejecutivo; el Decreto No. 117-97 del Congreso de la República y sus reformas; y el Artículo

 $^{^{347}}$ Ídem ¶ 109.

³⁴⁸ Ídem ¶ 111.

³⁴⁹ *Ídem* ¶ 112. En este mismo párrafo, Guatemala insiste en que "no existe una sola ley o decreto que otorgue al MEM, específicamente, la facultad de regular el procedimiento aplicable a las solicitudes de ajuste del canon anual de los adjudicados en proyectos de transporte de energía eléctrica". *Ídem*.

³⁵⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 129.

4(g) y 6(b) del Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Energía y Minas.³⁵¹ Además, contrario a lo que sugiere la Demandada, es un hecho indiscutido que el MEM decidió establecer unilateralmente el proceso aplicable al ajuste del Canon Anual en un Acuerdo Ministerial, en ejercicio de sus facultades reglamentarias. Una contraparte contractual privada no tiene la facultad de reglamentar, de forma unilateral, los procesos relacionados con su contrato en instrumentos vinculantes para sus contrapartes. Una parte contractual privada no tendría, por ejemplo, la facultad de emitir una resolución unilateral que añadiera un apéndice o anexo nuevo al contrato, o que aclarara sus términos, o impusiera nuevos requisitos. Una contraparte contractual privada únicamente tendría el derecho de establecer dichos procesos de común acuerdo con su contraparte, mediante adendas o modificaciones contractuales bilaterales. Además, el Acuerdo Ministerial 483-2013 fue la base del MEM y la CNEE tanto para tramitar el procedimiento administrativo, como para rechazar (arbitrariamente) las solicitudes de TRECSA en las Resoluciones sobre el Ajuste del Canon Anual, realzando el carácter administrativo y soberano de estos procesos, y las resoluciones resultantes.

161. <u>Cuarto</u>, Guatemala alega que "las Demandantes no están de acuerdo con los argumentos del MEM para rechazar los ajustes solicitados... pero ello no significa que el MEM haya actuado por fuera del Contrato", y que "[e]l hecho de que las Demandantes consideren que algunos de dichos argumentos no estaban en realidad justificados bajo el Contrato o, incluso, que eran de carácter político, no cambia esta conclusión".³⁵² Como en otros apartados de su Objeción, la Demandada invoca los mismos párrafos del laudo de *Ríos c. Chile*,³⁵³ pero las Demandantes ya han mostrado su irrelevancia en este caso. Sobre este punto, la Demandada nuevamente distorsiona el reclamo de las Demandantes para hacerlo calzar en su supuesta objeción jurisdiccional. Los reclamos de las Demandantes respecto de los procesos y resoluciones de Ajuste del Canon Anual no se reducen a un mero desacuerdo con los "argumentos" del MEM para rechazar dichos ajustes, ni a una aplicación o interpretación deficiente del Contrato. Por el contrario, los reclamos de las Demandantes se vinculan con el hecho de que la CNEE y el MEM aplicaron, arbitrariamente, normas y supuestos requisitos regulatorios extra-contractuales (y, además, lo hicieron mal) para llegar a determinaciones abusivas.

162. *Respecto de la Resolución No. 214-2021*, Guatemala no ha demostrado que ésta haya sido emitida por el MEM sin la injerencia de sus facultades soberanas,³⁵⁴ por las siguientes razones.

³⁵¹ Ídem ¶ 128.

³⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 113.

³⁵³ Ídem.

³⁵⁴ Ídem ¶¶ 114-118.

163. Primero, al igual que con la Resolución No. 2017-1515, en el caso de la Resolución No. 214-2021, Guatemala afirma que la Cláusula Décima Primera del Contrato otorga el derecho a TRECSA de presentar una solicitud de prórroga del plazo del Proyecto como consecuencia de eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, y otorga al MEM la facultad y obligación de pronunciarse sobre la solicitud de modificación en los términos establecidos en dicha cláusula.³⁵⁵ Ello no es lo que ocurrió en este caso, y no es lo que invocan las Demandantes como base de su reclamo. Como las Demandantes mostraron en el Memorial de Demanda y en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, en la Resolución No. 214-2021, el pronunciamiento del MEM sobre la solicitud de TRECSA no se amparó en sus facultades y obligaciones en los términos establecidos en dicha cláusula. ³⁵⁶ Según la referida disposición contractual, la modificación y prórroga del plazo para ejecutar las Obras únicamente está condicionada únicamente en que "el evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito haya sido declarado conforme al procedimiento descrito en esta cláusula o se encuentre en proceso de ser declarado" por el MEM. 357 Una vez actualizada esta condición, la prórroga debe ser otorgada. En cambio, a pesar de haber declarado los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito afectando el desarrollo las Obras, 358 para acceder al otorgamiento de la prórroga del plazo del Proyecto y emitir la Resolución No. 214-2021, el MEM exigió a TRECSA la renuncia de Obras paralizadas como consecuencia de su propia omisión en realizar consultas indígenas según lo mandado por la Corte de Constitucionalidad, y por las acciones de las municipalidades, y, al emitir dicha Resolución, aprovechó para cancelar unilateral, retroactiva y arbitrariamente la compensación por los costos y gastos adicionales incurridos por dicha paralización.³⁵⁹

164. <u>Segundo</u>, citando únicamente el memorial del 1 de octubre de 2020, por el que TRECSA presentó al MEM alternativas para lograr la viabilización del Proyecto PET,³⁶⁰ la Demandada afirma que "el MEM, en ningún momento, exigió que las Demandantes renunciaran a las obras paralizadas", sino que "fueron ellas las que sugirieron al MEM eliminar ciertas obras del Contrato".³⁶¹ El argumento de Guatemala ignora por completo el grueso de los hechos narrados por las Demandantes en torno a la emisión de la Resolución No. 214-2021,³⁶² así como la evidencia testimonial presentada en este

 $^{^{355}}$ Ídem ¶ 114.

 $^{^{356}}$ Ídem ¶ 88.

³⁵⁷ Contrato de Autorización de Ejecución de las Obras de Transmisión de los Lotes A, B, C, D, E, y F adjudicadas como resultado del proceso de licitación abierta para la prestación del servicio de transporte de energía eléctrica por el Valor del Canon Anual (**C-65**), Cláusula Décima Primera, PDF pág. 25.

³⁵⁸ Memorial de Demanda ¶ 372

³⁵⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 143.

³⁶⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 163.

 $^{^{361}}$ Ídem ¶ 116.

³⁶² Memorial de Demanda ¶¶ 373-380.

respecto.³⁶³ En particular, la Demandada omite mencionar la evidencia de que fue a solicitud del MEM que TRECSA presentó el referido memorial del 1 de octubre de 2020, así como una nueva versión del mismo el 8 de octubre de 2020, los cuales reflejaban las alternativas consideradas en sesiones de trabajo realizadas entre TRECSA y el MEM.³⁶⁴ No obstante, como mostraron las Demandantes, en noviembre de 2020, en el contexto dichas reuniones, el MEM exigió a TRECSA la presentación de una nueva versión de sus propuestas bajo la figura de una "renuncia" a la construcción de las Obras, así como el desistimiento de sus solicitudes anteriores.³⁶⁵ En todo caso, la Objeción Preliminar de la Demandada no se puede fundar en la premisa de desconocer, o disputar, estas alegaciones de las Demandantes.

165. <u>Tercero</u>, al igual que con la Resolución No. 2017-1515, y de conformidad con lo indicado en el Memorial de Demanda, la Contestación sobre Objeciones Preliminares,³⁶⁶ y los párrafos anteriores, no es correcto, como sugiere Guatemala, que el MEM simplemente haya "exigido ciertos términos para aceptar una modificación a un contrato", lo cual sería "una conducta que puede asumir cualquier parte contractual",³⁶⁷ y que "si las Demandantes consideraban que los términos del MEM no eran aceptables, bien habrían podido de abstenerse de suscribir la Cuarta Modificación del Contrato y someter su inconformidad al juez del Contrato".³⁶⁸ La Demandada luego repite su argumento de que "el exigir ciertos términos para aceptar una modificación a un contrato no constituye el ejercicio de una prerrogativa soberana", citando el laudo en *Ríos c. Chile*.

166. Contrario a lo que indica la Demandada, en este caso, el MEM tampoco tenía derecho contractual alguno de "aceptar" o no la prórroga del Proyecto una vez declarados los eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito (como en efecto había ocurrido). El MEM tampoco tenía derecho contractual alguno de exigir a TRECSA la renuncia de Obras paralizadas como consecuencia, precisamente, de esos eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ya reconocidos. El MEM tampoco tenía derecho contractual alguno de modificar unilateralmente los términos de ejecución del Proyecto que resultaron en una alteración de la ecuación económica en perjuicio de TRECSA. Además, la Demandada omite mencionar que, abstenerse de cumplir con las exigencias del MEM hubiese impedido la obtención de la cuarta prórroga del Proyecto y, según se explicó anteriormente, el término del plazo exponía (y expone) a TRECSA a la imposición de multas, sanciones e incluso la toma de los activos del Proyecto bajo la Ley

³⁶³ Acevedo ¶ 78.

³⁶⁴ Memorial de Demanda ¶¶ 373-376.

 $^{^{365}}$ *Ídem* ¶¶ 377-379. *Ver* Acevedo ¶¶ 78-79.

³⁶⁶ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 123-124.

³⁶⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 118.

³⁶⁸ Ídem ¶ 117.

General de Electricidad. Estos actos por fuera del Contrato, establecidos en una resolución ministerial, constituyen violaciones abiertas del Tratado.

- 167. En este sentido, como mostraron las Demandantes en su Contestación,³⁶⁹ los actos del MEM no se fundaron en derechos o prerrogativas establecidas en el Contrato (a diferencia de lo ocurrido en *Convial*, por ejemplo) sino que fueron emitidos en ejercicio (y abuso) de facultades soberanas, e instrumentados en actos propios de dicho ejercicio (resoluciones ministeriales sujetas a medios de impugnación). En cambio, el MEM se apartó de su rol como mera parte contractual al imponer a las Demandantes la aceptación de nuevos términos que cambiaron la ecuación económica del Proyecto sin fundamento en el Contrato (similar a lo ocurrido en *Siemens y Abaclat*).
- 168. En cualquier caso, la Réplica de Guatemala confirma la invalidez de su supuesta objeción preliminar, pues ésta depende de cuestiones inherentes al fondo del asunto, las cuales deben ser decididas por el Tribunal Arbitral en la etapa procesal correspondiente, habiendo oído de forma completa los argumentos fácticos y legales de las Partes, así como la evidencia documental, testifical y pericial correspondiente, a fin de determinar la naturaleza y alcance de las medidas del MEM en cuestión. De hecho, como señalaron las Demandantes en su Contestación, y Guatemala no disputa, parte de este análisis incluso involucraría cuestiones de derecho administrativo guatemalteco que también constituye una cuestión fáctica.³⁷⁰ Esta es la posición adoptada por la doctrina y jurisprudencia internacional,³⁷¹ y la Demandada no ha satisfecho su carga de probar por qué el Tribunal Arbitral debería apartarse de ella.
- 169. Por las razones anteriores, la Objeción Preliminar de la Demandada respecto de supuestos reclamos de índole contractual debe ser desestimada.

2. CLÁUSULAS PARAGUAS: El Tribunal puede pronunciarse sobre las violaciones de cláusulas paraguas por medio de la cláusula NMF

170. Las Demandantes han demostrado en su Memorial de Demanda y en su Contestación sobre Objeciones Preliminares que: (i) el Artículo 12.6 del Tratado prevé que los Estados Contratantes se obligan a conceder a los inversionistas de otra Parte "un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio" teniendo como única limitante la aplicación a

³⁶⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 123-124.

³⁷⁰ Ídem ¶ 80.

³⁷¹ Convial c. Perú (Fondo) (CL-143) ¶ 448-449. Ver también Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 96, 110.

"mecanismos de solución de controversias";³⁷² (ii) uno de los propósitos y efectos de las cláusulas de trato de NMF es otorgar a los inversionistas las protecciones sustantivas previstas en otros tratados; y (iii) un ejemplo claro de protecciones sustantivas previstas en otros tratados que pueden ser incorporadas mediante una cláusula NMF es el trato concedido mediante las así llamadas "cláusulas paraguas".³⁷³

171. Conforme a estos principios, las Demandantes tienen derecho a incorporar, y a que se les apliquen, las siguientes cláusulas paraguas de tratados de protección de inversiones en vigor entre Guatemala y otros estados:

No.	Tratado		Cláusula Paraguas
1.	APPRI (Austria	Guatemala-	"Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya sido adquirida con respecto a Inversiones especificas por Inversiones de la otra Parte Contratante". 374
2.	APPRI (Finlandia	Guatemala-	"Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que puede tener con respecto de una inversión específica de un inversionista de la otra Parte Contratante". ³⁷⁵
3.	APPRI O Suecia	Guatemala-	"Cada Parte Contratante deberá observar cualquier obligación adquirida con los inversionistas de la otra Parte Contratante con respecto a su inversión". 376
4.	APPRI (Alemania	Guatemala-	"Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de capital de los inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio". ³⁷⁷
5.	APPRI (Italia	Guatemala-	"Cada Parte Contratante proveerá, en su territorio, un marco legal apto para garantizar a los inversionistas la continuidad del trato legal, incluyendo el cumplimiento, de buena fe, de todos los compromisos adquiridos con relación a cada inversionista específico". ³⁷⁸
6.	APPRI (España	Guatemala-	"Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que hubiese contraído por escrito con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante". ³⁷⁹

³⁷² Ver Tratado (**C-1**), Art. 12.6.1.

³⁷³ Ver, en general, Memorial de Demanda § III.D.2; Contestación sobre Objeciones Preliminares § IV.B.2.

³⁷⁴ Acuerdo entre la República de Guatemala y la República de Austria para la Promoción y Protección de las Inversiones del 16 de enero de 2006 (CL-79), Artículo 9.1.

³⁷⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Finlandia y el Gobierno de la República de Guatemala sobre la Promoción y Protección de Inversiones del 12 de abril de 2005 (CL-80), Artículo 12.2.

³⁷⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 12 de febrero de 2004 (**CL-81**), Artículo 2.4.

³⁷⁷ Tratado entre la República de Guatemala y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de Capital del 17 de octubre de 2003 (CL-82), Artículo 7.2.

³⁷⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y la Protección de las Inversiones del 8 de septiembre de 2003 (CL-83), Artículo 2.4.

³⁷⁹ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones del 9 de diciembre de 2002 (**CL-84**), Artículo 3.2.

7.	APPRI Guate Suiza	emala-	"Cada Parte Contratante observará cualquier obligación asumida en relación con las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante". 380
8.	APPRI Guate Corea	emala-	"Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party". ³⁸¹
9.	APPRI Guatemala- Argentina		"Cada Parte Contratante cumplirá otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio". 382
10.	APPRI Guate Países Bajos	emala-	"Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party". 383

172. En su Réplica sobre Objeciones Preliminares, Guatemala reitera los argumentos planteados en su escrito anterior, alegando que: (i) "[l]as Demandantes no pueden incorporar al Tratado ninguna de las diez cláusulas paraguas que invocan la Demanda";³⁸⁴ (ii) "[a]un si el Tribunal concluyera que la cláusula paraguas puede ser importada a través de la Cláusula NMF... las cláusulas paraguas no elevan cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional";³⁸⁵ y (iii) "[e]n cualquier caso, los reclamos contractuales de las Demandantes se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y, por lo tanto, son inadmisibles".³⁸⁶

173. Los argumentos de la Demandada vuelven a distorsionar la naturaleza de los reclamos de las Demandantes. Ante todo, es clave que el Tribunal recuerde que las Demandantes no han invocado incumplimientos de cláusulas del Contrato como reclamos a ser resueltos por el Tribunal, ni siquiera en el contexto de su invocación de cláusulas paraguas. Como se ha visto, los reclamos de las Demandantes se basan en una serie de medidas administrativas, actos judiciales, y conductas municipales. La impugnación de esas medidas ni siquiera podría llevarse a cabo bajo la cláusula de resolución de disputas del Contrato. Pero esto no quita que las Demandantes tengan el derecho a que se les apliquen las

³⁸⁰ Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Guatemala sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 9 de septiembre de 2002 (CL-85), Artículo 10.2.

³⁸¹ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Guatemala para la Promoción y Protección de Inversiones del 1 de agosto de 2000 (**CL-87**), Artículo 10.3.

³⁸² Acuerdo Entre la República de Argentina y la República de Guatemala para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones del 21 de abril de 1998 (CL-88), Artículo VIII.2.

³⁸³ Acuerdo entre la República de Guatemala y el Reino de los Países Bajos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 18 de mayo de 2001 (RL 19)/(CL-86), Artículo 4.4.

³⁸⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares § 3.2.1.

³⁸⁵ Ídem § 3.2.2.

³⁸⁶ Ídem § 3.2.3.

cláusulas paraguas de otros tratados suscritos por Guatemala y, con ello, el derecho a que se hagan efectivos *todos* los compromisos de Guatemala asumidos con respecto a la inversión de las Demandantes.

En realidad, los argumentos de la Demandada son meras construcciones ideológicas y 174. rígidas acerca de lo que ella quisiera que establezca el Tratado, o lo que considera que el Tratado debiera establecer, más que lo que el Tratado efectivamente establece y cuyas consecuencias Guatemala no puede evitar. Así, por ejemplo, Guatemala se refiere a "los efectos nocivos de usar las cláusulas NMF para desconocer el derecho soberano de los Estados de negociar y suscribir los tratados en los términos que consideran apropiados";387 y sostiene que "[p]ara que exista una violación prima facie de la cláusula paraguas, el inversionista debe igual demostrar que, en el caso específico, el Estado estaba actuando en ejercicio de sus poderes soberanos (y no como una parte contractual)";388 "[e]l Tratado no tiene como propósito regular las relaciones contractuales de los inversionistas";389 "[e]l Estado, como ente soberano, no está (y no puede estar) obligado a cumplir los compromisos contractuales de un órgano o entidad estatal en específico";390 "[1]a idea de que los redactores de los tratados de inversión tuvieron la intención de revolucionar el derecho internacional para que la cláusula paraguas tuviera un efecto útil completamente independiente de las demás obligaciones bajo el Tratado no es convincente";391 y "permitir a las Demandantes invocar las cláusulas paraguas de otros tratados para someter reclamos contractuales a la jurisdicción del Tribunal sería tolerar un fraude al Contrato y un abuso del arbitraje de inversiones".392

175. Estos no son argumentos, sino eslóganes basados en el concepto de que el Tratado debe ceder ante cualquier invocación de "soberanía" por parte del estado demandado. El texto del Tratado dice lo que dice, y las expresiones de supuesta política pública a la conveniencia del Estado no pueden borrar tales disposiciones.

176. En realidad, no es "revolucionario" que una cláusula de NMF atraiga protecciones que no están en el Tratado, ya que es precisamente la naturaleza de este tipo de cláusulas proteger contra la discriminación, y no necesita haber un catálogo de posibles discriminaciones en el texto del Tratado. Las Demandantes, al invocar esa protección no necesitan demostrar, en palabras de la Demandada, una

³⁸⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 144 (énfasis añadido).

³⁸⁸ *Ídem* ¶ 156 (énfasis añadido).

³⁸⁹ *Ídem* ¶ 162 (énfasis añadido).

³⁹⁰ Ídem ¶ 166 (énfasis añadido).

³⁹¹ *Ídem* ¶ 174 (énfasis añadido).

³⁹² *Ídem* ¶ 190 (énfasis añadido).

"extensión a la jurisdicción del Tribunal", ³⁹³ pues la Cláusula de NMF ya es lo suficientemente "extensiva"; es la Demandada la que, en todo caso, tiene la carga de demostrar la supuesta "limitación" extra-textual que invoca. Tampoco es "revolucionario" que una cláusula paraguas se aplique, según sus términos, a cualquier compromiso adoptado por el Estado. A tal punto llega Guatemala que sugiere que las cláusulas paraguas no tienen significado alguno, y que simplemente proveen un "overlap" con otras cláusulas del Tratado. ³⁹⁴

177. Lo que sí es revolucionario es el crecimiento explosivo en las últimas décadas en el volumen de tratados de protección de inversiones, y consiguientemente en el derecho de las inversiones. Es evidente que estados alrededor del planeta han encontrado valor en estos instrumentos, en términos de la atracción de las inversiones y la seguridad del estado de derecho subyacente. Frente a esta realidad nueva y enorme, la Demandada argumenta que "por regla general, los Estados no son internacionalmente responsables por incumplimientos de contratos suscritos por sus órganos o entidades estatales". Para ello, Guatemala cita una publicación del año 1994. La "regla general" que cita Guatemala es solo una fórmula desconectada de décadas de desarrollo jurisprudencial que indica que una cláusula paraguas internacionaliza incumplimientos contractuales o de otra índole, como ya se demostró en la Contestación sobre Objeciones Preliminares. Ante el peso de la jurisprudencia, Guatemala se reduce a sostener que "[e]n el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes". Parece no importarle que en otros apartados de su escrito, Guatemala invoca no solo jurisprudencia, sino jurisprudencia muy minoritaria. Guatemala aplica así de manera selectiva sus principios, y todavía acusa a las Demandantes de pretender un "abuso de derecho".

178. En cualquier caso, y como se resume nuevamente a continuación: (i) el texto de la reserva de Guatemala relativa a la Cláusula de NMF no impide la invocación por parte de las Demandantes de cláusulas paraguas en otros tratados; (ii) el texto de las cláusulas paraguas cuya aplicación al presente caso pretenden las Demandantes es amplio y se extiende a todo tipo de compromisos por parte del Estado y, en cualquier caso, la determinación del alcance y aplicación de las cláusulas paraguas corresponde a la fase de fondo; y (iii) el texto de dichas cláusulas paraguas no requiere una remisión a foros distintos a los previstos en el Tratado. A continuación, se abordan cada uno de estos puntos.

 393 Ídem ¶ 141.

 $^{^{394}}$ Ídem ¶ 173.

³⁹⁵ Ídem ¶ 167.

³⁹⁶ Ídem, nota 227.

³⁹⁷ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 172-173, 181.

³⁹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 159.

a. La Cláusula de NMF permite aplicar cláusulas paraguas de otros tratados

179. Con respecto a la Cláusula de NMF, Guatemala plantea dos argumentos en su Réplica sobre Objeciones Preliminares: (i) el primero, con base en la reserva de Guatemala respecto de la Cláusula de NMF, es que "el Tratado expresamente excluye del ámbito de la Cláusula NMF la posibilidad de incorporar las cláusulas paraguas invocadas en la Demanda";³⁹⁹ y (ii) el segundo, con base en el supuesto alcance de la Cláusula de NMF es que dicha cláusula, "no permite, *prima facie*, incorporar al Tratado estándares jurídicos de otros Tratados".⁴⁰⁰ Ambos argumentos malinterpretan el texto específico del Tratado negociado y acordado por los Estados contratantes.

i. La reserva de Guatemala sobre la Cláusula de NMF no es aplicable a la presente disputa

180. Respecto de la reserva de Guatemala, conviene recordar los textos relevantes. Específicamente, el Artículo 12.12.2 del Tratado dispone que "[e]l Artículo 12.6 [Trato de NMF] no se aplicará al trato otorgado por una Parte de conformidad con cualquier Tratado o Acuerdo Internacional, o respecto a los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su lista del Anexo III". A su vez, el Anexo III contiene las excepciones de los Estados Contratantes respecto del trato de NMF, y la lista de Guatemala contiene una reserva relativa a "[t]odos los sectores", que establece cuanto sigue:

Inversión y Comercio transfronterizo de servicios

Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país, de conformidad con cualquier tratado internacional bilateral o multilateral en vigor o suscrito con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Guatemala, se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que acuerde un tratamiento diferente entre países, bajo cualquier acuerdo internacional en vigor o suscrito después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado en materia de:

- (a) aviación;
- (b) pesca; y
- (c) asuntos marítimos, incluyendo salvamento.⁴⁰²

³⁹⁹ Ídem § 3.2.1.1.

⁴⁰⁰ Ídem § 3.2.1.2.

⁴⁰¹ Tratado (C-1), Art. 12.12.2. *Ver también* Objeciones Preliminares ¶ 56.

⁴⁰² Tratado (**C-1**), Anexo III.

los siguientes tres aspectos de la reserva: (i) que se refiere al "derecho de <u>adoptar o mantener</u> cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país",⁴⁰³ y las Demandantes no piden que Guatemala cese de otorgar un trato diferenciado a terceros, a fin de igualarlos en cuanto al trato otorgado a las Demandantes; (ii) que se refiere a la adopción o mantenimiento de "cualquier <u>medida</u> que otorgue un trato diferente a otro país",⁴⁰⁴ y las Demandantes no están cuestionando una "<u>medida</u>" de Guatemala que otorgue un trato diferenciado, sino que están solicitando la aplicación de un <u>estándar</u> (cláusula paraguas) otorgado por Guatemala en otros tratados, pero no en el Tratado que es objeto del presente arbitraje; y (iii) que se refiere a la adopción o mantenimiento de "cualquier medida que otorgue un trato diferente <u>a otro país</u>",⁴⁰⁵ por oposición a un trato otorgado a otros "inversionistas" o "inversionistas de otro país".⁴⁰⁶

182. En cuanto al primer punto, Guatemala ahora aduce que "una interpretación de buena fe de la reserva de Guatemala... tan solo puede tener un significado: Guatemala 'se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferente a otro país", sin que, por ello, deba asumir responsabilidad alguna bajo la Cláusula de NMF; en otras palabras, sin que, por ello, tenga que extender el mismo trato a los inversionistas de los Estados Contratantes del Tratado". Guatemala agrega que "[c]ualquier otra interpretación le restaría todo efecto útil a la reserva".

183. Como en otros apartados de sus Objeciones Preliminares, Guatemala aquí también necesita agregarle frases enteras al Tratado – en este caso, dos formulaciones distintas – para que su argumento tenga algo de sustento. Específicamente, Guatemala asume, sin fundamento alguno, que el texto de la reserva debe añadir la frase "sin que, por ello, deba asumir responsabilidad alguna bajo la Cláusula de NMF", y luego, para rematar, la frase "sin que, por ello, tenga que extender el mismo trato a los inversionistas de los Estados Contratantes del Tratado". Guatemala agrega una tercera formulación cuando dice que la reserva fue prevista para "evitar que los inversionistas… pudieran invocar el trato otorgado a terceros de conformidad con tratados suscritos antes de la fecha del presente Tratado". Estas frases, inexistentes en el Tratado, están diseñadas únicamente para eximir de responsabilidad al Estado.

⁴⁰³ Tratado (**C-1**), Anexo III (énfasis añadido).

⁴⁰⁴ Ídem (énfasis añadido).

⁴⁰⁵ Ídem (énfasis añadido).

⁴⁰⁶ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 151.

⁴⁰⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 131 (énfasis en el original).

⁴⁰⁸ Ídem ¶ 131.

⁴⁰⁹ Ídem ¶ 128.

- 184. Las Partes podían haber redactado la reserva con las formulaciones que plantea ahora Guatemala, u otras similares. Tal es el caso, por ejemplo, del tratado bilateral de inversiones entre México y Holanda, cuya cláusula de tratamiento a inversionistas (el cual incluye una disposición de NMF), contiene la siguiente excepción:
 - 3. <u>Si una de las Partes Contratantes ha convenido en otorgar ventajas especiales a</u> nacionales de cualquier tercer Estado:
 - a) en virtud de acuerdos que establezcan zonas de libre comercio, uniones aduaneras, económicas o monetarias o instituciones similares;
 - b) en base a acuerdos que rijan interinamente dichas uniones, instituciones u organizaciones;
 - c) de conformidad con un acuerdo para evitar la doble tributación; o,
 - d) sobre la base de reciprocidad en asuntos tributarios;

dicha Parte Contratante no estará obligada a conceder tales ventajas a los nacionales de la otra Parte Contratante. 410

185. Se puede encontrar un texto similar en otros tratados de protección de inversiones, incluyendo tratados suscritos antes del Tratado del Triángulo Norte.⁴¹¹ En efecto, Guatemala parece estar confundiendo dos temas distintos, que son las medidas disconformes (y el consiguiente deber o exención respecto de la acomodación de normas existentes o futuras a las obligaciones del Tratado), y la aplicación de esas medidas al inversionista demandante por medio de cláusulas de NMF.

⁻

⁴¹⁰ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos del 13 de mayo de 1998 (en vigor desde el 1 de octubre de 1999) (CL-238), Art. 3(3) (énfasis añadido).

⁴¹¹ Ver, por ejemplo, Acuerdo Privado entre la República de Chile y la República de Honduras para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones del 11 de noviembre de 1996 (en vigor desde el 10 de enero de 2002) (CL-239), Art. IV(3) ("En caso de que una parte Contratante otorgare ventajas especiales a los inversionistas de cualquier Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica o cualquier otra forma de organización económica regional o en virtud de un acuerdo relacionado en su totalidad o principalmente con materias tributarias, dicha Parte no estará obligada a conceder las referidas ventajas a los inversionistas de la otra Parte Contratante" (énfasis añadido)); Convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Argentina para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones del 20 de octubre de 1992 (en vigor desde el 1 de octubre de 1994) (CL-226), Art. 3(3) ("Cuando una Parte Contratante haya acordado ventajas especiales a inversores de cualquier tercer Estado en virtud de acuerdos que establezcan uniones aduaneras, uniones económicas, áreas de integración o instituciones similares, o en virtud de acuerdos provisorios que conduzcan a tales uniones o instituciones, esa Parte contratante no estará obligada a acordar dichas ventajas a inversores de la otra Parte Contratante" (énfasis añadido)); Acuerdo entre el Consejo Federal Suizo y el Gobierno de la República Popular China sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 27 de enero de 2009 (en vigor desde el 13 de abril de 2010) (CL-240), Art. 4(4) ("If a Contracting Party accords special advantages to investors of any third State by virtue of an agreement establishing a free trade area, a customs union or a common market or by virtue of an agreement on the avoidance of double taxation, it shall not be obliged to accord such advantages to investors of the other Contracting Party" (énfasis añadido)).

186. En particular, el Artículo 12.12 del Tratado lleva el título "Medidas Disconformes".⁴¹² Dichas medidas disconformes se refieren a medidas que, sin algún tipo de reserva, podrían considerarse violatorias de los términos de un tratado. En su Diccionario de Términos de Comercio, el Sistema de Información de Comercio Exterior de la OEA, define "medidas disconformes" como "cualquier ley, regulación, procedimiento, o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional".⁴¹³ Las reservas, como la de Guatemala que nos ocupa, significan que el Estado puede mantener estas normas, y no necesita ajustar su legislación u otros compromisos internacionales, para dar cumplimiento a la Cláusula de NMF.

187. Otra cosa muy distinta es desprender de este tipo de cláusulas y reservas una exención adicional, como la que presenta el TBI México-Holanda, y otros, en el sentido de que Guatemala no esté "obligada a conceder tales ventajas a los nacionales de la otra Parte Contratante". Si las Partes del Tratado del Triángulo Norte hubiesen querido tomar este paso adicional, podían haber adoptado la fórmula contenida en esos tratados pre-existentes. Por tanto, los términos del Tratado no avalan la posición de Guatemala, lo cual debería poner fin al debate. En todo caso, Guatemala no presenta evidencia alguna de una supuesta intención de los Estados Contratantes en el sentido que plantea.

188. Con respecto a la posición del Estado de que una interpretación contraria a la suya "le restaría todo efecto útil a la reserva", 414 el Estado ni siquiera abordó la referencia de las Demandantes al pie de página aclaratorio de la reserva, 415 el cual indica: "Para mayor certeza, Guatemala podrá adoptar o mantener cualquier medida derivada de una norma de derecho comunitario proveniente de un instrumento de derecho comunitario o adoptado por un órgano del Sistema de Integración Económica Centroamericana o su sucesor". 416 En otras palabras, por medio de su reserva, Guatemala se protegió de tener que derogar o modificar "cualquier medida derivada de una norma de derecho comunitario", es decir, de abandonar normas que provienen de otros compromisos internacionales del Estado. Esto es un efecto útil para el Estado.

189. En cuanto al segundo punto, respecto de la referencia en la reserva a "medidas" por oposición a "estándares de protección", Guatemala sostiene que "[u]n trato diferenciado sólo puede darse

⁴¹² Tratado (**C-1**), Art. 12.12.

⁴¹³ Diccionario de Términos de Comercio (CL-241).

⁴¹⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 131.

⁴¹⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 151. Ver también Tratado (C-1), Anexo III.

⁴¹⁶ Tratado (**C-1**), Anexo III.

mediante la adopción de 'medidas'...".⁴¹⁷ Esto tampoco es cierto, y también añade palabras al Tratado. El Tratado no equipara el "**trato** no menos favorable" a medidas específicas.⁴¹⁸ Claramente, Guatemala estaba consciente de la diferencia, ya que, en el mencionado pie de página aclaratorio de su reserva, Guatemala se refirió a "cualquier medida derivada de una norma de derecho"⁴¹⁹ y no a cualquier "trato". En este caso, la discriminación se produce porque Guatemala puso a disposición de inversionistas de terceros estados una protección específica – las diversas cláusulas paraguas – que pretende ahora no otorgar a las Demandantes.

190. En cuanto al tercer punto, referente al hecho de que la reserva se refiere a medidas que otorguen un trato diferente "a otro país", Guatemala argumenta que "el propósito de la reserva es... limitar el alcance de las cláusulas de nación más favorecida de los capítulos de inversión y comercio transfronterizo, las cuales se refieren, expresa y exclusivamente, al trato otorgado a los inversionistas y proveedores de terceros (no al trato otorgado a Estados soberanos)". Guatemala añade que, "[s]i la reserva se limitara al trato otorgado a terceros Estados, el Anexo III no sería en realidad una excepción 'al trato de nación más favorecida". 421

191. Así, nuevamente, Guatemala busca enmendar discrecionalmente el texto del Tratado (esta vez de su propia reserva) para excluir convenientemente el reclamo de las Demandantes. La reserva explícitamente hace referencia a medidas que otorguen un trato diferente "a otro país", no a "inversionistas de otros países". Ciertamente podían haber utilizado esta última redacción. Por ejemplo, en el Anexo I, que contiene el listado de medidas disconformes existentes de los Estados Contratantes, Colombia incluyó la siguiente reserva respecto del estándar de trato nacional contenido en el Artículo 12.5 del Tratado: "Un inversionista extranjero puede hacer inversiones de portafolio en valores en Colombia solamente a través de un fondo de inversión de capital extranjero". Por su parte, El Salvador incluyó la siguiente reserva respecto de los estándares de trato nacional y nación más favorecida, contenidos en los Artículos 12.5 y 12.6 del Tratado: "El comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño son patrimonio exclusivo de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. En consecuencia, los inversionistas extranjeros no tendrán acceso a dichas actividades". 423

⁴¹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 132.

⁴¹⁸ Ver Tratado (C-1), Art. 12.6.1.

⁴¹⁹ Tratado (C-1), Anexo III.

⁴²⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 133.

⁴²¹ Ídem.

⁴²² Tratado (C-1), Anexo I (énfasis añadido).

⁴²³ Ídem (énfasis añadido).

- 192. Aun en el supuesto no demostrado de que la intención implícita de Guatemala (y de los demás Estados Contratantes, los cuales adoptaron casi idénticas reservas) haya sido que su reserva impactara finalmente a los inversionistas extranjeros, y no solo los países de éstos, ello no afecta el punto de las Demandantes. Y es que la reserva está expresamente redactada para que Guatemala pueda "adoptar o mantener" medidas. Puede que esas medidas, por extensión, establezcan un trato diferenciado frente a nacionales de distintos países, pero el derecho establecido bajo la reserva es el de mantener vigentes esas medidas *entre los Estados*, no frente a los inversionistas que demandasen la aplicación de la Cláusula de NMF para acceder a un trato similar. Las Demandantes no están invocando una medida otorgada a "otro país", sino un estándar jurídico otorgado a *inversionistas* de terceros Estados, en la forma de cláusulas paraguas.
- 193. Por tanto, la reserva de Guatemala no es aplicable a la presente disputa, ni impide la aplicación de cláusulas paraguas provenientes de otros tratados de los que Guatemala es parte.

ii. El alcance de la Cláusula de NMF cubre la aplicación de cláusulas paraguas provenientes de otros tratados

194. Con respecto al alcance de la Cláusula de NMF, Guatemala sostiene que "el Tribunal sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado (y no sobre estándares jurídicos contenidos en otros tratados)",⁴²⁴ y recicla tres argumentos en soporte de esta conclusión, cada uno de los cuales ya fue abordado en la Contestación de las Demandantes sobre Objeciones Preliminares:⁴²⁵ (i) las Demandantes "tienen la carga de probar que los Estados Contratantes tuvieron la intención inequívoca de extender las protecciones del Tratado y la jurisdicción del Tribunal a las cláusulas paraguas", y "no lo han hecho";⁴²⁶ (ii) "los Estados Contratantes sí decidieron limitar el ámbito de aplicación de la Cláusula de NMF – en este caso, al trato más favorable otorgado 'en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte", lo cual supuestamente "restringe la aplicación de la Cláusula NMF a instancias específicas de trato otorgado por el Estado a inversionistas extranjeros" y "[n]o se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas";⁴²⁷ y (iii) "incluso si se aceptara que la Cláusula NMF se aplica a estándares jurídicos de trato..., el hecho de que dicha cláusula sólo se pueda aplicar a inversionistas o inversiones 'en circunstancias similares' necesariamente implica que la misma sólo podría aplicarse a formulaciones más

⁴²⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 135.

⁴²⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 153-170.

⁴²⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 140.

⁴²⁷ Ídem ¶ 146.

favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado".⁴²⁸ La Demandada yerra en cada uno de estos puntos, como ya se ha expuesto en la Contestación de las Demandantes.

195. Con respecto al primer punto, referente a la supuesta carga de la prueba relativa a la "extensión" de la jurisdicción del Tribunal, este es otro ejemplo de la manera en la que la Demandada pretende deshacerse de <u>su</u> propia carga de la prueba en esta fase y transferirla a las Demandantes. En esta etapa, las Demandantes no tienen la carga de probar, mucho menos de manera "inequívoca" su caso en cuanto al fondo. Sería en todo caso la Demandada la que tendría que probar, inequívocamente, que los Estados Contratantes <u>no</u> tuvieron la intención de que la Cláusula de NMF no aplique para incorporar cláusulas paraguas de otros tratados. Las Demandantes han establecido un caso *prima facie* basado en la Cláusula de NMF. Su aplicación concreta y final al caso no se puede realizar sino hasta la fase de fondo.

196. Además, Guatemala sigue distorsionando el reclamo de las Demandantes al sugerir que éstas pretenden "extender las protecciones del Tratado" a "estándares incluidos en otros tratados".⁴²⁹ Esto no es lo que plantean las Demandantes, sino una violación del estándar de NMF contenido en el Tratado que es objeto de esta controversia.

197. Guatemala cita el caso de *A11Y Ltd. C. República Checa*, donde se determinó que "where there is no consent to arbitrate certain disputes under the basic Treaty, an MFN clause cannot be relied upon to create that consent unless the Contracting Parties clearly and explicitly agreed thereto". ⁴³⁰ Lo que no menciona Guatemala es que, en ese caso, la cláusula arbitral del tratado respectivo limitaba el consentimiento al arbitraje a la violación de ciertas disposiciones específicas de dicho tratado. ⁴³¹ De hecho, en el párrafo inmediatamente anterior al citado por Guatemala, el tribunal en *A11Y Ltd.* explicó:

In the present case, it is clear that the Contracting Parties' <u>consent to arbitrate</u> expressed in Article 8 of the Treaty is limited. The Contracting Parties explicitly agreed in this provision that they would consent to arbitrate disputes arising out of a certain and limited number of articles of the Treaty.⁴³²

 $^{^{428}}$ Ídem ¶ 149.

⁴²⁹ Ídem ¶¶ 135, 140.

 ⁴³⁰ A11Y Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de febrero de 2017 (RL-58)
 ¶ 104. Ver también Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 141.

⁴³¹ Ver idem ¶ 65 (indicando que la cláusula arbitral establecía lo siguiente: "Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under Articles 2(3), 4, 5 and 6 of this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of four months from written notification of a claim, be submitted to arbitration under paragraph (2) below if either party to the dispute so wishes" (énfasis añadido)).

⁴³² Ídem ¶ 103.

198. El Tratado del Triángulo Norte no contiene semejante limitación y, de hecho, la propia Guatemala dice que el Tribunal "tiene jurisdicción para pronunciarse sobre violaciones del Capítulo 12 (Inversión), Sección A del Tratado", 433 sin indicar que esté excluida alguna de sus cláusulas. El caso de *A11Y Ltd.* no implica que las Demandantes busquen "extender" la jurisdicción del Tribunal, puesto que ella aplica sobre las cláusulas paraguas en virtud de la Cláusula de NMF. En otras palabras, las Demandantes en este caso no están invocando la Cláusula de NMF para obtener un derecho *procesal* a arbitrar ciertas disputas.

199. En efecto, la "extensión" que pretendía la parte demandante en el caso de *A11Y Ltd.* era sobre el derecho a ir al arbitraje con respecto a violaciones de disposiciones que <u>no</u> estaban en la lista de la cláusula arbitral del tratado respectivo, es decir, sobre un derecho *procesal* y no *sustantivo*. Ese no es el caso que nos ocupa en el presente arbitraje. Esta distinción es relevante, pues la jurisprudencia no ha aplicado los mismos estándares para la incorporación de derechos procesales contenidos en otros tratados que en casos de incorporación de derechos sustantivos.⁴³⁴ Notablemente, Guatemala cita a los Profesores Dolzer y Schreuer cuando escriben que "[t]he importation of additional substantive standards of protection by way of an MFN clause inevitably has effects on the jurisdiction of tribunals",⁴³⁵ pero no cita la oración inmediatamente anterior, donde los mismos autores se refieren a "[t]he acceptance of MFN clauses for purposes of attracting substantive standards from other treaties but their rejection when it comes to dispute settlement…".⁴³⁶ De hecho, el fragmento citado por Guatemala aparece en medio de la discusión acerca de la incorporación de derechos *procesales* por medio de cláusulas de NMF. En cambio.

⁻

⁴³³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 135.

⁴³⁴ Ver, por ejemplo, Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. Federación Rusa, Caso SCCNo. 080/2004, Laudo, 21 de abril de 2006 (CL-128) ¶ 179 ("[w]hile it is universally agreed that the very essence of an MFN provision in a BIT is to afford to investors all material protection by subsequent treaties, it is much more uncertain whether such provisions should be understood to extend to dispute resolution clauses"); EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo de fecha 11 de junio de 2012 (CL-77) ¶¶ 935-936 ("many arbitral tribunals hesitate in looking to jurisdictional and procedural terms of third-country treaties, as contrasted to more sustantive provisions. Opinion remains particularly divided with respect to wholesale importation of third-country treaty dispute resolution mechanisms. The Tribunal need take no position on this debate about the interaction of MFN clauses with jurisdictional and procedural provisions. Our current decision simply brings into consideration the clearly sustantive provisions requiring respect for explicit host state undertakings such as concession agreements"). Cabe destacar que, incluso con respecto a la incorporación de derechos procesales, el tribunal en A11Y Ltd. se mostró receptivo, indicando que "[t]he Tribunal is of the view that an MFN clause can, a priori, apply to dispute settlement". AllY Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de febrero de 2017 (RL-58) ¶ 95. Es decir, aun para el caso de protecciones procesales, este tribunal no dudó en declarar que es válido incorporar protecciones de otros tratados, y no limitar el trato NMF, como defiende Guatemala, a "instancias específicas de trato otorgado por el Estado a inversionistas extranjeros" pero no "al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas". Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 146.

⁴³⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 142 (citando a R. Dolzer, "Settling Investment Disputes", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022 (**RL-60**), pág. 391).

⁴³⁶ Rudolf Dolzer, "Settling Investment Disputes", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022 (**RL-60**), pág. 391 (énfasis añadido).

Guatemala no menciona el apartado del mismo libro donde los autores abordan la incorporación de derechos *sustantivos*, y concluyen lo siguiente:

Although the application of MFN clauses to dispute settlement is highly controversial, it is widely accepted that investors may rely on MFN clauses to claim a better substantive treatment accorded by a host State to investors of third States. There is ample practice to demonstrate that tribunals have allowed the importation, by operation of an MFN clause, of substantive standards of protection not contained in the basic treaty.... Not all treaties offer all the typical standards of treatment like compensation for expropriation, FET, FPS, national treatment, protection against arbitrary or discriminatory measures, umbrella clauses, and transfer clauses. Where some of these substantive standards were missing in the basic treaty or were expressed in narrower terms, claimants have successfully resorted to MFN clauses in the respective treaties to rely on the wider protection in other treaties.

- 200. Los autores agregan, con el respaldo de nutridas citas jurisprudenciales, que "[t]here is also case authority to support the importation of an umbrella clause, that is absent in the basic treaty, by way of an MFN clause".⁴³⁸
- 201. Además, la distinción entre incorporación de derechos procesales y sustantivos es especialmente pertinente para el Tratado que nos ocupa, porque el mismo excluye explícitamente la posibilidad de incorporar derechos procesales mediante la Cláusula de NMF, pero no hace lo mismo con respecto a derechos sustantivos. Como ya se vio en el escrito de Contestación de las Demandantes, 439 el Artículo 12.6.3 del Tratado establece:

El Trato de Nación más Favorecida que haya de otorgarse en circunstancias similares no se extiende a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión.⁴⁴⁰

202. Notablemente, <u>Guatemala no hace una sola mención de esta disposición en su</u> <u>Réplica</u>. La razón es evidente: esta disposición demuestra que sí pueden incorporarse protecciones de otros tratados mediante la Cláusula de NMF, *excepto protecciones procesales*. Si fuera cierto lo que argumenta Guatemala – en el sentido de que "si el Tribunal decidiera importar una cláusula paraguas

⁴³⁷ Rudolf Dolzer, "Most Favoured Nation Treatment", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022, pág. 269 (CL-282) (énfasis añadido).

⁴³⁸ Ídem, pág. 270 (citando Abaclat y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (CL-282) ¶ 317; EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo de fecha 11 de junio de 2012 (CL-77) ¶ 937; Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (CL-78) ¶¶ 356-359; Mr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, fecha 8 de abril de 2013 (CL-59) ¶ 396.

⁴³⁹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 156-157.

⁴⁴⁰ Tratado (**C-1**), Art. 12.6.1. El pie de página no. 2, al final de esa disposición, establece: "El presente Artículo se refiere a mecanismos de solución de controversias tales como los contenidos en la Sección B del presente Capítulo". *Ídem*, nota 2.

estaría extendiendo su jurisdicción"⁴⁴¹ – no tendría sentido el Artículo 12.6.3, ya que de plano no correspondería aplicar la Cláusula de NMF, nunca, a ningún tipo de protección conferida en otros tratados, ya sea *procesal o sustantiva*. Sobre este punto, debe aplicarse el principio del *inclusio unius est exclusio alterius*; el hecho de haberse incluido la excepción sobre importación de derechos procesales implica que sí pueden importarse otros tipos de derechos, incluyendo los sustantivos.⁴⁴²

203. En efecto, el Artículo 12.6.3 también echa por tierra el argumento de la Demandada respecto de la reserva de Guatemala a la Cláusula de NMF. Si fuera correcta la interpretación de la Demandada de que dicha reserva impide "que los inversionistas... pudieran invocar el trato otorgado a terceros de conformidad con tratados suscritos antes de la fecha del presente Tratado",⁴⁴³ el Artículo 12.6.3 se volvería superfluo, lo cual sería ofensivo a los cánones de interpretación de tratados.⁴⁴⁴

204. En otras palabras, no se trata aquí de una "extensión" de la jurisdicción del Tribunal, sino de su aplicación pura y simple, en virtud de la Cláusula de NMF. El Tratado no incluye distinciones entre distintas formas de discriminación (como corresponde a una cláusula de protección que no busca codificar todos los escenarios posibles), y no correspondería que el Tribunal haga distinciones artificiales. Es por ello que las Demandantes han venido invocando la máxima de *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*;⁴⁴⁵ la única distinción que hace el Tratado es al excluir la aplicación de la Cláusula de NMF para incorporar derechos procesales en otros tratados, y esa es la única que correspondería que aplique el Tribunal. Es Guatemala la que, en todo caso, tiene la carga de probar que hay una limitación adicional en la Cláusula de NMF, lo cual no ha hecho.

⁴⁴¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 142.

⁴⁴² Ver, por ejemplo, Methanex Corporation c. Estados Unidos de América, UNCITRAL, Laudo Final sobre Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005 (CL-95), § IV, ¶ 14 (determinando, en base al principio de inclusio unius est exclusio alterius, que no podía interpretarse que el TLCAN prohíbe la discriminación respecto de cualquier tipo de medida, ya que el artículo relativo a discriminación solo se prohíbe discriminación respecto de pérdidas sufridas debido a conflicto armado o guerra civil: "[b]y prohibiting discrimination between nationals and aliens with respect to measures relating to losses suffered by investments owing to armed conflict or civil strife, the second paragraph imports that the preceding paragraph did not prohibit - in all other circumstances - differentiations between nationals and aliens that might otherwise be deemed legally discriminatory: inclusio unius est exclusio alterius").

 $^{^{443}}$ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 128.

⁴⁴⁴ Ver, por ejemplo, Occidental Exploration & Production Company c. República de Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Laudo, 1 de julio de 2004 (CL-45) ¶ 68 ("The Tribunal agrees with both parties in that the proper interpretation of Article X must not result in rendering it meaningless. This is the conclusion that arises evidently from the Vienna Convention on the Law of Treaties in respect of interpretation."); Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶ 248 ("It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless. It is equally well established in the jurisprudence of international law, particularly that of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, that treaties, and hence their clauses, are to be interpreted so as to render them effective rather than ineffective").

⁴⁴⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 155.

205. Por otro lado, Guatemala aduce una supuesta decisión de política pública de los Estados Contratantes de excluir la cláusula paraguas del Tratado. Guatemala no presenta evidencia alguna de una política pública de los Estados Contratantes para limitar la aplicación de la Cláusula de NMF para incorporar derechos sustantivos contenidos en otros tratados. Al contrario, la única evidencia de política pública manifestada por los Estados Contratantes fue la de excluir la posibilidad de que dicha cláusula se aplicara "a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión". De esta disposición se desprende que los Estados Contratantes estaban conscientes de que podían limitar aún más, si hubiesen querido, la aplicación de la Cláusula de NMF, incluyendo respecto de derechos sustantivos. Guatemala pretende ahora agregar más limitaciones al Tratado, después de haber recibido el beneficio de la inversión de las Demandantes.

206. En palabras del tribunal del caso *EDF c. Argentina*:

To ignore the MFN clause in this case would permit more favorable treatment to investors protected under third countries, which is exactly what the MFN Clause is intended to prevent. The Tribunal finds unconvincing a narrow interpretation of Article 8(1) of the Argentina-France BIT which seeks to restrict the application of the MFN clause. The dispute in question clearly arises under the Argentine-France BIT even though that treaty, by its terms, incorporates some provisions from other conventions. To interpret the BIT otherwise would effectively read the MFN language out of the treaty. Such a result cannot be what the two countries intended by the treaty language. Nothing in Article 9(1) of the ILC Draft Articles on the MFN Clause changes this result. In giving effect to the MFN provisions, the Tribunal does not in any way accord investors anything other than "those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause".448

207. Asimismo, el tribunal en *White v. India* se refirió directamente al mismo argumento de política pública que plantea aquí Guatemala, y lo rechazó en los siguientes términos:

With respect to India's assertion that Article 4(2) of the BIT does not incorporate Article 4(5) of the India-Kuwait BIT, because to do so would: (a) fundamentally subvert the carefully negotiated balance of the BIT; and (b) be contrary to the emphasis in the BIT on domestic law; the Tribunal agrees with White that neither of these arguments is sustainable. On the first point, the concern of McLachlan, Shore and Weiniger to this effect (relied upon above by India) is confined to the use of an MFN clause to obtain the benefit of a dispute resolution clause in another treaty. However, that is not the situation in the present case, which is qualitatively different. Here, White is not seeking to put in

⁴⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 143 ("al momento de suscribir el Tratado que nos ocupa, los Estados Contratantes tomaron la decisión de política pública de excluir la cláusula paraguas de las protecciones otorgadas a los inversionistas de los otros Estados Contratantes").

⁴⁴⁷ Tratado (C-1), Art. 12.6.1 (énfasis añadido).

⁴⁴⁸ EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo de fecha 11 de junio de 2012 (CL-77) ¶¶ 932-934 (énfasis añadido).

issue the dispute resolution provisions of the BIT, but is instead availing itself of the right to rely on more favourable substantive provisions in the third-party treaty. This does not "subvert" the negotiated balance of the BIT. Instead, it achieves exactly the result which the parties intended by the incorporation in the BIT of an MFN clause.... In considering whether the protection provided by the MFN clause in the India-Kuwait BIT should be limited by reason of the BIT's "strong emphasis" on India's domestic law, the Tribunal accepts as apposite the approach suggested by Stephan Schill, who proposes that: "The sole relevant factor is whether MFN treatment applies or whether it is subject to an explicit or implicit exception. Furthermore, distinguishing between specifically negotiated provisions and other provisions would introduce different classes of provisions within the same treaty period... [there is] no room for creating a specific class of 'specifically negotiated' provisions of the basic treaty that is per se immune from circumvention by more favourable treatment in third-party BITs, unless those provisions can be read as constituting an exception to MFN treatment". In this case, as earlier foreshadowed, the Tribunal considers that it would be inappropriate to read-in an exception to MFN treatment by reason of the references in the BIT to domestic law.⁴⁴⁹

208. Algo distinto es lo que Guatemala, *ex post*, hubiese preferido que establezca el Tratado a fin de poder cancelar el reclamo de las Demandantes. En tal sentido, Guatemala cita un informe de la UNCTAD del año 2010 sobre "Most-Favoured-Nation Treatment", que se refiere, entre otras cosas, a las implicancias de un "broad approach towards the application of MFN treatment". ⁴⁵⁰ Esta discusión está comprendida en un capítulo del informe titulado "Assessment and Policy Options". ⁴⁵¹ Esta sección no sugiere que las cláusulas de NMF no pueden interpretarse en el sentido de permitir la incorporación de derechos sustantivos contenidos en otros tratados; por el contrario, el documento indica que esta incorporación es "a notion accepted by the tribunals having dealt with this issue so far". ⁴⁵² Es más, el informe plantea dos "policy options" sobre este punto: (i) "Option 1: Extending MFN treatment to all treaties"; y (ii) "Option 2: Excluding other treaties from MFN treatment for pre-establishment and/or post-establishment purposes". ⁴⁵³ Como el Tribunal podrá constatar, el documento no plantea reglas de interpretación de tratados existentes, sino de redacción de tratados para acomodar las preferencias de los estados. Como dice el informe: "The core matter is that States should be able to have what they wish when entering into their commitments" y, en ese contexto, "States may wish to specifically address the interaction of the MFN treatment clause with their net of IIAs". ⁴⁵⁴

_

⁴⁴⁹ White Industries Australia Limited c. República de India, CNUDMI, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011 (CL-242) ¶¶ 11.2.1-11.2.9 (énfasis añadido).

⁴⁵⁰ United Nations Conference on Trade and Development, "Most-Favoured Nation Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (United Nations 2010) (**RL-63**), págs. 105-106.

⁴⁵¹ *Ídem*, pág. 93.

⁴⁵² Ídem, pág. 101.

⁴⁵³ Ídem, págs. 106-107.

⁴⁵⁴ United Nations Conference on Trade and Development, "Most-Favoured Nation Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (United Nations 2010) (**RL-63**), pág. 106. Notablemente, Guatemala vuelve a apoyarse

- 209. Asimismo, Guatemala aduce que existe una "regla general según la cual los Estados no son internacionalmente responsables por simples incumplimientos de contratos estatales", y que "las Demandantes tendrían que probar que el Tratado tiene alguna frase 'making clear [the Contracting States'] intention' de crear una excepción a esta regla general". Este argumento no se relaciona en realidad con el alcance de la Cláusula de NMF, sino con el supuesto alcance (argumentado por Guatemala) de las cláusulas paraguas, tema que se trata más abajo. Si el Tribunal acepta la noción de que la Cláusula de NMF permite la incorporación de estándares de protección contenidos en otros tratados, no puede haber disputa en que se debe permitir la incorporación de cláusulas paraguas en otros tratados, independientemente del contenido sustantivo que tengan dichas cláusulas. Nuevamente, la Cláusula de NMF en el presente Tratado no establece la distinción artificial que pretende Guatemala. En cuanto a la aplicación que, en definitiva, otorgue el Tribunal a las cláusulas paraguas así incorporadas, ello constituye un tema del fondo del asunto.
- 210. Con respecto al segundo punto, es incorrecto afirmar que el "lenguaje" de la cláusula de NMF "restringe la aplicación" de la misma a "instancias específicas de trato otorgado por el Estado", y que "[n]o se extiende al otorgamiento abstracto de derechos a otros inversionistas". Como ya se explicó en el escrito anterior de las Demandantes, el texto de la Cláusula de NMF no limita la referencia al "trato no menos favorable" a lo que Guatemala denomina como "instancias específicas de trato", por oposición a "otorgamiento abstracto de derechos".
- 211. Guatemala sostiene que "todos y cada uno de los tribunales citados por las Demandantes (y que aceptaron importar una cláusula de otro tratado) tuvieron que pronunciarse sobre cláusulas de NMF que, de una u otra forma, son más amplias que el art. 12.6 del Tratado". Sin embargo, Guatemala no explica de qué manera eran supuestamente más amplias las disposiciones en juego en esos precedentes, sino que solo las cita sin comentarios en un pie de página. Guatemala tampoco indica qué

en un pie de página en el caso de *Hochtief c. Argentina*, aun cuando las Demandantes ya han señalado que, en ese caso, se estaba debatiendo específicamente la posibilidad de incorporar *mecanismos procesales* via la cláusula de NMF, lo cual conlleva estándares y criterios distintos a la incorporación de protecciones sustantivas, como se ha demostrado, por lo que dicho caso es irrelevante para la presente disputa. *Ver* Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 191; Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 165. *Ver también Hochtief Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011 (**RL-24**) ¶ 82 (explicando que el debate consiste en la "inclusión del requisito de un litigio de 18 meses").

⁴⁵⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 145.

 $^{^{456}}$ Ídem ¶ 146.

⁴⁵⁷ Ídem ¶ 147.

⁴⁵⁸ Ídem, nota 199.

aspecto específico del Artículo 12.6 del Tratado debería interpretarse en un sentido que llevara a un resultado diametralmente opuesto al de toda esa jurisprudencia.⁴⁵⁹

- 212. Por otro lado, Guatemala afirma que "[a]l menos cuatro tribunales de inversión han concluido que las respectivas cláusulas de NMF no permiten incorporar cláusulas paraguas de otros tratados, precisamente, porque el lenguaje de la cláusula de NMF restringía su ámbito de aplicación".⁴⁶⁰ Dejando de lado que esta sería una posición totalmente minoritaria en la jurisprudencia,⁴⁶¹ Guatemala distorsiona el sentido de los casos que cita:
 - En *Paushok c. Mongolia*, la misma cláusula de NMF estaba limitada únicamente a la aplicación del estándar de trato justo y equitativo. Por ello, el tribunal determinó lo siguiente: "The Treaty is quite clear as to the interpretation to be given to the MFN clause contained in Article 3(2): the extension of substantive rights it allows only has to do with Article 3(1) which deals with fair and equitable treatment. If there exists any other BIT between Mongolia and another State which provides for a more generous provision relating to fair and equitable treatment, an investor under the Treaty is entitled to invoke it". For el efecto, el tribunal procedió justamente a incorporar la cláusula de trato justo y equitativo de un tercer tratado. Así, *Paushok* es doblemente adverso a la posición de Guatemala. Primero, no sustenta el argumento de que sea indebido incorporar una cláusula paraguas de un tercer tratado por medio de una cláusula de NMF. Por el

⁴⁵⁹ Por lo demás, Guatemala insiste en un pie de página en citar tres casos en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, o TLCAN, en donde Estados parte del mismo tomaron la posición de que no se puede utilizar una cláusula de NMF para incorporar una cláusula de trato justo y equitativo distinta a la contenida en el TLCAN. Ver Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 196. Sin embargo, como ya explicaron las Demandantes en su escrito anterior (y Guatemala no disputa), ninguno de esos tres laudos adoptó dicho punto de vista. Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 163. Las posturas de los Estados parte del TLCAN en el contexto de litigios en forma alguna vinculan a este Tribunal al amparo del Tratado del Triángulo Norte, particularmente cuando esas posturas ni siquiera han sido adoptadas en la jurisprudencia. Ver, por ejemplo, Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá, CNUDMI, Decisión sobre la moción relativa a la Superfee, 7 de agosto de 2000 (CL-156) ¶ 26 (indicando que "the Tribunal's issues raised by the United States and Mexico are irrelevant to this case"); Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de diciembre de 2000, (CL-197) ¶ 44 (rechazando la interpretación propuesta por Estados Unidos); The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de enero de 2001 (CL-159) ¶ 52 (rechazando la propuesta de interpretación de México sobre medidas judiciales); Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canada, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo Fase 2, 10 de abril de 2001 (CL-160) ¶ 79 (rechazando la interpretación del término nacionalidad de las tres partes del TLCAN); Mondev c. Estados Unidos (Laudo) (CL-8) ¶¶ 114-116 (rechazando la opinión de Canadá sobre el estándar mínimo de trato). Ver también Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia, Caso CÎADI No. ARB/16/41, Decisión de Jurisdicción, Responsabilidad y direcciones en Quantum, 9 de septiembre de 2021 (CL-51) ¶ 836 (rechazando la opinion de Canadá como parte no contendiente, indicando que "it cannot accept Canada's statement that in such circumstances payment of compensation is not required").

⁴⁶⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 148.

⁴⁶¹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 161-162 y notas 311, 315 y 316 (citando numerosa jurisprudencia confirmando que las cláusulas de NMF pueden ser utilizadas para aplicar protecciones sustantivas de otros tratados).

⁴⁶² Sergei Paushok y otros c. Mongolia, Caso CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 28 de abril de 2011 (**RL-65**) ¶¶ 562-563 (indicando que la cláusula de NMF establecía: "<u>The treatment mentioned under paragraph 1 of this Article</u>, shall not be less favorable than treatment accorded to investments and activities associated with investments of its own investors or investors of any third State", y dicho párrafo 1 a su vez se refería al trato justo y equitativo (énfasis añadido)).

⁴⁶³ Ídem ¶ 570.

⁴⁶⁴ Ídem ¶¶ 571, 572, 573, 596.

contrario, el texto del tratado en *Paushok* (celebrado en 1995)⁴⁶⁵ da un ejemplo perfecto de una limitación textual que los Estados Contratantes del Tratado del Triángulo Norte podían haber adoptado, pero no adoptaron, y que Guatemala ahora pretender incorporar por la puerta trasera. Segundo, *Paushok* confirma que es válido incorporar protecciones sustantivas provenientes de terceros tratados mediante una cláusula de NMF, desmintiendo el argumento central de Guatemala de que una cláusula de NMF se aplica solo a "instancias específicas de trato" y "[n]o se extiende al otorgamiento abstracto de derechos".⁴⁶⁶

- En Teinver c. Argentina, el tribunal declinó aplicar la cláusula respectiva de NMF para incorporar protecciones de otros tratados únicamente porque dicha cláusula contenía "the critical words '[i]n all matters governed by this Agreement'.467 En palabras del tribunal: "the plain and ordinary meaning of this language is to refer to the various rights or forms of protection contained in the individual provisions of the Treaty" y, por tanto, "[o]n the basis of the specific language used by the Parties in the Treaty", no correspondería incorporar protecciones de terceros tratados. 468 Nuevamente, estos "critical words", provenientes de un tratado de 1991,469 no se encuentran en el Tratado del Triángulo Norte, y proporcionan otro ejemplo más del tipo de limitación textual que los Estados Contratantes de este Tratado pudieron haber adoptado, pero no adoptaron. Notablemente, Guatemala reconoce "que la cláusula de NMF se limitaba en [Teinver] a 'all matters governed by this Agreement",470 pero no extrae de ello la obvia conclusión de que ese fallo, basado específicamente en ese texto, no puede ser aplicable al presente caso. Pero el caso de Teinver causa aún más daño a la posición de Guatemala, porque aun con la limitación mencionada, el tribunal estableció que "the MFN Clause could lead to the incorporation of more favorable standards in relation to, for example, discriminatory or unjustified measures, fair and equitable treatment, expropriation and transfers of income or earnings".⁴⁷¹ De hecho, el tribunal procedió a incorporar una versión más favorable del estándar de protección y seguridad plenas de un tercer tratado.472 Esto contradice la postura central de Guatemala sobre el alcance de cláusulas de NMF.
- Los casos de *İçkale c. Turkmenistán y Muhammet c. Turkmenistán* son casos aislados que han sido duramente criticados porque ellos "appear to swim against th[e] jurisprudential tide" que permite la incorporación de protecciones sustantivas.⁴⁷³ Así, el Prof. Stephan Schill ha escrito que "the Award in *İçkale*, and its interpretation of the MFN clause in the Turkey-Turkmenistan BIT, is highly problematic and should not be used to query the effect of MFN clauses in IIAs as commitments to multilateralize benefits granted under

⁴⁶⁵ Ídem ¶ 93.

⁴⁶⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 146.

⁴⁶⁷ Transportes de Cercanías S.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/01, Laudo, 21 de julio de 2017, (**RL-66**) ¶ 884 (énfasis añadido).

 $^{^{468}}$ Ídem ¶ 884.

 $^{^{469}}$ Ídem ¶ 884.

 $^{^{470}}$ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 148.

⁴⁷¹ Transportes de Cercanías S.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/01, Laudo, 21 de julio de 2017, (**RL-66**) ¶ 885.

⁴⁷² Ídem ¶ 897.

⁴⁷³ Mark Mangan y Ananya Mitra, *Substantive Protections: MFN* en THE GUIDE TO INVESTMENT TREATY PROTECTION AND EFORCEMENT, 14 de enero de 2022 (CL-179), pág. 2 (refiriéndose en específico a los casos de İçkale c. Turkmenistán y Muhammet c. Turkmenistán).

IIAs to third-countries and to harmonize investment protection in a given host state".⁴⁷⁴ Estas críticas, que ya fueron mencionadas en la Contestación de las Demandantes sobre Objeciones Preliminares,⁴⁷⁵ no recibieron respuesta alguna en la Réplica de Guatemala.

- 213. Con respecto al tercer punto, no es cierto que la Cláusula de NMF solo se aplique a "formulaciones más favorables de los estándares ya incluidos en el Tratado". Como ya se explicó en la Contestación de las Demandantes sobre Objeciones Preliminares, Guatemala agrega requisitos y limitaciones inexistentes al texto del Tratado. La Cláusula de NMF requiere, a secas, "un trato no menos favorable", lo cual es lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier tipo de trato preferencial que se otorgue a inversionistas bajo otros tratados. Y una forma evidente de otorgar un trato menos favorable es otorgar a inversionistas de terceros países protecciones que no se otorgan en el presente Tratado. Asimismo, en cuanto al cumplimiento del requisito de "circunstancias similares", el mismo está ampliamente justificado. Cualquier inversionista, de cualquier sector, de cualquier envergadura, cubierto por uno de los tratados ratificados por Guatemala que contienen cláusulas paraguas, estaría cubierto por dichas cláusulas. Las Demandantes deben también poder estar al amparo de dichas protecciones, por operación de la cláusula de NMF del Tratado.
- 214. Guatemala vuelve a apoyarse en el caso de *Muhammet c. Turkmenistán*,⁴⁷⁸ pero, como ya se vio, ese caso es un "*outlier*" en la jurisprudencia internacional, ha sido rotundamente criticado en la doctrina, y no representa (ni de cerca) la posición adoptada en la gran mayoría de los casos. Además, para llegar a la conclusión de que una cláusula de NMF solo podría aplicarse a formulaciones más favorables de estándares ya incluidos en el tratado respectivo, el tribunal en *Muhammet* aplicó una interpretación excesivamente restrictiva del principio de *ejusdem generis*, que fue rechazado en múltiples otros casos. Según el tribunal en *Muhammet*, "[t]he *ejusdem generis* principle refers to the sameness of the subject matter of the MFN clauses and the other substantial provisions in a treaty, not only of the treaties in which the provisions are contained".⁴⁷⁹ Cómparese esta conclusión con los siguientes casos:
 - Al Warraq c. Indonesia: "The Tribunal is of the view that the MFN clause applies to import other clauses as long as the ejusdem generis rule applies. In the present arbitration, the Tribunal notes from the above preamble that the subject matter of the OIC

⁴⁷⁴ Stephan W. Schill, MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifor and J. Benton Heath, Amsterdam Center for International Law (2018) (CL-183), pág. 21.

⁴⁷⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 166.

⁴⁷⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 149.

 $^{^{477}}$ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 168.

⁴⁷⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 149 y nota 204.

⁴⁷⁹ Muhammet Cap y Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021 (**RL-26**) ¶ 787.

Agreement as well as the UK-Indonesia BIT relied upon by the Claimant to import fair and equitable treatment, is the same, which is the protection of the foreign investment";⁴⁸⁰

- EDF c. Argentina: "Nothing in Article 9(1) of the ILC Draft Articles on the MFN Clause changes this result. In giving effect to the MFN provisions, the Tribunal does not in any way accord investors anything other than 'those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause'";⁴⁸¹
- Bayindir c. Pakistán: "the ejusdem generis principle that is sometimes viewed as a bar to
 the operation of the MFN clause with respect to procedural rights does not come into play
 here and the words of the Treaty are clear". 482
- Devas c. India: "As to the possibility of importing the 'full protection and security' clause of the Serbia-India BIT, the Tribunal shares the views expressed by the Claimants concerning the possibility of importing the 'full protection and security' clause of the Serbia-India BIT. The numerous arbitral awards mentioned by the Claimants and referred to above confirm that conclusion. Moreover, the three cases mentioned by the Respondent do not support its argument that accepting the importation of the relevant provision of the Serbia-India BIT would entail creating a standard that is not present in the applicable Treaty". 483
- Arif c. Moldavia: "The MFN clause in Article 4 is broadly drafted and does not restrict its application to any particular kind of substantive obligation under the BIT. Therefore, the Tribunal finds that the MFN clause of the BIT can import an 'umbrella' clause (which is substantive in nature), from either the Moldova-UK or Moldova-USA BIT, thereby extending the more favourable standard of protection granted by the 'umbrella' clause in either one of these BIT's into the BIT at hand".484
- Gardabani c. Georgia: "Pursuant to its plain meaning, Article 3(4) of the BIT is intended to ensure that a Contracting Party observes '...any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals of the other contracting party". The use of the word "any" suggests that the Contracting Parties intended the protection provided in Article 3(4) to apply broadly to any obligation. There is no limitation of the scope of relevant obligations to international obligations, contractual or noncontractual obligations". 485
- Consutel c. Argelia: "Los términos de esta disposición no son ambiguos: Argelia se compromete, mediante esta cláusula, a conceder al inversor un trato no menos favorable que el que reserva a los inversores de terceros países. Esta cláusula implica

⁴⁸⁰ Hesham T. M. Al Warrag c. República de Indonesia, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014 (CL-166) ¶ 551.

⁴⁸¹ EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo de fecha 11 de junio de 2012 (CL-77) ¶ 934.

 $^{^{482}}$ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. La República Islámica de Pakistán I, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (CL-231) \P 159.

⁴⁸³ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited y Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Caso CPA No. 2013-09, Laudo de Jurisdicción y Fondo, 25 de julio de 2016 (**CL-172**) ¶ 496.

⁴⁸⁴ Mr. Franck Charles Arif c. la República de Moldavia, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, fecha 8 de abril de 2013 (CL-59) ¶ 396.

⁴⁸⁵ Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo, 27 de octubre de 2022 (CL-158) ¶ 687.

necesariamente que la solicitante pueda invocar las cláusulas más favorables incluidas en los tratados bilaterales celebrados entre Argelia y terceros países".⁴⁸⁶

- 215. Además, las Demandantes han citado diversos laudos en materia de inversión en donde se aceptó la incorporación de estándares de terceros tratados aun cuando la cláusula respectiva de NMF contenía la frase "in similar situations". Es patentemente incorrecto lo declarado por Guatemala en el sentido de que "en ninguno de los 'numerosos precedentes' citados por las Demandantes y que, supuestamente, confirmarían su posición... se aplica una cláusula de NMF que expresamente requiera que los inversionistas se encuentren en 'circunstancias similares'".488
- 216. El propio informe de UNCTAD citado por Guatemala desmiente su punto, en los siguientes términos:

The comparison test has in practice worked differently depending on what claimants were seeking from the MFN clause. When claimants were seeking better treatment, whether material or effective... tribunals have compared treatment amongst two foreign investors who are in identical circumstances. But when claimants have invoked the MFN treatment clause in order to attract the benefits of ISDS or substantive protection provisions from third treaties, tribunals have been satisfied with the mere fact that the claimant qualifies as an "investor" under the basic treaty and have not gone into actually comparing the investor with another foreign investor from a third country.⁴⁸⁹

217. Por tanto, fracasan todos los argumentos del Estado con relación a la aplicación de la Cláusula de NMF para incorporar cláusulas paraguas de terceros tratados. Esto no puede sorprender: la Cláusula de NMF es amplia y corresponde aplicarla tal como está articulada. Como se verá a continuación, lo mismo aplica respecto de las cláusulas paraguas, las cuales deben ser aplicadas según sus términos simples. El peso de las fuentes legales apoya este resultado.

 $^{^{486}}$ Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (CL-78) \P 356.

⁴⁸⁷ Ver, por ejemplo, ATA Construction, Industrial and Trading Company c. El Reino Hachemita de Jordania, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (CL-165) ¶ 73 ("Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable" (énfasis añadido)); Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. La República Islámica de Pakistán I, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (CL-231) ¶ 386 ("Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable" (énfasis añadido)).

⁴⁸⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 153.

⁴⁸⁹ United Nations Conference on Trade and Development, "Most-Favoured Nation Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (United Nations 2010) (**RL-63**), págs. 63-64 (énfasis añadido).

b. Las cláusulas paraguas abarcan los compromisos de Guatemala, tanto en contratos como en otras fuentes

- 218. Guatemala también yerra al sostener que, en el caso de que se aplique una cláusula paraguas mediante la cláusula de NMF, "el tribunal carecería, *prima facie*, de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos puramente contractuales", pues "las cláusulas paraguas no elevan automáticamente cualquier reclamo contractual al nivel de un reclamo internacional".⁴⁹⁰
- 219. Ante todo, corresponde destacar que, como mucho, este tema debería estudiarse en la fase de fondo del caso, ya que una determinación definitiva acerca del alcance de las cláusulas paraguas incorporadas corresponde con la decisión final que puede requerirse en este arbitraje.
- 220. En todo caso, y como ya explicaron las Demandantes en su Memorial, este argumento no puede prosperar ya que: (i) las Demandantes invocan cláusulas paraguas con relación a obligaciones nacidas tanto de leyes o reglamentos, como de instrumentos específicos, incluyendo contratos con el Estado;⁴⁹¹ y (ii) la aplicación específica de cláusulas paraguas para hallar violaciones de tratados por incumplimientos contractuales está respaldada por vasta jurisprudencia.⁴⁹²
- 221. En respuesta, Guatemala plantea dos puntos: (i) "independientemente de la fuente de la obligación que invoquen las Demandantes, el requisito es el mismo: las Demandantes tienen que demostrar que el Estado actuó en ejercicio de sus poderes soberanos para que se pueda consumar una violación del Tratado";⁴⁹³ (ii) "[e]n el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes",⁴⁹⁴ y "una interpretación de la cláusula paraguas de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, contexto, y el objeto y fin del Tratado confirma que la misma sólo puede aplicarse a las actuaciones del Estado como soberano";⁴⁹⁵ y (iii) "las Demandantes tienen la carga de probar que la cláusula paraguas constituye una excepción a la regla general del derecho internacional" y "no lo han hecho".⁴⁹⁶
- 222. Con respecto al primer punto, Guatemala en realidad está planteando una defensa de fondo. Aun en el caso negado de que sea cierto que "las Demandantes tienen que demostrar que el Estado

⁴⁹⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 155.

⁴⁹¹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 172.

⁴⁹² Ver idem ¶¶ 173-174.

⁴⁹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 158.

⁴⁹⁴ Ídem ¶ 159.

⁴⁹⁵ Ídem ¶ 161.

⁴⁹⁶ Ídem ¶ 169.

actuó en ejercicio de sus poderes soberanos"⁴⁹⁷ para que se pueda aplicar una cláusula paraguas, esa "demostración" correspondería a la fase de fondo. Este es un tema que corresponde a la aplicación final de la cláusula al caso concreto. Por el momento, Guatemala no disputa que las Demandantes invocan la aplicación de cláusulas paraguas a obligaciones del Estado nacidas de múltiples fuentes. Eso debería ser suficiente para descartar la objeción del Estado, ya que la demostración del carácter soberano de dichas medidas correspondería a la siguiente fase del arbitraje.⁴⁹⁸

- 223. Como han explicado en detalle las Demandantes en el contexto de la Objeción de Guatemala respecto de supuestos "reclamos contractuales", el caso de las Demandantes se funda en actos soberanos, no en actos de índole contractual. Pero, en todo caso, la determinación de este carácter, caso por caso, medida por medida, sería apropiada en la fase de fondo, con un expediente completo, y no en el contexto de unas objeciones preliminares. Tomar esa clase de determinación en este momento sería un ejercicio superficial, basado en meras generalizaciones de la Demandada. Dado que Guatemala tiene la carga de la prueba sobre sus Objeciones Preliminares, sus afirmaciones genéricas están lejos de dar fundamento a la desestimación de aspecto alguno de los reclamos de las Demandantes.
- 224. En cualquier caso, y como se ha indicado, es incorrecto sostener que las Demandantes deban probar el ejercicio de poderes soberanos para que se puedan aplicar cláusulas paraguas. Precisamente el punto de estas cláusulas es que permiten obviar esta distinción, como lo demuestra el peso mayoritario de la jurisprudencia al respecto, ya expuesta en la Contestación de las Demandantes. 499 Por lo tanto, la objeción del Estado no podría llevar a la desestimación, sin más, de la posible aplicación de cláusulas paraguas a medidas que no se califiquen como soberanas.

⁴⁹⁷ Ídem ¶ 158.

⁴⁹⁸ Guatemala vuelve a citar los casos de SGS c. Pakistán, El Paso c. Argentina y Joy Mining c. Egipto en apoyo de su postura de que "[p]ara que exista una violación prima facie de la cláusula paraguas, el inversionista debe igual demostrar que, en el caso específico, el Estado estaba actuando en ejercicio de sus poderes soberanos (y no como una parte contractual)". Ver Objeciones Preliminares ¶ 156 y nota 216. Dichos laudos fueron emitidos en 2003, 2006 y 2004, respectivamente. Desde entonces, y como se ha visto, ha emergido una amplia jurisprudencia que ha considerado este tema, llegando a la conclusión de que las cláusulas paraguas significan exactamente lo que dicen, y que, si no se las aplica respetando el significado corriente de sus términos, se las priva completamente de valor. En todo caso, los tres casos (obsoletos) citados por Guatemala aceptaron el principio de que un incumplimiento contractual puede constituir una violación del tratado respectivo. Ver SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, (RL-27) ¶ 172 ("we do not preclude that under exceptional circumstances, a violation of certain provisions of a State contract with an investor of another State might constitute a violation of a treaty provision"); El Paso Energy International Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Competencia del 27 de abril de 2006, (RL-15) ¶ 84 ("no cabe duda de que si el estado interviene en los derechos contractuales mediante un acto unilateral, ya sea que estos derechos surjan de un contrato celebrado por un inversionista extranjero como parte del sector privado, una entidad autónoma estatal o e Estado mismo, de manera tal que la medida adoptada por el Estado pueda interpretarse como una violación de los niveles de protección incoporados en un TBI"); Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004 (RL-28) ¶ 75 (reconociendo que ciertas violaciones contractuales pueden constituir también violaciones de tratados).

⁴⁹⁹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 173.

- 225. Con respecto al segundo punto, es llamativo (por decir lo menos) que la Demandada argumente en este punto que "[e]n el arbitraje internacional no existen precedentes vinculantes", 500 solo porque la jurisprudencia no apoya su posición, después de incluso citar jurisprudencia minoritaria en supuesto sustento de otros argumentos. En vez de esta amplia jurisprudencia y doctrina, 501 Guatemala cita 11 veces al Prof. Zachary Douglas, quien funge actualmente como árbitro designado por Guatemala en una disputa en curso ante el CIADI, y quien, de los 44 arbitrajes en los que ha actuado como árbitro en casos CIADI, 39 veces ha sido designado por el estado demandado, solo dos veces fue designado por el inversionista demandante, y tres veces fue presidente.
 - 226. Así, entre otras cosas, Guatemala cita al Prof. Douglas para sostener lo siguiente:
 - Que "[e]l Tratado no tiene como propósito regular las relaciones contractuales de los inversionistas",⁵⁰² pero no presenta evidencia alguna de ello, ni del supuesto propósito del Tratado;
 - Que "el Estado tiene el poder de interferir en las relaciones contractuales entre los órganos del Estado e inversionistas y es, precisamente, el ejercicio de este poder soberano el que la cláusula paraguas <u>busca regular</u>", 503 pero no presenta evidencia alguna de lo que cláusulas paraguas en 10 tratados distintos suscritos por Guatemala "busca[n] regular";
 - Que "[e]l Estado, como ente soberano, no está (y no puede estar) obligado a cumplir los compromisos contractuales de un órgano o entidad estatal en específico", 504 pero lo mismo puede decirse de cualquier compromiso de cualquier entidad estatal, y eso no exime a un estado de responsabilidad bajo un tratado de protección de inversiones;
 - Que, "[s]i los estados hubieran querido apartarse de esta regla general al suscribir la cláusula paraguas, <u>así lo habrían establecido expresa e inequívocamente</u> en el texto de dicha cláusula", ⁵⁰⁵ cuando la regla es a la inversa, y es Guatemala (especialmente en Objeciones Preliminares) la que debe probar una limitación expresa al texto amplio de las cláusulas paraguas, como lo ha confirmado la jurisprudencia mayoritaria.
- 227. De hecho, el Prof. Douglas llega al punto de sugerir que las cláusulas paraguas simplemente reflejan un "overlap" con las demás protecciones establecidas en los tratados de inversión, e incluso que "[t]here was thus a rationale for including it [las cláusulas paraguas] among the overlapping

⁵⁰⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 159.

⁵⁰¹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 172-174.

⁵⁰² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 162 (énfasis añadido).

 $^{^{503}}$ Ídem ¶ 163 (énfasis añadido).

⁵⁰⁴ *Ídem* ¶ 166 (énfasis añadido).

⁵⁰⁵ *Ídem* ¶ 168 (énfasis añadido).

obligations in a typical investment treaty". 506 Con esta tesis, las cláusulas paraguas son superfluas; un resultado que contradice las reglas de interpretación más básicas del derecho internacional.

- 228. No hay motivo para que el Tribunal desatienda la amplia jurisprudencia y doctrina disponible sobre el alcance de las cláusulas paraguas, precisamente porque esa jurisprudencia refleja un punto de vista consistente de parte de numerosos árbitros, incluyendo respetados académicos y profesionales del arbitraje de inversiones, y no el punto de vista de un solo académico seleccionado por el Estado.
- 229. Por ejemplo (aparte de los muchos casos ya citados en la Contestación sobre Objeciones Preliminares), el tribunal que resolvió el caso *A11Y c. República Checa*, presidido por el Prof. Yves Fortier, y citado por la propia Guatemala respecto de esta misma objeción, ⁵⁰⁷ estableció lo siguiente:

As noted earlier, a typical umbrella clause such as the one found in the model UK BIT provides that: "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party". "Any obligation" can refer not only to contractual obligations but also to treaty obligations. 508

230. De manera similar, el tribunal del caso *Al-Bahloul c. Tayikistán*, presidido por el Prof. Jeffrey Hertzfeld, se pronunció en los siguientes términos:

The last sentence of Article 10(1) of the ECT provides that "Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party". This provision, which appears in similar language in many investment treaties, is commonly referred to as the "umbrella clause". This protection is broadly stated, referring as it does to "any obligation" and, as such, by the ordinary meaning of the words, **includes both statutory and contractual obligations**.... The four December 2000 Agreements contain a clear and unconditional obligation on the part of the State Committee, as a party to the Agreements, to ensure the issuance of licenses to Claimant necessary for the commencement of exploration work in the four respective areas. The licenses were not forthcoming. The Agreements were for an unlimited duration (Article 10 of each Agreements states that it "acts without period restriction"). There is no indication that they were terminated or revoked. Claimant has therefore established a prima facie breach of contract and, consequently a breach of the State's duty to observe its obligations entered into with an Investor. It is Respondent's,

 $^{^{506}}$ Ídem ¶ 173.

⁵⁰⁷ Ídem ¶ 141.

⁵⁰⁸ A11Y Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de febrero de 2017 (RL-58) ¶¶ 81-82 (énfasis añadido).

and not Claimant's, burden to rebut such a *prima facie* breach of obligation. Respondent has not attempted to so. 509

231. Por su parte, el tribunal del caso *Chevron c. Ecuador*, presidido por el Prof. Horacio Grigera Naón, determinó que el estado violó una cláusula de liberación de reclamos en un convenio transaccional, al hallar responsable a *Chevron* en un proceso judicial, y que dicho incumplimiento a su vez quebrantó la cláusula paraguas del tratado relevante, en los siguientes términos:

In its First Partial Award, the Tribunal decided that Chevron and TexPet were both "Releasees" under Article 5.1 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release. The Tribunal also decided that Chevron and TexPet could invoke their contractual rights as "Releasees" against the Respondent in regard to "diffuse" claims (as there described). In the Tribunal's view, such contractual rights correspond to an 'obligation' by the Respondent towards each of Chevron and TexPet within the meaning of the Umbrella Clause in Article II(3)(c) of the Treaty. In Parts IV and V of this Award, the Tribunal has found that the Lago Agrio Judgment, with the judgments of the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts, rests upon finding Chevron liable for diffuse claims in non-compliance with the Respondent's obligations to release Chevron (with TexPet and Texaco) from such liability under the 1995 Settlement Agreement. In the Tribunal's view, by the acts of its judicial branch, attributable to the Respondent under Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, the Respondent violated its obligations under Article II(3)(c) of the Treaty, thereby committing international wrongs towards each of Chevron and TexPet.⁵¹⁰

232. Con igual contundencia falló el tribunal del caso *Strabag c. Libia*, presidido por el Prof. John Crook, el cual determinó que el demandante tenía derecho, conforme a una cláusula paraguas, a ser indemnizado por certificados de pago incumplidos, trabajo no remunerado, retrasos e interrupciones, trabajo adicional y retenciones, ⁵¹¹ rechazando el preciso argumento de Guatemala en este caso, en los siguientes términos:

[A]t the Hearing, Respondent argued that interpreting Article 8(1) of the Treaty as urged by Claimant would "open the floodgates to allow every commercial dispute in contracts with States or State entities to find its way to an international tribunal convened under a bilateral investment treaty". (As noted supra this is similar to the view of the tribunal in SGS v. Pakistan.) However, such policy-based arguments do not fit into the VCLT's rubric of treaty interpretation. These are policy issues for treaty-makers to consider in selecting the words of their treaty; they cannot later be imported to limit the meaning of the chosen words. In a different vein, Respondent argues that Article 8(1) of the Treaty can operate only where the State acts in a sovereign capacity involving some exercise of sovereign authority – puissance publique – or that it can only apply to

⁵⁰⁹ Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán, Caso SCC No. V064/2008, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009 (CL-120) ¶¶ 256, 263-266 (énfasis añadido).

⁵¹⁰ Chevron Corporation (U.S.A.) y Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) c. República de Ecuador II, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre Banda II, 30 de agosto de 2018 (CL-243) ¶¶ 8.4-8.8 (énfasis añadido).

⁵¹¹ Strabag c. Libia (Laudo) (CL-235) ¶¶ 373, 391, 399, 485, 645, 707, 729, 735, 756, 768, 773, 778, 874.

conduct involving breaches of international law. Hence, Article 8(1) of the Treaty cannot apply to ordinary commercial acts. The difficulty is that such arguments in effect call for the Tribunal to introduce limits or conditions to Article 8(1) that do not appear in its language or necessarily follow from its ordinary meaning. Respondent's contention that Article 8(1) of the Treaty only covers contractual disputes involving some exercise of puissance publique, for example, has no foundation in the text of the article. Similarly, the argument that Article 8 can only apply where there is a claimed breach of international law - one arising on some basis other than Article 8(1)has no basis in the text. Such arguments would limit Article 8(1) in ways that have no foundation in its text and would, indeed, appear to deprive the provision of effectiveness in all but rare situations. While the Tribunal has great respect for the proponents of such views, it is not able to agree that arguments regarding puissance publique or on the perceived inherent limits of international jurisdiction can amend or condition the plain language of the treaty-makers in Article 8(1). In any case, although the requirement of *puissance publique* is absent in Article 8(1) of the Treaty, as discussed more fully infra, the factual circumstances clearly show that Al Hani's contracts were all made for significant public infrastructural projects in the interest of Libya. Contracting for such public works contracts is in fact a typical State function, not a commercial activity carried out jure privatorum. Further, their performance involved actions by a range of State organs exercising their governmental powers.⁵¹²

- 233. En suma, la posición de Guatemala parte de una noción pre-concebida acerca de lo que una cláusula paraguas *debería* ser o decir, sin evidencia ni sustento. El Tribunal debe aplicar las cláusulas paraguas según sus términos, y no según los términos que pretende dictar el Estado.
- 234. Guatemala aduce que la interpretación postulada por las Demandantes "implica que ya no es el Ministerio de Energía el que está obligado a cumplir con las obligaciones del Contrato, sino también el Estado como ente soberano".⁵¹³ Guatemala agrega que dicha interpretación "implica que [las Demandantes] pueden beneficiarse de los términos del Contrato sin exponerse al riesgo de que el Estado pueda también presentar reclamos por incumplimientos del Contrato".⁵¹⁴ Asimismo, Guatemala arguye que "[l]a idea de que los redactores de los tratados de inversión tuvieron la intención de revolucionar el derecho internacional para que la cláusula paraguas tuviera un efecto útil completamente independiente de las demás obligaciones bajo el Tratado no es convincente".⁵¹⁵ Estos argumentos son infundados.

⁵¹² *Ídem* ¶¶ 163-165 (énfasis añadido).

⁵¹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 172.

⁵¹⁴ Ídem.

⁵¹⁵ Ídem ¶ 174.

- 235. Con respecto al primer punto, es perfectamente usual que los actos de un ente estatal, o incluso de un municipio o entidad local, sean atribuibles al Estado.⁵¹⁶ El hecho de que una cláusula paraguas haga responsable al Estado guatemalteco por actos de entidades estatales específicas es consistente con el derecho internacional.
- 236. Con respecto al segundo punto, Guatemala solo cita al Profesor Douglas para sostener que carece de derecho para presentar una reconvención. Sin embargo, Guatemala no ha buscado plantear una reconvención en este arbitraje, mientras que sí lo ha hecho, por ejemplo, en el caso de Kappes c. Guatemala. El Estado no explica esta divergencia de actuaciones.
- 237. Con respecto al tercer punto, es Guatemala la que pasa por alto por completo la historia y propósito de las cláusulas paraguas, relatada, por ejemplo, en el laudo del caso *Eureko c. Polonia* (cuyo tribunal fue presidido por el Prof. Fortier), como sigue:

The provenance of "umbrella clauses" has been traced to proposals of Elihu Lauterpacht in connection with legal advice he gave in 1954 in respect of the Iranian Consortium Agreement, described in detail in an article in Arbitration International by Anthony C. Sinclair. It found expression in Article II of a draft Convention on Investments Abroad ("the Abs-Shawcross Draft") of 1959, which provided: "Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party". It was officially espoused in Article 2 of the OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property of 1967, in whose preparation, Lauterpacht, as a representative of the United Kingdom, played a part. It provided that: "Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party". The commentary to the draft Convention stated that, "Article 2 represents an application of the general principle of pacta sunt servanda - the maintenance of the pledged word" which "also applies to agreements between States and foreign nationals". Commenting on this article in his Hague Academy lectures in 1969, Professor Prosper Weil concluded that: "The intervention of the umbrella treaty transforms contractual obligations into international obligations..." ("Problèmes relatifs aux contrats passés entre urt État et un particulier.)". The late Dr. F.A. Mann described the umbrella clause as "a provision of particular

⁵¹⁶ Ver, por ejemplo, Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. c. República Checa, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo del 1 de noviembre de 2021 (RL-43) ¶ 373 ("The Mayor of Benice represents an organ of the Czech Republic at a territorial level, and in accordance with Article 4 of the ILC Articles her conduct must be attributed to the Czech Republic. The necessary consequence is that the Czech Republic has committed an internationally wrongful act in breach of the BIT"); Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-41) ¶ 258 ("It is uncontroversial that this dispute is between Parkerings and the Republic of Lithuania whilst the Agreement was entered into by two different entities, namely BP and the City of Vilnius, both of which are not parties to this arbitration. It is undisputed that States are responsible on an international level for acts of municipalities (and other State constituent subdivisions) that are contrary to international law...").

⁵¹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 172 y nota 232.

⁵¹⁸ CIADI, Base de Datos, *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassiday & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43 (C-778) ("December 8, 2020: The Respondent files a memorial on jurisdiction and a counter-memorial on the merits including a counter-claim").

importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or no such interference amounts to expropriation...". The leading work on bilateral investment treaties states that: "These provisions seek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor's contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts...". The United Nations Centre on Transnational Corporations, in a 1988 study on BITs, found that an umbrella clause "makes the respect of such contracts [between the host State and the investor]... an obligation under the treaty". These and other relevant sources are authoritatively surveyed in Christoph Schreuer, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road," as well in as Stanimir A. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty". 519

238. Por tanto, aquí no se trata de "revolucionar el derecho internacional" como (inflamatoriamente) sugiere Guatemala, sino de <u>aplicarlo</u> según sus términos y original intención.

c. El reclamo de las Demandantes bajo cláusulas paraguas debe ser oído en este arbitraje

239. Finalmente, no es cierto que "los reclamos puramente contractuales de las Demandantes... se encuentran sujetos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales guatemaltecos y son, por lo tanto, inadmisibles".⁵²⁰ Como ya se indicó anteriormente, las Demandantes no están planteando reclamos de incumplimiento de cláusulas contractuales. Las Medidas del Estado que se cuestionan en este arbitraje constituyen violaciones del Tratado, pero también violaciones de diversos compromisos del Estado.⁵²¹

240. Cabe destacar que los Estados Contratantes del Tratado podían haber excluido la aplicación de la cláusula arbitral a las disputas surgidas de disputas contractuales o cláusulas paraguas, como hicieron, por ejemplo, las partes del TBI entre Canadá y Colombia, en disputa en el caso *Glencore c. Colombia* (citado por Guatemala): "[E]ach Party hereby gives its unconditional and irrevocable consent to the submission of an investment dispute to international arbitration in accordance with paragraph 2 above, except for disputes with regard to Article 10 paragraph 2 of [the Treaty]", 522 referente a la cláusula paraguas. Ello no ocurrió en el presente caso.

⁵¹⁹ Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶ 251.

⁵²⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 175.

⁵²¹ Ver, por ejemplo, Memorial de Demanda ¶ 409.

⁵²² Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-110) ¶ 1001 (énfasis añadido). Ver también idem ¶ 1002 ("The plain reading of Art. 11(3) leaves little room

- 241. Según la Demandada, "las Demandantes hacen referencia a tan sólo cuatro casos que conciernen la aplicación de la cláusula paraguas y a una letanía de casos que simplemente confirman que las cláusulas de elección de foro no excluyen la jurisdicción de los tribunales bajo el Tratado con respecto a la supuesta violación de otros estándares". ⁵²³ En realidad, las Demandantes citan al menos 13 casos hallando una violación de la cláusula paraguas, sin remitir las disputas correspondientes a otros foros. ⁵²⁴ Guatemala se limita a buscar distinguir cinco de esos casos, sin éxito:
 - Eureko c. Polonia. Guatemala sostiene que el laudo de este caso "sólo se pronunció sobre actuaciones soberanas del Estado, no sobre actuaciones puramente contractuales", 525 citando el apartado donde el Tribunal estableció que "the actions and inactions of the Government of Poland that are in breach of Poland's obligations under the Treaty those that have been held to be unfair and inequitable and expropriatory in effect also are in breach of its commitment under Article 3.5 of the Treaty to 'observe any obligations it may have entered into with regards to investments of investors' of the Netherlands". 526 Según Guatemala, "el tribunal simplemente concluyó que las acciones y omisiones del Gobierno de Polonia (de carácter soberano)... constituían una violación de la cláusula paraguas". 527 Eso es falso; el tribunal determinó que el Estado había cometido violaciones de la cláusula paraguas más allá de las demás violaciones de otros estándares del tratado, incluyendo por incumplimientos contractuales:

The Tribunal has found that Respondent bound itself, by the combined effect of the terms of the SPA and its First Addendum, to conduct an IPO that would afford Eureko the facility of gaining control of PZU, and that it deliberately violated that obligation. It has found that that obligation pertains to an investment of Eureko. The question accordingly arises, quite apart from the Government of Poland being in breach of Articles 3.1 and 5 of the Treaty on the grounds stated above, is

for doubts: each State party gives its unconditional and irrevocable consent to have investment disputes submitted to international arbitration, with one exception: disputes with regard to Art. 10(2), the Umbrella Clause").

⁵²³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 178.

Noble Ventures, Inc. c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005 (CL-173) ¶ 53-54; Khan Resources, Inc. c. Gobierno de Mongolia, Caso CPA No. 2011-09, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 (CL-108) ¶ 366; Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶ 258; Siemens A.G. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, 17 de enero de 2007 (CL-105) ¶ 204; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152) ¶ 168; A11Y Ltd. c. República Checa, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre Jurisdicción, 9 de febrero de 2017 (RL-58) ¶¶ 81-82; Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán, Caso SCC No. V064/2008, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009 (CL-120) ¶¶ 256, 263-266; Chevron Corporation (U.S.A.) y Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) c. República de Ecuador II, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre Banda II, 30 de agosto de 2018 (CL-243) ¶¶ 8.4-8.8; Strabag c. Libia (Laudo) (CL-235) ¶¶ 373, 391, 399, 485, 645, 707, 729, 735, 756, 768, 773, 778, 874; Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/96/3, Laudo, 9 de marzo de 1998 (CL-244) ¶¶ 29-30; Enron Corp. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/96/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (CL-21) ¶¶ 274, 277 (anulado por otros motivos); EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (CL-77) ¶¶ 938-942; Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶ 279.

⁵²⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 184.

⁵²⁶ Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶ 260.

⁵²⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 244.

it in further breach of Article 3.5? In the view of the Tribunal, the answer to that question must be in the affirmative, for the reasons that <u>follow</u>. The plain meaning – the "ordinary meaning" – of a provision prescribing that a State "shall observe any obligations it may have entered into" with regard to certain foreign investments is not obscure. The phrase, "shall observe" is imperative and categorical. obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but "any" - that is to say, all - obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. This Tribunal is interpreting and applying a Treaty, a bilateral investment treaty, one of more than two thousand such treaties. In so doing, as stated earlier in this Award, it applies public international law.... The ordinary meaning of Article 3.5 has been set out in paragraph 244 above. The context of Article 3.5 is a Treaty whose object and purpose is "the encouragement and reciprocal protection of investment", a treaty which contains specific provisions designed to accomplish that end, of which Article 3.5 is one. It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless.... It follows that the effect of Article 3.5 in this proceeding cannot be overlooked, or equated with the Treaty's provisions for fair and equitable treatment, national treatment, most-favored-nation treatment, deprivation of investments, and full protection and security. On the contrary, Article 3.5 must be interpreted to mean something in itself. The immediate, operative effects of Article 3.5 are two. The first is that Eureko's contractual arrangements with the Government of Poland are subject to the jurisdiction of the Tribunal, a conclusion that reinforces the jurisdictional conclusions earlier reached in this Award. The second is that breaches by Poland of its obligations under the SPA and its First Addendum, as read together, that are not breaches of Articles 3.1 and 5 of the Treaty nevertheless may be breaches of Article 3.5 of the Treaty, since they transgress Poland's Treaty commitment to "observe any obligations it may have entered into" with regard to Eureko's investments.528

■ Gardabani c. Georgia y Consutel c. Argelia. Guatemala distingue este caso porque, allí, la parte demandante inició dos procesos en contra del estado demandado, uno bajo el contrato y otro bajo el tratado relevante.⁵²⁹ El tribunal no se pronunció acerca de si esta era la vía procesal requerida bajo el tratado, sino que señaló que "the Parties agreed to coordinate the two arbitrations", e incluso que se había nombrado al mismo tribunal en ambos casos,⁵³⁰ con lo cual no se requería una decisión sobre la remisión al foro local. En cualquier caso, lo más relevante del caso de Gardabani es que aceptó la responsabilidad del estado demandado por incumplimientos contractuales,⁵³¹ rechazando

⁵²⁸ Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶¶ 245-250 (énfasis añadido).

⁵²⁹ Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo, 27 de octubre de 2022 (CL-158) ¶¶ 1-2.

 $^{^{530}}$ Ídem ¶ 716.

⁵³¹ Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo, 27 de octubre de 2022 (CL-158) ¶ 705 ("Gardabani's claims pursuant to the Khrami SPA and the Respondents' defences to those claims were considered in detail and determined by the Tribunal in the SCC Arbitration. Having considered Gardabani's claims under the

así la premisa central de la objeción de Guatemala. Guatemala añade que las circunstancias del caso de Gardabani se distinguen de las de Consutel c. Argelia porque, en este último caso, el tribunal determinó que los demandantes "ha[d] not sought to circumvent exclusive jurisdiction clauses", mientras que, en el presente caso, "esto es precisamente lo que buscan las Demandantes". 532 Sin embargo, esta es una descripción errónea del fallo en Consutel. Allí, el tribunal encontró tres razones para determinar que se debía remitir la disputa al foro contractual, ninguna de las cuales se aplica en el presente caso. La primera era que el contrato en cuestión había sido suscrito por una empresa de propiedad del estado, con una personalidad jurídica distinta e independiente a la de aquél, sin que las demandantes hubiesen solicitado el levantamiento del velo societario.⁵³³ En el presente caso, el Contrato en cuestión fue suscrito por el Ministerio de Energía y Minas, 534 que no posee una personalidad jurídica distinta a la del Estado guatemalteco. La segunda razón fue que el contrato en cuestión fue suscrito por una subsidiaria de las demandantes, que no participaba en el arbitraje internacional.535 En el presente caso, el Contrato fue firmado por TRECSA, una de las demandantes en el presente arbitraje. La tercera razón fue que los reclamos de las demandantes en Consutel se referían a 16 "reclamaciones basadas en presuntas violaciones del Convenio de Asociación", tales como "[v]iolación del inciso i) del artículo 5 del Contrato debido a la falta de personal competente y a la falta de participación de los responsables jerárquicos", o "[v]iolación del artículo 5(vii) del Contrato debido a modificaciones intempestivas de las contraseñas de acceso a las salas, mal equipadas, en las que las plataformas de red estaban instaladas en el sitio de Bir Mourad Rais", o "[v]iolación del artículo 5(xiii) del apéndice por falta de adaptación de la plataforma VoIP de Argelie Telecom". 536 En el presente caso, las Demandantes no plantean reclamo alguno de incumplimiento de cláusulas del Contrato por parte del MEM (y ciertamente nada tan banal o específico como lo planteado por Consutel).537 En cambio, el presente reclamo se fundamenta en que las medidas tomadas por Guatemala en contra de la inversión de las Demandantes que constituyen violaciones del Tratado y, asimismo, incumplimientos de compromisos contraídos por el Estado en diversos instrumentos legales y regulatorios. De hecho, y como se ha señalado anteriormente, los reclamos de las Demandantes no podrían litigarse al amparo de la cláusula de resolución de controversias del Contrato, precisamente por

Khrami SPA in that Arbitration, the Tribunal found that Gardabani did not waive or fail to meet a condition precedent to its claims and found that the Respondents had breached their obligations under Clause 5.2.2 and Clause 2 of Annex #1 of the Khrami SPA. In the Partial Award on Liability and the Final Award in the SCC Arbitration, the Tribunal determined that the Respondents, the Government, the MOE and the SSB, are required to compensate Gardabani and finally determined the extent of compensation due, in the amount of USD 27,499,000. As there is no indication that the Respondent has paid compensation to Gardabani to date, the Respondent must now compensate Gardabani in that amount pursuant to its obligation under Article 3(4) of the BIT").

⁵³² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 185 (citando a *Gardabani Holdings B.V. y Silk Road Holdings B.V. c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/17/29, Laudo, 27 de octubre de 2022 (CL-158) ¶ 717).

⁵³³ Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (CL-78) ¶ 366.

⁵³⁴ Ver, en general, Contrato (C-65).

⁵³⁵ Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (CL-78) ¶ 370.

⁵³⁶ Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. República Popular y Democrática de Argelia, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Final, 3 de febrero de 2020 (CL-78) ¶¶ 305, 307 (énfasis añadido). De hecho, el tribunal en Consutel dividió su análisis en reclamos de incumplimiento de cláusulas del contrato y reclamos de violaciones del tratado relevante por el estado argelino. Ver ídem ¶ 309.

⁵³⁷ Ver Memorial de Demanda del 24 de febrero de 2023, ¶ 409.

tratarse de medidas administrativas. Por tanto, nada hay que remitir al supuesto foro contractual.

Nissan c. India y SGS c. Paraguay. Guatemala dice sin evidencia que estas decisiones "representan la posición minoritaria con respecto al alcance de la cláusula paraguas" y que "están lejos de ser persuasivas".⁵³⁸ Ya se ha demostrado que esta es la posición mayoritaria y más reciente de la jurisprudencia. En cuanto a su grado de persuasión, Guatemala dice (citando al Prof. Douglas) que "ninguno de estos dos casos explica por qué los inversionistas estarían legitimados para reclamar el cumplimiento de ciertas obligaciones bajo el contrato y, a la vez, ignorar otras".⁵³⁹ Esto no es en absoluto lo que pretenden las Demandantes, sino que ellas piden el respeto y aplicación del Tratado, el cual prevé una jurisdicción distinta a la de un contrato o una norma local. Esto es lo que explicó el tribunal del caso SGS c. Paraguay, ya citado en la Contestación sobre Objeciones Preliminares:⁵⁴⁰

[S]i la Demandada negoció el Contrato con la expectativa de que la cláusula de elección de fuero contenida en el Contrato excluiría su responsabilidad en virtud del TBI, las suposiciones de la Demandada estaban fuera de lugar. La Demandada argumenta que la cláusula de elección de fuero era parte del acuerdo al que llegaron el Paraguay y SGS al negociar el Contrato y que una eventual exigencia de responsabilidad por parte del Tribunal socavaría ese acuerdo, como quiera que todos los requisitos sustanciales del Contrato fueron negociados con la expectativa de que las diferencias que surgieran serían sometidas a los tribunales nacionales. Sin embargo, la Demandada deja de lado el hecho de que, además de aceptar una cláusula de elección de fuero en el Contrato, también accedió en forma separada al arbitraje de conformidad con el TBI. Al hacerlo, la Demandada le ofreció a los inversionistas suizos una jurisdicción alternativa para la solución de diferencias. El mecanismo del arbitraje en virtud del TBI formaba parte del marco jurídico aplicable y, de hecho, pasó a ser parte irrevocable del acuerdo.541

242. En efecto, la sugerencia de que la disputa debe remitirse primero a la jurisdicción del contrato, y que solo en el caso de una falencia de ésta pudiese llegar a oídos de un tribunal internacional de inversión, estaría agregando un requisito no escrito de agotamiento de recursos que aplicaría solo a reclamos bajo cláusulas paraguas. Como se explicó arriba, la jurisprudencia de inversiones ha distinguido entre estándares de protección sustantivos y procesales, y lo mismo debe aplicarse a las cláusulas sustantivas y procesales de los contratos sujetos a una cláusula paraguas. La "internacionalización" de las primeras no implica la "internacionalización" de las segundas, de la misma manera que una cláusula de

⁵³⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 186.

 $^{^{539}}$ Ídem ¶ 187.

⁵⁴⁰ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 181.

⁵⁴¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República del Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/29, Laudo, 10 de febrero de 2012 (CL-152) ¶ 107 (énfasis añadido).

NMF puede atraer las primeras, pero no necesariamente a las segundas – precisamente por la naturaleza procesal que no puede afectar los procedimientos establecidos en el Tratado. En cualquier caso, se estaría distorsionando la naturaleza del reclamo, el cual, de ser uno de incumplimiento contractual o de legislación local, pasaría a ser uno de denegación de justicia, causando la aplicación de estándares distintos. Por tanto, no se trata, como sostiene Guatemala de "deroga[r] las cláusulas de elección exclusiva de foro",542 sino de aplicar el Tratado, el cual contiene su propia cláusula de selección de foro.

- 243. Por último, solo un par de líneas con respecto al argumento de abuso de derecho de Guatemala.⁵⁴³ Aparte de que ella lo invoca gratuitamente para cualquier argumento contrario a los suyos, no puede sostenerse que una posición confirmada mayoritariamente en la jurisprudencia y doctrina sea abusiva.⁵⁴⁴ Lo abusivo sería despojar con base en argumentos superficiales a las Demandantes de una protección que les confiere el Tratado. Las Demandantes tienen un caso, que debe ser oído por el Tribunal en su totalidad.
- 244. Por las razones anteriores, la Objeción Preliminar de la Demandada respecto de la incorporación de cláusulas paraguas de terceros tratados debe ser desestimada.
 - 3. DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Las Demandantes plantearon un reclamo de denegación de justicia, y hay competencia sobre otras violaciones
- 245. En su Réplica sobre Objeciones Preliminares, la Demandada reitera y recicla la posición indicada en su Escrito de Objeciones Preliminares alegando, esencialmente que el Tribunal no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de la Corte de Constitucionalidad "distintos de una denegación de justicia".⁵⁴⁵
- 246. Específicamente, Guatemala plantea tres argumentos: (i) que las Demandantes supuestamente "confunden el estándar aplicable" a las medidas judiciales en cuestión;⁵⁴⁶ (ii) que, "para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la

⁵⁴² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 189.

⁵⁴³ Ídem ¶¶ 190-192.

⁵⁴⁴ Guatemala cita el caso de *Orascom v. Argelia* con respecto a la doctrina del abuso de derecho, pero ese caso se relaciona con un argumento de que la demandante realizó una reorganización corporativa para adquirir derechos bajo el tratado relevante, lo cual no tiene nada que ver con el caso que nos ocupa. *Orascom TMT Investments S.à.r.l. c. República de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Laudo, 21 de mayo de 2017 (**RL-69**) ¶ 540. De hecho, el tribunal en ese caso rechazó el argumento de supuesto abuso de derechos.

⁵⁴⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 196; Contestación sobre Objeciones Preliminares § 3.3.

⁵⁴⁶ Ídem ¶ 200.

responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad";⁵⁴⁷ y (iii) que "ninguna de las fuentes jurídicas de las Demandantes" apoya su posición.⁵⁴⁸

247. En la Contestación sobre Objeciones Preliminares,⁵⁴⁹ las Demandantes demostraron que el Tratado no establece que la *única* forma de configurar una violación del mismo, tratándose de medidas judiciales, sea mediante una denegación de justicia, y que el Tratado tampoco establece que una medida judicial pueda configurar una violación de los demás estándares de protección (expropiación lícita, no discriminación, falta de protección y seguridad plenas, etc.), *solo* si se demuestra una denegación de justicia. En su Réplica sobre Objeciones Preliminares Guatemala no disputa este hecho incontrovertible, y no aporta ningún elemento de respuesta.

248. De hecho, el Artículo 12.4.3 del Tratado (mismo que se encuentra dentro de la disposición sobre Protección de Inversiones, que incluye la cláusula sobre denegación de justicia del Tratado),⁵⁵⁰ establece lo siguiente:

La determinación que se ha infringido otra disposición del presente Capitulo o de otro acuerdo internacional, no implicara que se haya violado el trato justo y equitativo ni la protección y seguridad plenas.⁵⁵¹

249. Esta disposición significa que, el hecho que una medida estatal viole un estándar de protección del Tratado (distinto del estándar de trato justo y equitativo previsto en el Artículo 12.4) e incurra, por ejemplo, en una expropiación ilegal, o una discriminación, no implica que la medida en cuestión también viole automáticamente el Artículo 12.4 y el estándar de TJE. La determinación de que dicho artículo ha sido violado, requiere una demostración distinta e independiente de cualquier determinación de que otros estándares de protección han sido violados. El Tratado establece estándares de protección diferentes, que requieren análisis diferentes y demostraciones diferentes. *Contrario sensu*, aun si se considerara que es necesario demostrar una denegación de justicia para establecer una violación del estándar de TJE (a pesar de que el propio Tratado no lo establece), esto no implica que sea necesario demostrar una denegación de justicia para establecer una violación de *otros* estándares del Tratado. Este no es un requisito para establecer una expropiación ilegal, una discriminación o cualquier violación de

⁵⁴⁷ Ídem ¶ 206.

⁵⁴⁸ Ídem ¶ 207.

⁵⁴⁹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 192.

⁵⁵⁰ Ver Tratado (C-1), Art. 12.4.2(b) ("Para mayor certeza... (b) el 'trato justo y equitativo' incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo").

⁵⁵¹ Ver Tratado (C-1), Art. 12.4.3.

otros estándares pues, precisamente, se trata de estándares distintos, que requieren análisis y demostraciones distintos.

- 250. En cualquier caso, y como se detalla a continuación, los argumentos de Guatemala son incorrectos y no pueden prosperar por las siguientes razones: (i) Guatemala pretende que el Tribunal determine cuestiones académicas, lo cual no corresponde a una fase de Objeciones Preliminares; (ii) es la Demandada la que caracteriza erróneamente el caso de las Demandantes, por lo que los precedentes citados por Guatemala no apoyan su posición; (iii) contrario a lo alegado por Guatemala, los precedentes citados por las Demandantes confirman la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre violaciones al Tratado causadas por medidas judiciales; y (v) en todo caso, la objeción de Guatemala pretende que el Tribunal determine cuestiones de fondo en una fase jurisdiccional. Las Demandantes detallan a continuación cada uno de estos elementos de respuesta.
- 251. Primero, Guatemala insiste en que este Tribunal determine en la fase jurisdiccional cuestiones abstractas, que no tienen relevancia en esta fase tan temprana del procedimiento arbitral. Específicamente, la Demandada alega, erróneamente, que el derecho internacional exige que las Demandantes prueben la existencia de una denegación de justicia por parte de la Corte de Constitucionalidad para que sus actos puedan constituir una violación al Tratado.⁵⁵² Sin embargo, aun cuando este fuera el caso, no es necesario que el Tribunal dictamine sobre este punto, ya que las Demandantes sí plantean un reclamo de denegación de justicia, cosa que Guatemala no disputa. Específicamente, las Demandantes alegan que la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013, dictada por la Corte de Constitucionalidad el 19 de diciembre de 2018, constituye un ejemplo incontrovertible de denegación de justicia al adoptar una medida judicial que afectó la inversión de las Demandantes sin siquiera oír a TRECSA.⁵⁵³ Para quedar claros: TRECSA solicitó ser oída en ese proceso, y la Corte se lo negó. No puede haber un ejemplo más claro de denegación de justicia y de afectación judicial de los derechos de las Demandantes bajo el Tratado, aun cuando estos mismos actos constituyan una violación de otros estándares del Tratado.
- 252. Por tanto, si el Tribunal determina que efectivamente Guatemala cometió tal denegación, no habría necesidad de determinar el punto secundario acerca de si los actos judiciales en cuestión

⁵⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 196. En su Contestación a las Objeciones Jurisdiccionales las Demandantes demostraron que las medidas de todos los poderes del Estado – ya sea que provengan del poder ejecutivo, legislativo o judicial – pueden igualmente constituir violaciones a los tratados de protección de inversiones y que, contrario a lo sugerido por la Demandada, las medidas judiciales no reciben un tratamiento preferente ni están sujetas a la demonstración de condiciones específicas (como la demonstración de una denegación de justicia). Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 192-205.

⁵⁵³ Ver Memorial de Demanda ¶¶ 469-480. Ver también Corte de Constitucionalidad, Sentencia dictada en el Expediente No. 4197-2017 del 19 de diciembre de 2018 (**C-122**).

constituyen, además, violaciones de otros estándares del Tratado. Por ende, se trata en este momento de una cuestión meramente académica que el Tribunal no necesita resolver de manera profiláctica.⁵⁵⁴ El Tribunal de todas maneras deberá pronunciarse en su laudo final sobre el reclamo de denegación de justicia y toda la evidencia que la rodea, por lo que aun si prosperara la objeción de Guatemala, no se estaría acotando el arbitraje en forma alguna.

- 253. Segundo, Guatemala sostiene que "las Demandantes confunde[n] el estándar aplicable a las decisiones judiciales que violan directamente una norma de derecho internacional (e.g., como las limitaciones territoriales de los Estados o la prohibición de la tortura) y el estándar aplicable a las decisiones judiciales que simplemente interpretan y aplican el derecho doméstico (independientemente de que la demandante cuestione o no el fondo de la decisión bajo el respectivo derecho doméstico)".555
- 254. Esta distinción parte de una premisa errónea, i.e., que las medidas judiciales que interpretan y aplican el derecho doméstico no pueden "viola[r] directamente una norma de derecho internacional" y por ende deberían constituir una categoría aparte. Esto no tiene sentido, ya que incluso una sentencia doméstica que viole directamente una norma de derecho internacional puede hacerlo (y es casi inevitable que lo haga) aplicando el derecho local. Dicho de otra manera, independientemente de que se pronuncien sobre temas de derecho doméstico, las medidas judiciales son susceptibles de violar por sí mismas y directamente normas de derecho internacional.
- 255. Los estándares de protección en los tratados de inversión como el que nos ocupa son exactamente eso, i.e., normas de derecho internacional susceptibles de ser violadas por medidas estatales, incluyendo decisiones judiciales que interpretan y aplican el derecho internacional. Como lo afirma el Prof. Demirkol:

Since any judicial act in violation of international law, e.g. an international treaty provision, is an internationally wrongful act, a judicial act does not need to amount to a denial of justice for it to give rise to international responsibility of the state. 556

⁵⁵⁴ Ver, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, El Paso por el Gran Belt, Finlandia c. Dinamarca, CIJ, Orden, Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales, 29 de julio de 1991 (CL-245) ¶ 27 (denegando medidas provisionales para suspender la construcción de un puente, dado que "the Court, placing on record the assurances given by Denmark that no physical obstruction of the East Channel will occur before the end of 1994, and considering that the proceedings on the merits in the present case would, in the normal course, be completed before that time, finds that it has not been shown that the right claimed will be infringed by construction work during the pendency of the proceedings" (enfasis añadido)).

⁵⁵⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 200.

⁵⁵⁶ Berk Demirkol, International State Responsibility for Wrongful Judicial Acts, Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration, 2018 (CL-277), pág. 26.

- 256. Por otro lado, la referencia de la Demandada, como ejemplos de violación de normas internacionales, únicamente a los límites territoriales o la prohibición de la tortura, es sesgada. Las protecciones en tratados de inversión contra la expropiación ilícita o la discriminación no poseen un estatus de segunda, o menor contenido normativo en el derecho internacional.
- 257. La Demandada también afirma que la razón detrás de la tesis que defiende "es sencilla: las decisiones de las cortes domésticas, <u>que interpretan y aplican el derecho doméstico</u>, no pueden constituir un ilícito internacional, a excepción de una denegación de justicia". Este es un sofisma; el hecho de interpretar y aplicar el derecho doméstico no limita la responsabilidad del Estado a un reclamo de denegación de justicia, si es que las medidas judiciales en cuestión violan normas de derecho internacional, incluyendo normas de protección de inversiones en tratados internacionales. Las Demandantes no están cuestionando un análisis del derecho doméstico con el que discrepan. Por el contrario, el punto es que se les negó incluso participar en el proceso correspondiente, y consiguientemente, la Corte de Constitucionalidad llegó a un "totally irrational or abusive outcome". Esta sí que es una violación directa de una norma de derecho internacional, que representa una denegación de justicia, además de vulnerar otros estándares del Tratado.
- 258. La debilidad de la distinción artificial que plantea la Demandada se ve reflejada en la carencia de sustento en fuentes legales. En efecto, la Demandada cita solo dos fuentes sobre este punto, las cuales, como se demuestra a continuación, no apoyan su posición.
- 259. En primer lugar, la Demandada cita el caso de América Móvil c. Colombia. En ese caso, el tribunal tuvo que analizar si una decisión judicial de la Corte Suprema de Colombia había expropiado a la Demandante de su inversión. Según la Demandada, este caso apoyaría su posición, en cuanto, al analizar si el tribunal estaba obligado a respetar las decisiones judiciales que interpretan el derecho doméstico, el tribunal de América Móvil indicó que "se pueden identificar esencialmente dos categorías de sentencias", que el juez internacional no estaría obligado a respetar: eso es (i) "las sentencias que son el fruto de un procedimiento judicial gravemente defectuoso desde el punto de vista procesal que se suelen calificar como denegación de justicia o, en casos aún más excepcionales, desde el punto de vista

⁵⁵⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 197 (énfasis añadido).

⁵⁵⁸ América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021 (**RL-72**) ¶ 350 (citando a *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (**CL-55**) ¶ 449)

<u>del resultado sustancial</u>" y (ii) "las sentencias claramente incompatibles con el derecho internacional, pues implican una violación directa de una regla internacional".⁵⁵⁹

- 260. Como se indicó, el tribunal efectuó esta distinción para ilustrar los casos en los cuales los jueces internacionales pueden *apartarse* de las sentencias domésticas, lo que es distinto de determinar qué medidas judiciales específicas violan o no una norma internacional. Esa, desde luego, es una tarea para el fondo del caso.
- 261. Según Guatemala, el laudo de *América Móvil* apoyaría además su posición en cuanto habría afirmado que "es unánimemente reconocido" que las decisiones judiciales sólo pueden ser cuestionadas por los tribunales internacionales 'en situaciones excepcionales' que, para todos los efectos prácticos, equivalen a una denegación de justicia". La cita parcial de Guatemala es engañosa; en el párrafo citado, el tribunal se estaba refiriendo a "la <u>aplicación del derecho interno</u> por los tribunales domésticos", y no a la violación por parte de un tribunal doméstico de una norma de derecho internacional. De hecho, el tribunal citó el laudo del caso *Karkey c. Pakistán*, y específicamente el siguiente apartado:

[C]ontrary to what is alleged by Pakistan, there is no need that such deficiencies amount to a denial of justice which, as pointed out by the *Helnan* award on which both parties rely albeit from different points of views, is only one of the possible breaches of international law to be taken into consideration.... In particular, an international tribunal may decide not to defer to an arbitrary judicial decision which is, as such, incompatible with international law.⁵⁶²

262. Cabe señalar que, si bien el estado demandado en ese caso también alegó que la medida judicial en cuestión "no podría ser ilícita a la luz del derecho internacional, ya que la Demandante no probó – ni siquiera alegó – una denegación de justicia",⁵⁶³ esta no fue la razón por la cual el tribunal de América Móvil desestimó el reclamó de la Demandante. En cambio, el tribunal concluyó, en la fase de

⁵⁵⁹ Ídem ¶ 347 (énfasis añadido) ("Como ejemplos se pueden citar las decisiones que niegan las inmunidades diplomáticas previstas por el derecho consuetudinario, las que no respetan las limitaciones de la jurisdicción territorial del Estado, aprueban un tratamiento violatorio de las reglas de un tratado sobre extradición o violan normas en materia de derechos humanos o de prohibición de la tortura. Otro ejemplo relevante en un caso como el presente sería el de una sentencia que violara una regla de una hipotética convención internacional sobre telecomunicaciones que obligara a los estados contratantes a acordar un determinado tratamiento a los activos utilizados por los operadores").

⁵⁶⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 201 (citando a *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021 (**RL-72**) ¶ 351).

⁵⁶¹ Ver América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021 (**RL-72**) ¶ 351 (énfasis añadido).

⁵⁶² Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017 (CL-188) ¶ 550 (énfasis añadido).

⁵⁶³ América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021 (RL-72) ¶ 99.

fondo y no de jurisdicción, que no se satisfacía el estándar de expropiación establecido en el tratado en cuestión, después de analizar los aspectos correspondientes del derecho colombiano.⁵⁶⁴ El tribunal no tuvo que analizar si la medida judicial bajo escrutinio había violado un estándar de protección de trato justo y equitativo porque el tratado en cuestión no contenía dicho estándar.⁵⁶⁵

263. En segundo lugar, la Demandada se refiere a una cita del Sr. Jan Paulsson que supuestamente explicaría "la razón de ser" por la cual las decisiones de cortes nacionales no pueden incurrir en responsabilidad internacional en casos distintos de denegación de justicia, de la siguiente forma: "[s]ubstantive rights under national law... are created by the state, and are subject to the sovereign authority to legislate, and to interpret. Therefore, the dismissal of a claim of right under national law by the properly constituted national authority, whether correct or incorrect as a matter of national law (as previously or subsequently understood), does not give rise to an international delict unless there has been a violation of due process as defined by international standards". ⁵⁶⁶

264. Pero la afirmación del Sr. Paulsson es irrelevante al presente análisis. Como se indicó, las Demandantes no están cuestionando meramente un análisis del derecho doméstico. El Sr. Paulsson no dice que se necesite demostrar una denegación de justicia para que una medida judicial viole una norma de derecho internacional. Por el contrario, el Sr. Paulsson señala simplemente la razón por la cual una denegación de justicia puede implicar la responsabilidad internacional del Estado, y la vincula precisamente a la aplicación del derecho local, y no a violaciones de normas de derecho internacional:

State responsibility for denial of justice is justified, indeed required, in order to satisfy the international requirement that states provide for the effective protection of the rights of foreigners, whether those rights have been acquired by operation of national law or imposed by overriding international principles. A foreigner is always entitled to procedural fairness as measured by an international standard. That is the raison d'être of the notion of denial of justice. The doctrine of denial of justice is not required to protect substantive rights under international law, for the simple reason that national courts do not have the last word with regard to such rights; courts or tribunals entitled to apply international law will simply correct the failure to observe the right in question. Substantive rights under national law, on the other hand, are created by the state, and are subject to the sovereign authority to legislate, and to interpret. Therefore, the dismissal of a claim of right under national law by the properly constituted national authority, whether correct or incorrect as a matter of national law (as

⁵⁶⁵ Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia del 13 de junio de 1994 (vigente desde el 1 de enero de 1995) (**CL-247**).

⁵⁶⁴ Ídem ¶¶ 365-390.

⁵⁶⁶ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press (2005) (RL-70) pág. 7.

previously or subsequently understood), does not give rise to an international delict unless there has been a violation of due process as defined by international standards.⁵⁶⁷

265. Es más: el propio Sr. Paulsson reconoce que "[a] national court's breach of other [non-procedural] rules of international law, <u>or of treaties</u>, is not a denial of justice, but a direct violation of the relevant obligation imputable to the state like any acts or omissions by its agents". ⁵⁶⁸

266. Numerosos académicos reconocidos han adoptado posturas similares y confirman que las medidas judiciales pueden violar estándares de protección internacionales aun en la ausencia de una denegación de justicia. Por ejemplo, Hamid Gharavi señala que "[t]he acts or measures of the judiciary can... be found in violation of the FET standard irrespective of a finding of a denial of justice". Seg Asimismo, Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà afirman que "denial of justice is not the only international law standard that can be breached by domestic courts. IIAs recognize that the State can commit other breaches through its courts that do not amount to denial of justice and for which less stringent criteria apply". Seg Por su parte, Berk Demirkol indica que "investment treaty standards of treatment can also be breached by a judicial conduct that has not reached the level of a denial of justice". Seg El Sr. Demirkol añade:

Situations involving wrongful treatment by the judiciary can amount to a breach of the fair and equitable treatment standard <u>aside from the case of denial of justice</u>. These situations include the disrespect of due process and procedural propriety, arbitrariness and obstruction of the investment through abusive proceedings.⁵⁷²

267. Asimismo, y contrario a lo sugerido por la Demandada,⁵⁷³ no es cierto que la jurisprudencia más reciente confirme la aplicación de la regla según la cual se podrían impugnar medidas judiciales en arbitrajes de inversión solo por denegación de justicia, y no bajo otros estándares. Así, por ejemplo, el tribunal en *Infinito Gold* rechazó esta interpretación en términos expresos:

⁵⁶⁷ Ídem.

⁵⁶⁸ Ídem, pág. 98. Ver también Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (**RL-40bis**) ¶ 363.

⁵⁶⁹ Hamid Gharavi, Discord Over Judicial Expropriation, 33 ICSID Rev., No. 2 (2018) (CL-248), pág. 355.

⁵⁷⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, European Yearbook of International Economic Law, 2020 (CL-246), Section 3.4.2 (énfasis añadido).

⁵⁷¹ Berk Demirkol, *International State Responsibility for Wrongful Judicial Acts*, Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration, 2018 (**CL-277**), pág. 24.

⁵⁷² Berk Demirkol, *International Protection with Respect to Wrongful Judicial Acts in Investment Treaty Arbitration*, JUDICIAL ACTS AND INVESTMENT TREATY ARBITRATION, 2018 (**CL-278**), pág. 39 (énfasis añadido). *Ver también ídem*, pág. 34 ("The breach of the fair and equitable treatment standard by the judicial machinery cannot, however, be confined to the claim of denial of justice. <u>This undertaking may find application beyond the context of denial of justice</u>" (énfasis añadido)).

⁵⁷³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 206.

Sostener la posición contraria implicaría que parte de la actividad del Estado no sería susceptible de ser causal de responsabilidad incluso si fuese contraria a los estándares protegidos al amparo de un tratado de inversión. Si bien el Tribunal coincide con que se debe otorgar deferencia a los tribunales domésticos en cuanto a la aplicación del derecho interno, ello no implica que sus decisiones sean inmunes al escrutinio a nivel internacional. Tal como lo observara el tribunal de Sistem, las decisiones judiciales pueden privar a los inversionistas de sus derechos de propiedad "just as surely as if the State had expropriated [them] by decree". En el mismo sentido, las decisiones judiciales que son arbitrarias, injustas o que truncan las expectativas legítimas de los inversionistas también podrían incumplir el estándar de TJE incluso si no constituyen una denegación de justicia.⁵⁷⁴

268. Guatemala pretende apoyar su posición citando los casos de *Krederi c. Ucrania*⁵⁷⁵ y *Lidercon c. Perú*.⁵⁷⁶ Pero lo único que confirman estos casos es que la determinación de si hubo o no una denegación de justicia trae a colación cuestiones fácticas, que deben analizarse en la fase de fondo. En este caso, dicha determinación implica el análisis de hechos referidos al desarrollo del proceso de constitucionalidad que conllevó a la declaración de inconstitucionalidad del Acuerdo Gubernativo No. 145-2013 y las consecuencias e incertidumbre jurídica resultante para el Proyecto PET que se interrelacionan con el fondo y que no corresponde analizar a este momento procesal. En cualquier caso, estos casos no son consistentes con la posición de la Demandada:

Krederi c. Ucrania: El tribunal en ese caso inició su análisis sobre "judicial expropriation" estableciendo el siguiente principio general: "As a general matter, this Tribunal takes the view that it is not excluded that judicial action may, in certain situations, amount to expropriation", y recordó incluso que, en su decisión sobre jurisdicción, había determinado que "there is no reason why a judicial act could not result in an expropriation".577 Guatemala cita de manera selectiva, y fuera de contexto, un fragmento posterior, donde el Tribunal escribió: "[i]n order to avoid a situation whereby any title annulment would constitute indirect expropriation or a measure tantamount to expropriation it is therefore necessary to ascertain whether an additional element of procedural illegality or denial of justice was present. Only then may a judicial decision be qualified as a measure constituting or amounting to expropriation". 578 Primero, este fragmento debe leerse en el contexto de la decisión del tribunal de admitir un reclamo de expropiación judicial. Esto es, de por sí, inconsistente con la posición que aboga Guatemala, que es que "el Tribunal no tiene jurisdicción, prima facie, para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia".579 Segundo, el tribunal en Krederi trató la

⁵⁷⁴ Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis) ¶ 359.

⁵⁷⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 202 (citando a K*rederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, 2 de julio de 2018 (**CL-55**) ¶ 713).

⁵⁷⁶ Ídem ¶ 202 (citando a Lidercón, S.L. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/17/9, Laudo, 6 de marzo de 2020 (RL-73) ¶ 266).

⁵⁷⁷ Krederi Ltd. c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (CL-55) ¶ 707.

⁵⁷⁸ Ídem ¶ 713.

⁵⁷⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 196 (énfasis añadido).

ilegalidad de la medida judicial en cuestión como un factor que *transformaba* la medida judicial en un acto expropiatorio, adoptando la posición en *Saipem c. Bangladesh.*⁵⁸⁰ En otras palabras, el tribunal *no dijo* que la demostración de una denegación de justicia era necesaria para establecer *prima facie* un reclamo por expropiación judicial. Tercero, la posición tanto en *Krederi* como en *Saipem* de que el carácter ilegal de la medida judicial sería un requisito para establecer una expropiación es cuestionable en cuanto, "conceptually, expropriation does not occur due to the illegal nature of any state measure", ⁵⁸¹ ya sea de una medida judicial o de otra índole. Por el contrario, una expropiación "occurs because of the effects of the measure that substantially deprive the investor of the right, or of the benefit attached to the right, that it legitimately holds". ⁵⁸²

- Lidercon c. Perú: La Demandada se enfoca en la siguiente cita: "[j]udgments or other decisions having tantamount to judicial effect constitute a breach of the fair and equitable treatment standards attributable to the State of which the adjudicatory body is a part only if they were the result of a failure of due process, or if the decision is so deficient as to constitute a decision which no reasonably competent court could have reached, and therefore a denial of justice". Esta afirmación está acotada al estándar de TJE. De hecho, el tribunal rechazó expresamente decidir sobre si una denegación de justicia es la única forma en la que las cortes pueden violar el derecho internacional, pero reconoció que, si una decisión de una corte nacional viola un estándar autónomo de derecho internacional, surge la responsabilidad del Estado. El tribunal relata una serie de procesos judiciales a lo largo de varios años, en los que no solo participó el demandante, sino que prevaleció en algunos. Es por ello que una determinación acerca del alcance de la violación del Estado, y la activación de diversos estándares del Tratado solo puede hacerse en la fase de fondo.
- 269. Luego, la Demandada invoca como soporte jurídico cinco precedentes de arbitraje de inversión, a saber: *Azinian c. México, IC Power c. Guatemala, OI European c. Venezuela, Parkerings c. Lituania y Pawlowski c. Polonia.* Estos casos ya habían sido citados en el Escrito de Objeciones Preliminares de Guatemala. 587
- 270. En efecto, en su Contestación, las Demandantes explicaron por qué ninguno de estos casos apoya la posición de Guatemala, ni puede servir, por tanto, como un artificio para añadir al presente Tratado requisitos que no contiene.⁵⁸⁸ No obstante, en su Réplica, Guatemala se refiere nuevamente a

⁵⁸⁰ Krederi Ltd. c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (CL-55) ¶ 713.

⁵⁸¹ Berk Demirkol, International Protection with Respect to Wrongful Judicial Acts in Investment Treaty Arbitration, Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration, 2018 (CL-278), pág. 54.

⁵⁸² Ídem, pág. 54.

⁵⁸³ Lidercón, S.L. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/17/9, Laudo, 6 de marzo de 2020 (RL-73) ¶ 266.

 $^{^{584}}$ Ídem ¶¶ 271-273.

⁵⁸⁵ Ídem ¶ 264.

⁵⁸⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 203 y nota 270.

⁵⁸⁷ Ver Objectiones Preliminares ¶ 77.

⁵⁸⁸ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 201.

estos casos, indicando que "los intentos de las Demandantes por restarle importancia a estos casos no resisten un análisis serio".⁵⁸⁹ Lejos de aportar argumentos sólidos en respuesta para apoyar esta afirmación, el Estado los aborda de manera pasajera en un pie de página. Las Demandantes se ven obligadas a explicar nuevamente por qué los casos citados por Guatemala no respaldan su posición:

271. En el caso de *Azinian c. México* (1999), el tribunal arbitral se pronunció sobre reclamos relacionados con la declaración de nulidad por parte de una administración municipal (*i.e.*, el Ayuntamiento de Naucalpan) de un contrato suscrito con un concesionario.⁵⁹⁰ La decisión administrativa de declarar inválido ese contrato había sido confirmada en tres instancias por las cortes mexicanas.⁵⁹¹ Sin embargo – y contrario a lo que ocurre en este caso – el caso de *Azinian* no contempló ningún reclamo en contra de las acciones de cortes locales, ya sea de denegación de justicia *o de otra índole*.⁵⁹² No obstante, en el marco de su análisis del reclamo de expropiación, el tribunal de *Azinian* consideró si la aplicación incorrecta del derecho doméstico por las cortes locales podía constituir una violación del tratado, atribuible al Estado.⁵⁹³ En ese contexto, Guatemala sostiene que no es cierto que el tribunal solo habría analizado si la aplicación del derecho local por las cortes domésticas pudiera violar el derecho internacional.⁵⁹⁴ Según Guatemala, el propio tribunal indicó que "la cuestión era determinar las circunstancias en que 'las decisiones mismas de los tribunales mexicanos [podían] infring[ir] las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once [del NAFTA]".⁵⁹⁵

272. Guatemala interpreta erróneamente el contenido e implicancias del laudo de *Azinian*. El tribunal en ese caso observó que los demandantes "no han objetado la actuación de los tribunales mexicanos", y que solo habían "dirigido sus múltiples quejas contra el Ayuntamiento de Naucalpan". ⁵⁹⁶ Ante ello, el Tribunal indicó: "Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una

⁵⁸⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 203 y nota 270.

⁵⁹⁰ Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-53) ¶ 96.

⁵⁹¹ Ídem.

⁵⁹² De hecho, al desestimar los reclamos planteados por los demandantes, el tribunal enfatizó el hecho de que éstas "no presentaron reclamos contra los tribunales mexicanos", y que todos sus reclamos "sin excepción" habían sido dirigidos contra una autoridad municipal (i.e., el Ayuntamiento de Naucalpan...". *Ídem* ¶ 100 (énfasis añadido).

⁵⁹³ Ídem ¶¶ 4-24, 96-97.

⁵⁹⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 270.

⁵⁹⁵ Îdem.

⁵⁹⁶ Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-53) ¶ 100.

denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito". ⁵⁹⁷ En otras palabras, y conforme este párrafo ha sido interpretado por la doctrina internacional, esto solo quiere decir que un tribunal internacional tiene competencia para pronunciarse sobre medidas judiciales respecto de las cuales las partes hayan *efectivamente* planteado una reclamación. ⁵⁹⁸ En el caso de *Azinian*, los demandantes no plantearon *ningún tipo de queja* o *reclamo* con respecto a la acción de las cortes domésticas; el tribunal no tenía con que trabajar. Esto difiere mucho del presente caso, en donde las Demandantes han planteado múltiples violaciones del Tratado por parte de la Corte de Constitucionalidad, *incluyendo la denegación de justicia*. Por tanto, no se puede estirar el fallo de *Azinian* para decir que sostiene el principio de que no se puede plantear reclamo alguno contra una medida judicial que no sea por denegación de justicia. En *Azinian*, ni siquiera se había cuestionado alguna medida judicial.

273. Cabe destacar también que el tribunal en *Azinian* citó específicamente al Prof. Jiménez de Aréchaga (referido también en la Contestación sobre Objeciones Preliminares),⁵⁹⁹ según quien la denegación de justicia es solo <u>una</u> de las <u>tres</u> causales por las cuales un Estado puede ser internacionalmente responsable por las decisiones de sus órganos judiciales, las cuales incluyen, pero no se limitan a, la denegación de justicia:

[I]n the present century State responsibility for acts of judicial organs came to be recognized. Although independent of the Government, the judiciary is not independent of the State: the judgment given by a judicial authority emanates from an organ of the State in just the same way as a law promulgated by the legislature or a decision taken by the executive. The responsibility of the State for acts of judicial authorities may result from three different types of judicial decision. The first is a decision of a municipal court clearly incompatible with a rule of international law. The second is what it known traditionally as a "denial of justice". The third occurs when, in certain exceptional and well-defined circumstances, a State is responsible for a judicial decision contrary to municipal law.⁶⁰⁰

274. Según Guatemala, "las Demandantes <u>insisten</u> en que las decisiones de las cortes podrían violar el derecho internacional, al menos de tres maneras (y no sólo a través de una denegación de

⁵⁹⁷ Ídem ¶ 99.

⁵⁹⁸ Berk Demirkol, *International Protection with Respect to Wrongful Judicial Acts in Investment Treaty Arbitration*, Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration, 2018 (CL-278), págs. 61-62 ("an investment treaty tribunal established under such a dispute settlement provision has jurisdiction to hear a claim asserting state responsibility for a judicial act, only if it is alleged that this judicial act itself constitutes a breach of one of the substantive provisions of the applicable international investment agreement").

⁵⁹⁹ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 195-196.

⁶⁰⁰ Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-53) ¶ 98 (citando a Eduardo Jiménez de Aréchaga, International Law in the Past Third of a Century, (159-1) RECUEIL DES COURS COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (1978) (CL-186), págs. 278-279 [PDF págs. 288-289]).

justicia)...".⁶⁰¹ Esto no es materia de "insistencia" de las Demandantes, sino que proviene de jurisprudencia constante, incluyendo al menos cuatro casos citados por la propia Demandada, *Azinian, IC Power, Infinito Gold y América Móvil.*⁶⁰²

275. En el caso de *IC Power c. Guatemala* (2020), el tribunal analizó reclamos relacionados con la decisión de una entidad administrativa (*i.e.*, la Superintendencia de Administración Tributaria) de iniciar procesos penales contra las empresas de la Demandante en supuesto desconocimiento de dictámenes tributarios vinculantes, así como ciertas actuaciones judiciales, incluyendo embargos. En ese caso, la demandada planteó exactamente la misma objeción jurisdiccional que plantea en este caso, y el tribunal la rechazó en los siguientes términos:

As the Tribunal understands the Respondent's objection, it is that the State measures identified by the Claimant as constituting Treaty breaches cannot give rise to a violation of international law unless they are characterized as a denial of justice. This is so, the Respondent avers, because the state measures in question are either actions of the Guatemalan judiciary or measures taken by the SAT and sanctioned by the judiciary. As advanced above, the Tribunal recalls that the extent to which the actions of judicial organs of a state may constitute violations of international law other than through denial of justice is an open question of law. Without needing to resolve that question for present purposes, it suffices to note that the Claimant's claims concerning judicial action cannot be dismissed as a matter of principle for failure to state a denial of justice claim. The Tribunal is required to assess whether such judicial action may engage the liability of the State under the Treaty standards that were actually relied upon by the Claimant – a quintessential merits question. 603

276. Según Guatemala, esta determinación (que es fatal para su Objeción Preliminar) "no desvirtúa que, según dicho tribunal, el estándar aplicable es el de denegación de justicia".⁶⁰⁴ Aquí, Guatemala está haciendo referencia a la sección del laudo de *IC Power* sobre el <u>fondo</u> del asunto, no sobre jurisdicción. Incluso respecto del fondo, el fallo de *IC Power* no coincide con la posición sostenida por Guatemala en este caso. En particular, el tribunal no dijo que fuese imposible una determinación de

⁶⁰¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 198 (énfasis añadido).

⁶⁰² Ver Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (CL-53) ¶ 98; IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020 (RL-39) ¶ 580; Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis) ¶¶ 363-364; América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo del 7 de mayo de 2021 (RL-72) ¶¶ 347-350.

⁶⁰³ IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020 (RL-39) ¶¶ 450-451 (énfasis añadido).

⁶⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 270.

responsabilidad por medidas judiciales que exceda el alcance de un reclamo de denegación de justicia, sino que resolvió que las medidas impugnadas en ese caso no caían en esta categoría excepcional.⁶⁰⁵

277. En el caso de *OI European Group. c. Venezuela* (2011), el demandante alegó que "la medida cautelar anticipada dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 20 de diciembre de 2010, en la que autorizó la ocupación, posesión y uso de los bienes propiedad de las Empresas implicó un abuso de poder y una violación de su derecho al debido proceso y la buena fe...".606 Guatemala aduce que "[e]l tribunal indicó, sin ambages, que 'el estándar internacional para valorar si una decisión judicial es conforme con la garantía de TJE es la denegación de justicia'".607 Guatemala vuelve a tergiversar lo que estableció el tribunal, según ya explicaron las Demandantes en su Contestación sobre Objeciones Preliminares.608 El tribunal solo se estaba refiriendo en esta sección al estándar de TJE, no a otros estándares (como expropiación, discriminación, etc.), los cuales no fueron planteados. En palabras del tribunal en *OI European*, "[t]ribunales y doctrina vienen manteniendo unánimemente que la garantía de TJE contenida en tratados de protección de inversión incluye como especie la prohibición de denegación de justicia".609 El tribunal no indicó que esta fuese la única forma en la que las cortes domésticas pueden incurrir en responsabilidad internacional bajo tratados de inversión.

278. En el caso de *Parkerings-Compagniet c. Lituania* (2007), el tribunal arbitral se pronunció sobre reclamos relacionados con la terminación supuestamente indebida por parte de una administración municipal (*i.e.*, la ciudad de Vilnius) de un contrato suscrito con un concesionario. El tribunal se refirió una sola vez, de manera pasajera y aislada al concepto de denegación de justicia, en el marco de su análisis de un reclamo relacionado con fuerza mayor, observando que las cortes lituanas incluso habían fallado *a favor* del demandante. El tribunal añadió que, "the fact that the Lithuanian Courts denied some of BP's claims is not relevant in the present proceedings; indeed subject to denial of justice which is not at issue here, an erroneous judgment (if there should be one) shall not in itself run against

⁶⁰⁵ IC Power Asia Development Ltd. c. República de Guatemala, Caso CPA No. 2019-43, Laudo Final, 7 de octubre de 2020 (RL-39) ¶ 587.

⁶⁰⁶ OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (RL-42) ¶ 520.

⁶⁰⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 269 (citando a *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (**RL-42**) ¶ 522).

 $^{^{608}}$ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 201.

⁶⁰⁹ OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (RL-42) ¶ 523.

⁶¹⁰ Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (RL-41) ¶ 313.

⁶¹¹ Ídem ¶¶ 310-313.

⁶¹² Ídem ¶ 313.

international law, including the Treaty".⁶¹³ Tanto en su Escrito de Objeciones Preliminares,⁶¹⁴ como en su Réplica sobre Objeciones Preliminares,⁶¹⁵ Guatemala omitió la parte resaltada en la cita anterior.

279. Por tanto, y de manera similar al caso de *Azinian*, el laudo de *Parkerings* dificilmente podría tomarse como una declaración general del principio de que no se puede plantear ningún otro reclamo contra una medida judicial que no sea por denegación de justicia. Eso no es lo que dice el laudo, porque en ese caso ni siquiera se habían cuestionado medidas judiciales.

280. En el caso de Pawlowski c. República Checa (2021), las Demandantes ya señalaron en su escrito anterior que el tribunal expresamente incluyó "judicial decisions" entre las medidas que pueden constituir una expropiación.⁶¹⁶ Frente a ello, Guatemala ajusta su posición y sostiene que "el Estado en ningún momento ha negado ese punto", y que "[e]l punto es que, para determinar si una decisión judicial constituye una expropiación, se requiere 'an additional element of procedural illegality or denial of justice'...".617 Pero al hacer este ajuste, la Demandada olvidó corregir su petitorio, porque unos párrafos más abajo, lo que piden al Tribunal es "declarar que carece, prima facie, de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de las Demandantes en contra de la Corte de Constitucionalidad que no se refieren a una denegación de justicia o, a lo sumo, a un error procesal de igual gravedad".618 Si ahora la Demandada acepta que las medidas judiciales pueden despertar reclamos bajo diversos estándares del Tratado, pero solo si, además, se establece una denegación de justicia, la Objeción Preliminar debe ser rechazada de plano pues, por enésima vez, las Demandantes sí plantean un reclamo de denegación de justicia contra los actos en cuestión de la Corte de Constitucionalidad. El Tribunal no tiene por qué rechazar en esta fase los reclamos por violación de otros estándares, ni determinar cuáles de esos estándares han sido violentados conjunta o separadamente con el de denegación de justicia.

281. En palabras del tribunal en *Infinito Gold*:

⁶¹³ Ídem ¶ 313 (énfasis añadido).

⁶¹⁴ Objectiones Preliminares ¶ 197 y nota 259.

⁶¹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 270.

⁶¹⁶ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 201; Pawlowski AG y Project Sever s.r.o. c. República Checa, Caso CIADI No. ARB/17/11, Laudo del 1 de noviembre de 2021 (RL-43) ¶¶ 690-692.

⁶¹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 270 (citando a *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (CL-55) ¶ 713). *Ver también* Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 206 ("El Estado no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (*i.e.*, los estándares de TJE y expropiación). El punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad").

⁶¹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 213.

It is true that there are authorities putting forward a contrary view. For these authors and tribunals, the main reason for restricting the responsibility for judicial acts to denial of justice appears to lie in the nature of the court function.... While these considerations certainly justify restraint when international tribunals consider the local courts' application of domestic law, in the Tribunal's opinion, they cannot be an obstacle to adjudicating on breaches of international law.⁶¹⁹

- 282. Notablemente, después de citar a *Infinito Gold* en su Escrito de Objeciones Preliminares como una fuente supuestamente en apoyo de su posición,⁶²⁰ este laudo desaparece en su Réplica del listado de tribunales que supuestamente se pronunciaron en el mismo sentido.⁶²¹
- 283. En suma, de los seis casos originalmente citados por Guatemala para sustentar la existencia de un supuesto principio sobre reclamos internacionales en contra de decisiones judiciales, uno *Infinito Gold* confirma la posición de las Demandantes en este arbitraje y parece haber sido abandonado por la Demandada en su argumentación; tres *Azinian, OI European y Parkerings* no se pronunciaron sobre la posibilidad de plantear reclamos distintos a denegación de justicia; otro, *IC Power* refirió la cuestión al fondo por ser un "quintessential merits question"; y *Pawlowski* expresamente incluyó medidas judiciales entre el tipo de medidas susceptibles de un reclamo de expropiación.
- 284. <u>Tercero</u>, Guatemala afirma que "[e]l Estado no niega que las cortes domésticas, al igual que los otros órganos del Estado, pueden violar distintas normas de derecho internacional (*i.e.*, los estándares de TJE y expropiación). El punto es que, para que una decisión judicial doméstica sobre asuntos de derecho doméstico pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado, las Demandantes deben demostrar una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad".⁶²²
- 285. Como ya se ha explicado, este nuevo planteamiento de la Demandada echa por tierra su Objeción Preliminar. Dado que el Tribunal sí tiene ante sí un reclamo por denegación de justicia, no necesita ahora tomar una determinación acerca de la violación de otros estándares. Esta es una cuestión de fondo que no corresponde con el expediente que el Tribunal tiene frente a sí en este momento, y en una fase de objeciones preliminares.

⁶¹⁹ Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis) ¶ 362 (énfasis añadido).

⁶²⁰ Objeciones Preliminares ¶ 77 y nota 108 (citando diversos casos, incluyendo *Infinito Gold*, en apoyo del planteamiento de que "múltiples tribunales de inversión han confirmado que, en ausencia de una denegación de justicia, las decisiones de las cortes domésticas (incluso, aquellas que sean erróneas, arbitrarias o injustas) no pueden constituir un ilícito internacional").

⁶²¹ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 203 y nota 270 (no mencionado el caso de *Infinito Gold*).

⁶²² Ídem ¶ 206.

286. Nuevamente, para sustentar su posición, la Demandada hace referencia al caso de *Krederi c. Ucrania*, el cual alega "concluyó que una decisión judicial sólo podría constituir una expropiación '[if] an additional element of procedural illegality or denial of justice was present". Pero este <u>no</u> es el momento de determinar qué elementos pueden o no constituir una denegación de justicia, y qué estándares adicionales son o no violados en base a la evaluación de esa conducta. Esa es una determinación que corresponde a un análisis de méritos, como lo hizo el propio tribunal en *Krederi*. 624

287. <u>Cuarto</u>, Guatemala alega que "ninguna de las fuentes jurídicas de las Demandantes" apoyaría su posición, ni confirmaría "que el Tribunal pueda pronunciarse sobre reclamos en contra de la Corte de Constitucionalidad distintos de una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igual gravedad". Guatemala intenta luego sin éxito distinguir los múltiples casos que las Demandantes citaron en su escrito de Contestación en respaldo de su posición: ATA c. Jordania, Infinito Gold c. Costa Rica, Saipem c. Bangladesh, Eli Lilly c. Canadá, Sistem c. Kirguistán, Deutsche Bank c. Sri Lanka y Oil Fields c. Irán. Eli Lilly c. Canadá, Sistem c. Kirguistán, Deutsche Bank c. Sri Lanka

288. En primer lugar, la Demandada alega que el caso de ATA c. Jordania no apoyaría la posición de las Demandantes en cuanto, en dicho caso, el tribunal concluyó que la decisión de la corte jordana era ilegal "porque constituía una violación de la Convención de Nueva York y no porque la Corte hubiera hecho una interpretación del derecho doméstico incompatible con los intereses del inversionista".628 Pero esta distinción es irrelevante. Como las Demandantes han explicado reiteradamente, éstas no han presentado un reclamo en contra de una medida judicial basada solamente en su aplicación del derecho doméstico, sino precisamente por violaciones de normas de derecho internacional, contenidas en el Tratado. El caso de ATA confirma la posición de las Demandantes en cuanto el tribunal determinó que una medida judicial doméstica (en ese caso la aplicación retroactiva de la Ley de Arbitraje de Jordania por parte de las cortes de Jordania) había violado el estándar de trato justo y

⁶²³ Ídem (citando a Krederi Ltd. c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (CL-55) ¶ 713).

⁶²⁴ Krederi Ltd. v. Ukraine, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo del 2 de julio de 2018 (CL-55) ¶ 449.

⁶²⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 207.

⁶²⁶ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 196-199.

⁶²⁷ Ver Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 208-212.

⁶²⁸ Ídem ¶ 208.

equitativo en el tratado aplicable,⁶²⁹ a pesar de que determinó que las mismas acciones de dichas cortes "could hardly be said to have constituted... denial of justice".⁶³⁰

289. En segundo lugar, respecto del caso de Infinito Gold c. Costa Rica, Guatemala se enfoca en que el tribunal estuvo "de acuerdo en que, bajo el nivel mínimo de trato, el estándar aplicable era el de denegación de justicia", y citan un fragmento del laudo que señala lo siguiente:

Costa Rica y Canadá sostienen, fundamentalmente, que, a falta de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional y que las "reclamaciones de arbitrariedad o injusticia en el contexto de decisiones judiciales deben verse a través del lente de la denegación de justicia". El Tribunal coincide en que ese es el razonamiento al amparo del derecho internacional consuetudinario. 631

290. Este fragmento se refiere meramente a cuestionamientos de "decisiones judiciales que interpretan el derecho interno". Como se ha explicado reiteradamente, el reclamo de las Demandantes contra actos de la Corte de Constitucionalidad va mucho más lejos que la aplicación o interpretación por dicha corte del derecho doméstico. Además, este punto aislado de las consideraciones del tribunal en *Infinito Gold* no está decidido en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el tribunal en *Eli Lilly c. Canadá* expresó que "having regard to the content of the customary international law minimum standard of treatment, the Tribunal is unwilling to shut the door to the possibility that judicial conduct characterized other than as a denial of justice may engage a respondent's obligations under NAFTA Article 1105...".632 Y, en todo caso, esto se referiría solo al estándar de trato justo y equitativo, y no otros estándares de protección de inversiones contenidos en el Tratado.

291. Lo que sí es determinante es el hecho de que el tribunal en *Infinito Gold* abordó directamente la pregunta de si "pueden las medidas judiciales ser violatorias del estándar de TJE fuera de una denegación de justicia",⁶³³ y la respondió afirmativamente, tumbando la posición de Guatemala en cuanto a esta Objeción Preliminar. Al respecto, el tribunal indicó que "[l]as medidas judiciales 'emana[n] de un órgano del Estado del mismo modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo".⁶³⁴ El Tribunal determinó que el tratado aplicable – igual que el Tratado que

⁶²⁹ ATA Construction, Industrial and Trading Company c. El Reino Hachemita de Jordania, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (CL-165) ¶ 123 ("The extinguishment of the Claimant's right to arbitration by the Jordanian courts thus violated both the letter and the spirit of the Turkey-Jordan BIT.")

 $^{^{630}}$ Ídem ¶ 126.

⁶³¹ Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis) ¶ 357.

⁶³² Eli Lilly c. Canadá (Laudo) (CL-138) ¶ 223.

⁶³³ Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-40bis) ¶ 356. 634 Ídem ¶ 356.

nos ocupa – "no traza distinción respecto de los actos emanados de los diferentes poderes del Estado". 635 Asimismo, el Tribunal determinó que, "cuando Costa Rica se comprometió a otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de la Demandante" – igual que Guatemala en el caso que nos ocupa – "no excluyó a los actos del poder judicial de esta obligación", y "tampoco especificó que las violaciones del estándar de TJE se encontraban limitadas a instancias de denegación de justicia u otra forma de arbitrariedad manifiesta o falta de debido proceso". 636 Como ya se citó más arriba, el tribunal determinó que no había una "razón de principio" para limitar la responsabilidad del Estado emanada de decisiones judiciales a instancias de denegación de justicia". Sobre esta base, y desmintiendo la posición de Guatemala en este arbitraje, el tribunal concluyó en términos categóricos que la denegación de justicia no era la única manera en la cual medidas judiciales podían violar los estándares de protección en los tratados de inversión:

La mayoría del Tribunal concluye, por consiguiente, que <u>la denegación de justicia es solo</u> <u>una de las maneras en las que las decisiones judiciales pueden incumplir el TBI. Incluso si una decisión no constituye una denegación de justicia, ella podría ser violatoria de <u>otros estándares del tratado (tales como el de TJE o el de expropiación)</u>, siempre que se cumplan los requisitos para estas violaciones.⁶³⁸</u>

292. Por último, el hecho que en dicho caso el árbitro nombrado por la Demandada, Brigitte Stern, haya emitido una opinión disidente es irrelevante, y no evidencia una posición mayoritaria sobre este punto.⁶³⁹ En todo caso, el hecho de que se haya producido esta disidencia deja aún más nítido el fallo y la intención de la mayoría, y su inconsistencia con la posición de la Demandada.

293. En tercer lugar, la Demandada alega que los casos de Saipem, Karkey, Eli Lilly, Sistem, Deutsche Bank y Oil Fields "confirman que las sentencias de la Corte de Constitucionalidad no pueden ser violatorias del Tratado en ausencia de una denegación de justicia o, al menos, un error procesal de igualdad gravedad". Guatemala añade que, "aunque formalmente estas decisiones no se refieren a reclamos por denegación de justicia, esto no significa que los respectivos tribunales hayan deshecho dos siglos de jurisprudence constante y modificado el estándar de deferencia que los tribunales

 $^{^{635}}$ Ídem ¶ 358

⁶³⁶ Ídem.

⁶³⁷ Ídem ¶ 359.

⁶³⁸ Ídem ¶ 361 (énfasis añadido).

⁶³⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 210.

⁶⁴⁰ Ídem ¶ 211

internacionales le deben a las cortes domésticas en asuntos de derecho doméstico".⁶⁴¹ La Demandada luego aborda estos fallos en un pie de página.

- 294. El argumento formalista de la Demandada carece de sustento. Como las Demandantes ya explicaron en su Contestación a las Objeciones Preliminares, todos estos casos son relevantes porque evidencian que numerosos tribunales internacionales han encontrado violaciones a distintos estándares de tratados de inversión por parte de medidas judiciales, sin constituir denegación de justicia. Ante ello, la Demandada se esfuerza por añadir palabras a los laudos en cuestión. Estos esfuerzos fracasan, por las razones que se explican a continuación:
 - Saipem c. Bangladesh (2007): Guatemala afirma que el tribunal consideró determinantes "las graves irregularidades" en las que incurrieron las cortes de Bangladesh, y que éstas "para todos los efectos prácticos, equivalían a una denegación de justicia". Esto es irrelevante, precisamente porque el tribunal no halló una denegación de justicia, sino una expropiación, 44 por más que Guatemala busque adosar al laudo una determinación implícita de denegación de justicia. De hecho, el tribunal incluso dispensó al demandante del requisito de agotamiento de recursos que acompaña a un reclamo de denegación de justicia. En cualquier caso, las Demandantes han planteado "graves irregularidades" por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Este caso confirma la jurisdicción del presente tribunal en cuanto determinó que las medidas judiciales bajo

⁶⁴¹ Ídem ¶ 212.

⁶⁴² Contestación sobre Objeciones preliminares ¶ 198 (citando a Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (CL-189) ¶ 478; Oil Field of Texas, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán (1986 No. 258-43-1), Iran-US Claims Tribunal Report, Laudo, 8 de octubre de 1986 (CL-190) ¶ 42; ATA Construction, Industrial and Trading Company c. El Reino Hachemita de Jordania, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (CL-165) ¶ 126; Sistem Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República del Kirguistán, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009 (CL-191) ¶¶ 117-18; Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 (CL-192) ¶ 129. Sobre el hecho de que las medidas judiciales pueden constituir una expropriación illegal, ver también OAO Tatneft c. Ucrania, Caso CPA No. 2008-8, Laudo, 29 de julio de 2014, (CL.13) ¶ 459–462 ("The issue of whether in addition an act of expropriation can also originate in the judiciary, while not in principle excluded under international law and BIT protection, is not a common occurrence and therefore views on the matter are less elaborated"; "To the extent that a judicial decision forms an integral part of a chain of acts that, taken together, might qualify as a composite act and result in a wrong inflicted on the affected individual, such acts can justify a finding of liability under Article 15(1) of the Articles even if each of such acts individually might not be sufficient for that finding of wrongful conduct" (énfasis añadido)); Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002, (CL-130) ¶ 139 ("Next, it has to be examined whether there was a taking of the Poseidon, though, normally, a seizure and auction ordered by the national courts do not qualify as a taking, they can be a 'measure the effects of which would be tantamount to expropriation' if they are not taken 'under due process of law'..." (énfasis añadido)); Garanti Koza LLP c. Turkmenistán, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016, (CL-147) ¶ 365 ("A seizure of property by a court as the result of normal domestic legal process does not amount to an expropriation under international law unless there was an element of serious and fundamental impropriety about the legal process").

⁶⁴³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 280.

⁶⁴⁴ Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 (CL-192) ¶ 181.

⁶⁴⁵ *Ídem* ¶ 181 ("Saipem's case is one of expropriation.... While the Tribunal concurs with the parties that expropriation by the courts presupposes that the courts' intervention was illegal, this does not mean that expropriation by a court necessarily presupposes a denial of justice. Accordingly, it tends to consider that exhaustion of local remedies does not constitute a substantive requirement of a finding of expropriation by a court").

escrutinio constituían una expropiación de los derechos del inversionista en violación de las disposiciones del tratado aplicable aun en la ausencia de una denegación de justicia.

- Karkey c. Pakistán (2017): Guatemala afirma que el tribunal en este caso "aclaró que, excepcionalmente, las decisiones arbitrarias son contrarias al derecho internacional, lo cual, para todos los efectos prácticos, también hace parte del estándar de denegación de justicia y de las garantías del debido proceso...".646 Nuevamente, Guatemala agrega palabras al laudo. El tribunal determinó exactamente lo contrario a la postura de la Demandada, al indicar que "there is no need that such deficiencies amount to a denial of justice...".647 En todo caso, las Demandantes alegan que las medidas en cuestión por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala fueron arbitrarias.
- Eli Lilly c. Canadá (2017): Es incorrecta la afirmación de Guatemala de que el tribunal en este caso "explícitamente se abstuvo de decidir sobre la aplicabilidad o no de la regla de denegación de justicia". 648 El tribunal expresó, sin ambigüedades, que "a claimed breach of the customary international law minimum standard of treatment requirement of NAFTA Article 1105(1) may be properly a basis for a claim under NAFTA Article 1105 notwithstanding that it is not cast in denial of justice terms".649 De hecho, el tribunal rechazó los reclamos en cuestión no porque el demandante haya sido incapaz de demostrar una denegación de justicia por parte de las cortes canadienses que invalidaron las patentes en cuestión, sino porque no se demostró que haya habido un "fundamental or dramatic change in Canadian patent law", o que los "legitimate expectations were violated".650 Este es un análisis propio del estándar de TJE, no de denegación de justicia. No es verdad, por ende, que el tribunal se haya abstenido de pronunciarse sobre la aplicación del estándar de denegación. La Demandada también resalta que el tribunal manifestó que "[i]t is not the task of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to review the findings of national courts and considerable deference is to be accorded to the conduct and decisions of such courts".651 No está en disputa que el Tribunal no es un órgano de apelación, y las Demandantes no le piden que lo sea, y no plantean reclamo alguno tendiente a la revisión de una medida judicial doméstica.
- Sistem c. Kirguistán (2009): El hecho de que en este caso la medida judicial bajo escrutinio haya sido, según la caracterización de Guatemala, "dictada en circunstancias sospechosas",652 es una circunstancia fáctica, irrelevante al análisis de la Objeción Preliminar de la Demandada. Este caso confirma la jurisdicción del presente tribunal en cuanto determinó que las medidas judiciales bajo escrutinio constituían una expropiación de los derechos del inversionista en violación de las disposiciones del tratado aplicable

 $^{^{646}}$ Réplica sobre Objectiones Preliminares, nota 280.

⁶⁴⁷ Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017 (CL-188) ¶ 550.

⁶⁴⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 280.

⁶⁴⁹ Eli Lilly c. Canadá (Laudo) (CL-138) ¶ 223.

 $^{^{650}}$ Ídem \P 387. Ver también ídem \P 442.

⁶⁵¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 280 (citando a Eli Lilly c. Canadá (Laudo) (CL-138) ¶ 224).

⁶⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 280.

aun en la ausencia de una denegación de justicia,653 por más que Guatemala quiera agregarle un hallazgo implícito de denegación.

- Deutsche Bank c. Sri Lanka (2012) y Oil Fields c. Irán (1981): Para ambos casos, Guatemala aduce que ellos "tan sólo confirman que las cortes domésticas pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado cuando incurren en graves violaciones del derecho al debido proceso del inversionista". 654 Nuevamente, esta es una caracterización de los hechos específicos de estos casos, lo cual corresponde a una decisión sobre el fondo. El punto relevante es que ambos casos determinaron que hubo violaciones de diversos estándares bajo los tratados relevantes, pero no una denegación de justicia. Específicamente, en Deutsche Bank, el tribunal determinó que las medidas judiciales bajo escrutinio constituían "a breach of the fair and equitable treatment obligation of Article 2(2) of the BIT". 655 Por su parte, en Oil Fields, el Iran-U.S. Claims Tribunal determinó que las medidas judiciales bajo escrutinio constituían una expropiación de los derechos del inversionista en violación de las disposiciones del tratado aplicable sin necesidad de que se pruebe denegación de justicia. 656
- 295. En suma, contrario a lo que alega la Demandada, resulta claro que los actos de las cortes domésticas sí pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado aun sin alegar ni probar denegación de justicia, y los casos previamente citados lo demuestran. Esto es particularmente cierto en casos de violación de normas de derecho internacional, como ha ocurrido con las Demandantes. En cualquier caso, las Demandantes han establecido un fuerte caso de denegación de justicia en este proceso, y cualquier determinación acerca de otros estándares violados corresponde a la fase de fondo. Por todas las razones expuestas, corresponde desestimar la Objeción Preliminar de la Demandada.

C. ELECCIÓN DE VÍA: Las Demandantes no han activado la cláusula de elección de vía bajo el Tratado

296. Guatemala reitera su argumento de que "el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos que las Demandantes ya eligieron someter ante los tribunales competentes de Guatemala".⁶⁵⁷ En ese sentido, Guatemala plantea tres argumentos: (a) "no es cierto que la Cláusula de Elección Definitiva (i) prevea dos opciones de resolución de controversias para el inversionista y (ii) sólo se active cuando el

⁶⁵³ Sistem Mühendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. República del Kirguistán, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009 (CL-191) ¶¶ 117-18 ("The Court decision deprived the Claimant of its property rights in the hotel just as surely as if the State had expropriated it by decree. If the Claimant has been deprived of its property rights by an act of the State, it is irrelevant whether the State itself took possession of those rights or otherwise benefited from the taking").

⁶⁵⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, nota 280.

⁶⁵⁵ Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (CL-189) ¶ 478.

⁶⁵⁶ Oil Field of Texas, Inc. c. Gobierno de la República Islámica de Irán (1986 No. 258-43-1), Iran-US Claims Tribunal Report, Laudo, 8 de octubre de 1986 (CL-190) ¶ 42 ("it is well established" ... "the decision of a court in fact depriving any owner of the use and benefit of his property may amount to an expropriation of such property that is attributable to the state of that court").
657 Réplica sobre Objeciones Preliminares § 4.

inversionista inicia un procedimiento ante las cortes domésticas alegando una violación de los estándares previstos en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado"; 658 (b) "para la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva, no es necesario que se cumpla el test de la triple identidad, sino que debe determinarse si las respectivas demandas comparten la misma base fundamental"; 659 y (c) "los reclamos presentados por TRECSA antes las cortes domésticas por (i) la supuesta suspensión arbitraria de la licencia de construcción otorgada por el Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas y (ii) el supuesto rechazo arbitrario de una licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala comparten la misma base fundamental de los reclamos presentados por las Demandantes en este arbitraje en contra de dichas conductas". 660

297. En tal sentido, Guatemala afirma que, "conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, 'un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin", y cita al Juez Brower, quien sostuvo que "one must look first to the plain language while ensuring that the meaning derived from the Treaty's terms is consistent with the rest of the Treaty's text". 661

298. Sin embargo, la objeción del Estado se aparta tanto del texto como del contexto del Tratado. Con respecto al texto, Guatemala no aborda la distinción fundamental entre el Artículo 12.22.2 del Tratado (referente a la elección de vía) y el Artículo 12.18.7 (sobre renuncia de procesos locales). Por un lado, la cláusula de elección de vía se refiere a "un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Artículo 12.18 (5)".662 Por otro lado, la cláusula de renuncia se refiere a "cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Artículo".663 No obstante estas notorias diferencias, según Guatemala, ambas cláusulas deben leerse de manera idéntica, y con el mismo alcance, lo cual contradice reglas de interpretación textuales básicas; dos cosas diferentes (y tan diferentes) no pueden significar lo mismo.

⁶⁵⁸ Ídem ¶ 221.

⁶⁵⁹ Ídem ¶ 238.

⁶⁶⁰ Ídem ¶ 244.

⁶⁶¹ Ídem ¶ 222 (citando a HICEE c. República de Eslovaquia, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011 (RL-74) ¶ 5).

⁶⁶² Tratado (C-1), Art. 12.22.2 (énfasis añadido).

⁶⁶³ Ídem, Art. 12.18.7 (énfasis añadido).

299. Con respecto al contexto, Guatemala no proporciona una respuesta lógica a la implicancia fundamental de su posición, que es la de cancelar la cláusula de renuncia. Y es que, bajo la interpretación de Guatemala de la cláusula de elección de vía, la cláusula de renuncia se volvería completamente superflua. La cláusula de elección de vía ya se encargaría de impedir cualquier acción posterior. Bajo su nueva (y conveniente) interpretación, la Demandada se enfoca en el hecho de que la cláusula de renuncia se refiere solo al derecho a "iniciar" acciones "respecto de cualquier medida que se haya alegado violatoria del Tratado, y sostiene que esto significa que el inversionista "está renunciando, a futuro, reclamos ante las cortes domésticas que ya fueron sometidos al arbitraje".664 Este argumento no resuelve el aprieto de la Demandada, ya que la cláusula de elección de vía (según la interpretación de la Demandada) también se encargaría de impedir reclamos a futuro. En términos prácticos, si ya se ha iniciado un arbitraje bajo el Tratado con respecto a ciertas medidas, y se interpreta que la cláusula de elección de vía se extiende a cualquier acción local (como sostiene Guatemala), esta última cláusula impediría también que el inversionista pueda iniciar reclamos futuros ante cortes domésticas. Seguiría siendo innecesaria la cláusula de renuncia. Una interpretación que vuelve completamente superflua una cláusula del Tratado no puede ser correcta, y no lo es en este caso.

300. Asimismo, con respecto al objeto del Tratado, los tribunales han establecido que el propósito esencial de una cláusula de elección de vía es el de evitar decisiones en conflicto, o una potencial sobre-compensación al inversionista. 665 En el presente caso, la Demandada ni siquiera alega que exista ese riesgo, y no podría, porque las Demandantes no han solicitado compensación monetaria alguna en las acciones locales en cuestión, y porque este Tribunal no podría resolver sobre la validez bajo derecho guatemalteco de las medidas en cuestión, y en todo caso, tales cuestiones ni siquiera serían relevantes al laudo que debe emitir este Tribunal. Tan es así que, aun cuando las acciones locales hubiesen sido resueltas a favor de TRECSA, y las medidas municipales en cuestión se hubiesen anulado bajo derecho guatemalteco, seguiría existiendo la misma disputa bajo el Tratado, vinculada con el impacto de esas medidas municipales en el Proyecto, y las violaciones correspondientes del Tratado. Por tanto, no existe traslape entre las acciones contencioso-administrativas locales y el presente arbitraje, y debe procederse a la fase de fondo para decidir sobre los méritos del caso respecto de estas medidas.

-

 $^{^{664}}$ Réplica sobre Objeciones Preliminares \P 236 (énfasis en el original).

⁶⁶⁵ Ver, por ejemplo, AsiaPhos Limited c. República Popular China, Caso CIADI No. ADM/21/1, Laudo, 16 de febrero de 2023 ("AsiaPhos Limited c. República Popular China (Laudo)") (CL-249) ¶ 133 ("This understanding is also in line with the object and purpose of a fork-in-the-road clause like Article 13(3) Sentence 2 of the Treaty, which is to avoid parallel or subsequent proceedings on the same issue creating the risk of contradicting decisions"); Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶ 215 (indicando como dos posibles objetivos de una cláusula de elección de vía "minimizing parallel proceedings or avoiding possibly inconsistent results").

- 301. En realidad, la única forma correcta de interpretar la cláusula de elección de vía según su texto, contexto y propósito es en el sentido de que se refiere a reclamos por incumplimientos *del Tratado*. En efecto, y como se resume nuevamente a continuación: (i) el texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que ella se activa solo cuando un inversionista inicia un procedimiento relativo a violaciones de los estándares de protección previstos en el Tratado; (ii) el *test* aplicable a la cláusula de elección de vía es el de triple identidad, y no el de la base fundamental; y (iii) en todo caso, bajo cualquiera de los *tests*, la cláusula de elección de vía no es aplicable a los procesos locales iniciados por TRECSA con relación a las medidas en cuestión de las Municipalidades de Antigua Guatemala y Santa Lucía Milpas Altas.
- 302. Más allá de lo anterior, la determinación de un supuesto traslape entre distintas acciones requiere de un análisis fáctico profundo que es típicamente inapropiado en una etapa preliminar del caso. De hecho, Guatemala no cita *caso alguno* en donde se haya desestimado un reclamo de inversión con base en una cláusula de elección de vía en fase jurisdiccional, por oposición a un laudo final, e incluso en laudos finales, la desestimación por esta razón es una absoluta minoría. Todo lo anterior requiere que la Objeción Jurisdiccional de Guatemala sea rechazada.
 - 1. El texto y contexto de la cláusula de elección de vía confirman que solo cubre acciones por violación del Tratado
 - 303. Para recordar, el Artículo 12.22.2 del Tratado establece lo siguiente:

Una vez que el inversionista haya iniciado un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o haya notificado a la otra Parte su intención de iniciar cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en el Articulo 12.18(5), la elección de uno u otro procedimiento será definitivo.⁶⁶⁶

304. Como se explicó en la Contestación sobre Objeciones Preliminares,⁶⁶⁷ y se resume nuevamente a continuación, el texto y el contexto de la cláusula de elección de vía determinan que dicha cláusula cubre solamente acciones por violación del Tratado. La razón fundamental es la coexistencia de esta cláusula con la cláusula de renuncia de acciones locales, contenida en el Artículo 12.18.7. La cláusula de elección de vía no se puede tomar en aislamiento, sino que debe ser interpretada en combinación con la cláusula de renuncia, de manera que *ambas* cláusulas tengan efecto.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ Tratado (C-1), Art. 12.22.2.

⁶⁶⁷ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 218-220.

⁶⁶⁸ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969 (CL-193), Art. 31 ("Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y

305. Guatemala sostiene que "[1]a lógica del Tratado es que, cuando el inversionista ha decidido controvertir <u>una medida del Estado</u> ante las cortes competentes, no puede pretender llevar esa misma medida a un tribunal arbitral bajo el Tratado...".⁶⁶⁹ Sin embargo, esto sería insertar palabras en el texto del Tratado y, específicamente, la referencia a una "medida del Estado". No hay una referencia en la cláusula de elección de vía del Tratado a acciones que sean meramente de impugnación de "medidas del Estado", por oposición a procedimientos relativos al Tratado mismo. En cambio, sí hay una referencia directa a acciones respecto de medidas del Estado en el Artículo 12.18.7, relativo a la renuncia de acciones, en los siguientes términos:

Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

- (a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y
- (b) la solicitud de arbitraje este acompañada:
 - (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este Articulo; y
 - (ii) de las renuncias por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud de este Articulo;

teniendo en cuenta su objeto y fin"). Ver también Laurence de Chazournes, Chapter 2: Rules of Interpretation and Investment Arbitration, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID (2015) (CL-250), pág. 22 ("In light of the case law of the ICJ, it excluded the effet utile principle because '[it] does not require that a maximum effect be given to a text. It only excludes interpretations which would render the text meaningless, when a meaningful interpretation is possible. Thus, in a number of cases, the International Court of Justice, when interpreting agreements or treaties, has given a very limited effect to the text it had to construe" (énfasis añadido)); August Reinisch y Céline Braumann, Chapter 4: Effet Utile, BETWEEN THE LINES OF THE VIENNA CONVENTION? CANONS AND OTHER PRINCIPLES OF INTERPRETATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW (2018) (CL-251), pág. 70 ("A number of investment cases also display such a broader understanding of effet utile. Some tribunals have expressly endorsed the idea that effet utile requires a harmonious and contextual interpretation to ensure that all treaty provisions remain meaningful" (énfasis añadido)); Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Georgia c. Federación Rusa, CIJ, Sentencia, 1 de abril de 2011 (CL-252) ¶ 134 ("Moreover, it stands to reason that if, as a matter of fact, a dispute had been settled, it is no longer a dispute. Therefore, if the phrase "which is not settled" is to be interpreted as requiring only that the dispute referred to the Court must in fact exist, that phrase would have no usefulness. Similarly, the express choice of two modes of dispute settlement, namely, negotiations or resort to the special procedures under CERD, suggests an affirmative duty to resort to them prior to the seisin of the Court. Their introduction into the text of Article 22 would otherwise be meaningless and no legal consequences would be drawn from them contrary to the principle that words should be given appropriate effect whenever possible" (énfasis añadido)); Richard Gardiner, The General Rule: (1) The Treaty, its Terms and their Ordinary Meaning, Treaty Interpretation, 2015 (CL-253), pág. 165 ("The formulation ultimately adopted by the ILC thus reflects the idea that, while it is the text of the treaty that must be taken as the authentic expression of the agreement of the parties, the treaty is to be read as a whole and respect paid to its object and purpose, rather than simply digging out their meaning solely from dictionary, grammar, and syntax" (énfasis añadido)); Bruno Sousa Rodrigues, Treaty Interpretation in Investor-State Arbitration, Revista Brasileira de Arbitragem, 2020 (CL-254), pág. 97 ("The concept of context under the VCLT interpretive regime invites the interpreter to conduct a systematic interpretation, establishing the treaty as a unified and coherent normative document. Indeed, pursuant to Article 31 (2) of the VCLT, a treaty must be read and interpreted in its completeness, for the provisions in a treaty do not exist in isolation one from the other" (énfasis añadido)).

de cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Articulo. 670

306. La diferencia es clara: la cláusula de elección de vía se refiere a procedimientos (y a una elección entre uno y otro procedimiento), mientras que la cláusula de renuncia se refiere a "cualquier actuación respecto de cualquier medida". Guatemala no proporciona evidencia alguna de que "la lógica del Tratado" sea la de interpretar estos dos artículos, con sus redacciones totalmente distintas, en exactamente el mismo sentido. Desde luego, tal interpretación sería infundada. Dos textos distintos no se pueden interpretar de igual forma.

307. Más allá de la diferencia de textos dentro del mismo Tratado, el Tribunal puede consultar con otros tratados que sí disponen de manera explícita lo pretendido por el Estado. Así, por ejemplo, el TBI entre México y Uruguay (celebrado aproximadamente una década antes del Tratado del Triángulo Norte) contiene la siguiente cláusula de elección de vía:

Si un inversor de una Parte Contratante o su inversión que es una persona jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante, inician procedimientos ante un tribunal nacional respecto a una medida que constituya un supuesto incumplimiento de este Acuerdo, la controversia no podrá someterse a arbitraje, de acuerdo con este Apéndice. Asimismo, en caso de que un inversor haya sometido la controversia a arbitraje internacional, la elección de ese procedimiento será definitiva. Las excepciones anteriores no aplican a procedimientos administrativos ante autoridades administrativas que ejecuten la medida presuntamente violatoria.⁶⁷¹

308. Guatemala en efecto pide a este Tribunal que agregue al Tratado las palabras subrayadas en el texto transcrito, sin evidencia alguna de que esa haya sido la intención de las Partes Contratantes. Por el contrario, el Tribunal tiene a la mano el texto del propio Tratado que sí incluye esas palabras en la cláusula de renuncia.

309. Guatemala también aduce que el "plain language" de la cláusula de elección de vía del Tratado no requiere que el posible proceso local "deba versar necesariamente sobre una violación de la

⁶⁷⁰ Tratado (C-1), Arts. 12.18.7 (énfasis añadido).

⁶⁷¹ Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay para la Promoción y la Protección

Recíprocas de las Inversiones del 30 de junio de 1999 (CL-279), Art. 8(1)(B) (énfasis añadido). Ver también Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos del 13 de mayo de 1998 (CL-238), Protocolo, Art. 2(5) ("En caso de que un nacional del Reino de los Países Bajos o su sociedad inicie procedimientos ante cualquier tribunal judicial o administrativo de los Estados Unidos Mexicanos con respecto a una medida presuntamente violatoria de este Acuerdo, la controversia solamente podrá someterse a arbitraje conforme a este Artículo si el tribunal nacional competente no ha dictado sentencia de primera instancia sobre el fondo del asunto. Lo anterior no se aplica a procedimientos administrativos ante las autoridades administrativas que ejecuten la medida presuntamente violatoria de este Acuerdo" (énfasis añadido)).

Sección A del Capítulo 12 del Tratado".⁶⁷² Guatemala sugiere además que un inversionista bajo el Tratado ni siquiera podría presentar una acción local por violación del Tratado, ya que la cláusula de elección de vía "no ofrece 'opciones al inversionista' para resolver una disputa relativa a una violación de la Sección A" del Tratado, y "dentro de las 'opciones del inversionista' [en el Artículo 12.18.5 del Tratado] no se mencionan los 'tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión".⁶⁷³ Ambos argumentos son erróneos e infundados.

- 310. <u>Primero</u>, acaba de verse que las Partes Contratantes tenían disponible la fórmula que usaron en la cláusula de renuncia, y no la usaron en la cláusula de elección de vía. Estas evidentes diferencias en el "*plain language*" reflejan la intencionalidad de esos Estados Contratantes. En cambio, bajo la lectura de Guatemala, la cláusula de elección de vía no solo dejaría al inversionista sin acceso a los mecanismos de resolución de disputas del Tratado con la mera iniciación de una acción local, sino también a los mismos estándares sustantivos del Tratado, ya que, según Guatemala, éstos no podrían invocarse en una acción local. Eso no puede considerarse una "elección" de vía, cuando una de esas vías cancela por completo al Tratado.⁶⁷⁴ Una interpretación tan drástica requeriría una formulación explícita, como la del TBI México-Uruguay, o como la de la cláusula de renuncia del propio Tratado.
- 311. <u>Segundo</u>, Guatemala no presenta evidencia alguna para su sugerencia de que un inversionista no podría plantear violaciones del Tratado ante sus propias cortes. El hecho de que los tribunales de Guatemala no estén citados expresamente entre las opciones procesales del Artículo 12.18.5 del Tratado no implica que haya un impedimento para invocar violaciones del Tratado ante las cortes guatemaltecas. Un argumento en contrario requeriría de una firme probanza con base en derecho constitucional y procesal guatemalteco que, desde luego, la Demandada no ha ofrecido ni otorgado.
- 312. En realidad, el Tratado del Triángulo Norte expresamente contempla la posibilidad de que se planteen reclamos bajo el mismo en el foro interno, al establecer, en su Artículo 12.18.1: "Tratándose de actos administrativos, <u>para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto</u> en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del

673 *Ídem* ¶ 223. *Ver también ídem* ¶ 229 ("No está en disputa que, conforme a este artículo, los arbitrajes bajo el Tratado conciernen exclusivamente la violación de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo 12 del Tratado. Sin embargo, contrario a lo que pretenden las Demandantes, esta condición no se extiende a 'un procedimiento ante un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión"").

⁶⁷² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 226.

⁶⁷⁴ Por contraste el Artículo 12.18.5 del Tratado sí ofrece una "elección" cuando establece que una controversia bajo el Tratado "podrá someterse, <u>a elección del inversionista</u>…" a una serie de posibles foros. Tratado (C-1), Art. 12.18.5 (énfasis añadido).

inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija".⁶⁷⁵ Aquí también el Tratado se refiere al sometimiento de una "reclamación" bajo uno u otro foro, sugiriendo que se trata de la misma reclamación, *i.e.*, una reclamación bajo el Tratado.

313. Asimismo, la práctica en los tratados de inversión desmiente la posición de la Demandada. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, o TLCAN, también contemplaba (de manera similar al Tratado del Triángulo Norte) únicamente opciones arbitrales respecto de violaciones de sus estándares de protección de inversiones.⁶⁷⁶ Pese a ello, el Estado mexicano efectuó una reserva, estableciendo que no se podría someter a arbitraje una violación de los estándares del TLCAN "tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano".⁶⁷⁷ Lo mismo es cierto con respecto al DR-CAFTA (citado por Guatemala),⁶⁷⁸ el cual solo contempla opciones arbitrales para reclamaciones por violaciones del tratado,⁶⁷⁹ pero que, de todas maneras, incluye la siguiente limitación para los inversionistas de los Estados Unidos:

Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B una reclamación en el sentido de que una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana ha violado una obligación establecida en la Sección A sea:

- (a) por cuenta propia, de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), o
- (b) en representación de una empresa de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, de conformidad con el Artículo 10.16.1(b),

si el inversionista o la empresa, respectivamente, <u>ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana. ⁶⁸⁰</u>

314. Estas reservas y limitaciones no habrían sido necesarias si no fuera posible promover acciones ante cortes locales invocando el tratado respectivo, lo cual es, por cierto, común en

⁶⁷⁵ Ver idem, Artículo 12.18.1 (énfasis añadido). Guatemala plantea otra Objeción Preliminar precisamente bajo esta cláusula – obviando, desde luego la parte que no le conviene, i.e., "cuando la legislación de la Parte así lo exija".

⁶⁷⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte del 17 de diciembre de 1992 (CL-255), Art. 1120(1).

⁶⁷⁷ Ídem.

⁶⁷⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 227.

⁶⁷⁹ DR-CAFTA (Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana) del 5 de agosto de 2004 (CL-133), Art. 10.16.3.

⁶⁸⁰ Ídem, Anexo 10-E(1) (énfasis añadido). Guatemala enfatiza la parte de esta disposición que se refiere a violaciones de la Sección A – es decir, de los estándares de protección del DR-CAFTA – y afirma que esto contrasta con el texto de la cláusula de elección de vía del Tratado del Triángulo Norte, el cual no se refiere a acciones por violación del Tratado. *Ver* Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 227. Como se ha visto, las Partes Contratantes aplicaron una fórmula distinta cuando buscaron referirse a acciones meramente con relación a medidas del Estado, en el caso de la cláusula de renuncia.

jurisdicciones de tradición civilista, particularmente en cuanto a tratados que otorgan derechos a particulares. De hecho, Guatemala misma ha reconocido la auto-ejecutividad de los tratados en su legislación en otro arbitraje internacional de inversiones, sosteniendo que "[a] diferencia de los países de derecho del *common law*, en Guatemala las convenciones ratificadas pasan automáticamente a formar parte de la Constitución de Guatemala sin necesidad de ninguna ley de aplicación".⁶⁸¹ Dado que Guatemala plantea esta Objeción Preliminar, le toca a ella demostrar que sus cortes no podrían oír sobre violaciones del Tratado, y no lo ha hecho.⁶⁸²

315. El sentido común de la cláusula de elección de vía es la de impedir que se planteen reclamos *al amparo del Tratado* ante cortes locales como en arbitraje internacional. Este entendimiento es consistente con la gran mayoría de la jurisprudencia internacional sobre este tema.⁶⁸³ En palabras del Prof. Schreuer:

The picture emerging from this consistent case-law is reasonably clear. The fork in the road provision and the consequent loss of access to international arbitration applies only if the same dispute between the same parties has been submitted to domestic courts or administrative tribunals of the host State before the resort to international arbitration. Therefore, a determination that the investor has exercised the choice under the fork in the road in favour of the host State's courts or administrative tribunals and that, consequently, there is no access to international arbitration, requires the following findings:

- The domestic proceedings must have been instituted prior to the choice of international arbitration. Typically, the decisive date will be the date at which arbitration proceedings are instituted. If by that date the investor has submitted the dispute to domestic courts or tribunals, the provision will apply. If by that date, the investor has not done so, the fork in the road provision will not operate against arbitration.
- The dispute before the domestic courts or administrative tribunals must be identical with the dispute in the international proceeding. If the claim before the international tribunal alleges a breach of the BIT, the dispute before the domestic courts or administrative tribunals would also have to concern an alleged breach of a right conferred or created by the BIT. Therefore, if the dispute before the domestic courts or tribunals concerns a different claim, such as a contract claim or an appeal against a

⁶⁸¹ Ver Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates c. República de Guatemala, Caso CIADI No. ARB/18/43, Escrito de Contestación de Guatemala, 7 de diciembre de 2020 (CL-272) ¶ 387.

⁶⁸² Guatemala distingue el caso AES c. España con el mismo argumento, indicando que el Tratado sobre la Carta de la Energía "se refiere expresamente a la posibilidad de iniciar 'ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante' controversias 'respecto al supuesto incumplimiento por parte de[l] Estado de una obligación derivada" del tratado, mientras que "[t]al delimitación, sencillamente, no existe en el Tratado...". Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 230. Esta supuesta distinción se basa en la premisa – no comprobada por Guatemala – de que no se podrían invocar violaciones del Tratado ante la justicia guatemalteca, lo cual contradice sus propias posiciones anteriores y carece de evidencia jurídica.

⁶⁸³ Ver Contestación sobre Objeciones Jurisdiccionales ¶ 223 y nota 439 (citando numerosa jurisprudencia).

decision by a regulatory authority, the fork in the road provision will not apply and the arbitral tribunal will be free to proceed. Complications may arise in cases where several types of claims are brought before the arbitral tribunal – for example, BIT claims and contract claims – and only the contract claims are pending before the domestic courts.

- The parties in the domestic proceedings must be identical with the parties in the international proceedings. The host State that is to be the respondent in the international arbitration must be the defendant in the domestic proceedings. The foreign investor that seeks arbitration must be the party that has submitted the dispute for resolution to the courts or administrative tribunals of the host State.⁶⁸⁴

316. Por su parte, los Profs. Dolzer y Schreuer escriben:

Tribunals have held that the loss of access to international arbitration under a fork in the road clause applies only if the 'triple identity test' is satisfied, that is, if the same dispute involving the same cause of action, the same object and the same parties has been submitted to the domestic courts of the host State.⁶⁸⁵

317. Aparte del texto de la cláusula de elección de vía del Tratado, la mejor prueba de su significado es su contexto dentro del articulado del mismo Tratado. Como se ha indicado, la cláusula de elección de vía coexiste con una cláusula de renuncia de acciones locales en el Tratado. Esta cláusula de renuncia sería absolutamente innecesaria si se le diera a la cláusula de elección de vía el sentido que pretende la Demandada.

318. Guatemala hace esfuerzos considerables por darle algún sentido a la cláusula de renuncia para que ésta pueda reconciliarse con su lectura forzada de la cláusula de elección de vía, pero ello es lógicamente imposible. Por ejemplo, Guatemala sostiene que el objetivo de la cláusula de renuncia "es evitar que los inversionistas acudan a dos foros distintos para discutir la misma medida y obtengan – eventualmente – 'a second bite at the cherry'".686 Sin embargo, la cláusula de elección de vía (con la interpretación de Guatemala) lograría por sí sola este mismo objetivo, sin necesidad de la cláusula de renuncia. No habría jamás un "second bite at the cherry". Asimismo, Guatemala sostiene que la implicancia de la cláusula de renuncia es que el inversionista "está renunciando a someter, <u>a futuro</u>, reclamos ante las cortes domésticas que ya fueron sometidos al arbitraje".687 Sin embargo, la cláusula de elección de vía (con la interpretación de Guatemala), ya estaría produciendo esta renuncia.

⁶⁸⁴ Christoph Schreuer, *Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. World Inv. & Trade (2004) (**CL-256**), págs. 247-248 (énfasis añadido).

⁶⁸⁵ R. Dolzer, "Settling Investment Disputes", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022 (**RL-60**), pág. 385.

⁶⁸⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 232.

⁶⁸⁷ *Ídem* ¶ 236 (énfasis en el original).

- 319. En suma, bajo la lectura de Guatemala, no hay escenario en el mundo en el que la cláusula de renuncia agregue algo a lo que la cláusula de elección de vía ya estaría logrando. Jamás habría un "second bite at the cherry", y jamás habría una acción doméstica "futura" que no fuera ya impedida por la cláusula de elección de vía. No habría nada que renunciar que ya no estuviera renunciado mediante esta última cláusula.
- 320. Notablemente, la propia Guatemala recalca las conclusiones del tribunal en el caso *Waste Management c. México* respecto de la cláusula de renuncia. Como destaca Guatemala, la parte demandante en ese caso pretendió evitar la aplicación de la cláusula de renuncia alegando que sus acciones locales no se referían a violaciones del tratado.⁶⁸⁸ El tribunal se refirió a la "intencionalidad de la citada renuncia que proscribe expresamente la iniciación o continuación de procedimientos... respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo 1116 del TLCAN".⁶⁸⁹ En palabras de la propia Guatemala, "la renuncia de la demandante no era válida, pues no era suficiente que ésta versara sobre los procedimientos en los que se alegaba la violación del TLCAN, sino que debía cobijar todos los procesos que tuvieran 'su fundamento legal en las medidas' alegadas en el arbitraje internacional".⁶⁹⁰ Las Demandantes están totalmente de acuerdo: este es el objetivo de la cláusula de renuncia, según sus propios términos. Pero no es el objetivo de la cláusula de elección de vía, y las diferencias textuales entre ambas lo confirman.
- 321. Esto tiene pleno sentido, dado el propósito y efecto distintos de las cláusulas de renuncia y de elección de vía. En palabras del Prof. Hanno Wehland:

Indeed, in contrast to the formulations in 'fork in the road' clauses, or in Article 26 of ICSID the formulation in Article 1121 [of NAFTA] focuses on the State measure—the governmental act—which has given rise to the dispute, and not on the claims to which such a measure may give rise. This language is apt to include both municipal law claims and international law claims. Such an approach also seems consonant with the policy of Article 1121: to prevent any other court or tribunal from considering the investor's complaint at the same time as the NAFTA tribunal; and to ensure no double recovery of damages. The adoption of this broad interpretation may be justified by the fact that it will only come into operation at the time the investment claim is filed. Thus, in contrast to a 'fork in the road' provision, the investor will not be prejudiced unintentionally by

⁶⁸⁸ *Ver* Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 233 (citando *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (Mecanismo Complementario), Laudo, 2 de junio de 2000 (**RL-76**) ¶ 27).

⁶⁸⁹ Ver ídem ¶ 234 (citando Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (Mecanismo Complementario), Laudo, 2 de junio de 2000 (RL-76) ¶ 28).

⁶⁹⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 234 (énfasis añadido).

pursuing local court claims when the dispute first arises—often a natural response—before elevating the claim to the level of an international tribunal.⁶⁹¹

322. Guatemala también se enfoca en el hecho de que la cláusula de renuncia en el Tratado solo limita el derecho a "iniciar" acciones, y no a "continuar" "procedimientos ya sometidos ante las cortes domésticas".⁶⁹² Sin embargo, esta distinción no hace un ápice de diferencia a este debate, porque la interpretación de la Demandada de la cláusula de elección de vía impediría (por si sola) tanto continuar acciones locales, como iniciarlas. Si fuera cierto que la cláusula de elección de vía cubre acciones locales relacionadas con las medidas en cuestión, sería imposible bajo esa cláusula *iniciar* una nueva acción local con relación a una medida que ya es objeto de un arbitraje internacional iniciado, ya que la elección entre una u otra vía sería "definitiva".⁶⁹³ La cláusula de renuncia se volvería superflua, lo cual va en contra de principios de interpretación básicos del derecho internacional.⁶⁹⁴

323. En cualquier caso, y como ya se indicó en el escrito anterior de las Demandantes,⁶⁹⁵ Guatemala no cita fallo alguno que sustente su interpretación en relación con tratados en los que coexista una cláusula de *fork in the road* con una cláusula de renuncia a procesos locales como la indicada. El único ejemplo que cita Guatemala de un tratado en donde coexiste una cláusula de renuncia con una cláusula de elección de vía es el DR-CAFTA.⁶⁹⁶ Ese tratado, como se ha visto, limita la cláusula de elección de vía a reclamos sobre violación del tratado, cosa que Guatemala reconoce.⁶⁹⁷ Y es que ese es el *único resultado* que hace sentido cuando coexisten estas cláusulas. Nada en el texto del Tratado del Triángulo Norte impide aplicar esta interpretación a su cláusula de elección de vía. Por su parte, Guatemala no demuestra que se deba (o pueda) interpretar una cláusula del Tratado como para hacer

⁶⁹¹ Hanno Wehland, *Determining the Jurisdictions of Competing Forums in the Context of Investment Disputes*, The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration (2013) (CL-257), págs. 108-109 (énfasis añadido).

⁶⁹² Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 237.

⁶⁹³ De hecho, la interpretación de la Demandada haría letra muerta de la facultad que dejaron implícita las Partes Contratantes de poder *continuar* con acciones relacionadas con las medidas en cuestión.

⁶⁹⁴ Ver, por ejemplo, Occidental Exploration & Production Company c. República de Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Laudo, 1 de julio de 2004 (CL-45) ¶ 68 ("The Tribunal agrees with both parties in that the proper interpretation of Article X must not result in rendering it meaningless. This is the conclusion that arises evidently from the Vienna Convention on the Law of Treaties in respect of interpretation."); Eureko B.V. c. República de Polonia, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-94) ¶ 248 ("It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless. It is equally well established in the jurisprudence of international law, particularly that of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, that treaties, and hence their clauses, are to be interpreted so as to render them effective rather than ineffective").

⁶⁹⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 220.

⁶⁹⁶ Ver Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 227.

⁶⁹⁷ Ver idem ¶ 227.

superflua a otra cláusula. En palabras del tribunal en UPS c. Canadá, al rechazar argumentos del demandante sobre atribución, que dejarían sin efecto ciertas disposiciones del TLCAN:

The careful construction of distinctions between the State and the identified entities and the precise placing of limits on investor arbitration when it is the actions of the monopoly or the enterprise that are principally being questioned would be put at naught on the facts of this case were the submissions of UPS to be accepted. It is well established that the process of interpretation should not render futile provisions of a treaty to which the parties have agreed unless the text, context or purpose clearly so demand....⁶⁹⁸

En síntesis, la única forma de reconciliar estas dos cláusulas y preservar su efecto es, 324. conforme con el peso de la jurisprudencia mayoritaria, interpretar la cláusula de elección de vía en el sentido de que solo se refiere a acciones por violación del Tratado, y la cláusula de renuncia como refiriéndose a acciones con relación general a las medidas en cuestión, conforme con sus respectivos términos y contexto. Dado que las Demandantes no han planteado acciones por violación del Tratado ante cortes guatemaltecas, no se ha activado la cláusula de elección de vía, y la Objeción Preliminar de la Demandada debe ser desestimada.

2. El test de triple identidad sería el apropiado para identificar si se activa la cláusula de elección de vía

325. Aun en el supuesto de que la interpretación de la cláusula de elección de vía de Guatemala fuese correcta, la herramienta para determinar si existe un posible traslape entre distintas acciones es el test de la triple identidad. Como se demostró en la Contestación sobre Objeciones Preliminares de las Demandantes, este es el test aplicado por la gran mayoría de tribunales en casos donde se plantearon objeciones bajo cláusulas de elección de vía.⁶⁹⁹ La razón para ello es simple, ya que lo que concierne a los tribunales ha sido determinar si existen posibles procesos paralelos que lleven a determinaciones divergentes de la misma disputa, con sus mismos elementos.

326. En particular, el test de triple identidad ha sido aplicado en distintos casos en los que la cláusula de elección de vía en el tratado relevante se refería incluso a cualquier disputa relacionada con la inversión, y no solo a reclamos por violación de disposiciones del tratado respectivo.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007 (CL-258) ¶ 60 (énfasis añadido).

 $^{^{699}}$ Ver Contestación sobre Objeciones Jurisdiccionales ¶ 223 y nota 439.

⁷⁰⁰ Ver Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶ 211 (notando que ciertos tratados "define an investment dispute not in terms of the legal basis of the claim, but more broadly as any dispute "relating to" a particular investment or investment agreement", y que "[w]here an investment dispute is so defined, it is entirely possible that a local proceeding involving the same investment or investment agreement may be deemed sufficiently related to the dispute before an arbitral tribunal as to trigger

- 327. Por ejemplo, en *Total c. Argentina*, las disposiciones en cuestión eran los Artículos 8(1) y 8(2) del TBI entre Francia y Argentina, que establecen:
 - 1. <u>Toda controversia **relativa a las inversiones**</u>, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.
 - 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor: o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; o bien al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3.

<u>Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte</u> Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.⁷⁰¹

328. Frente a esta cláusula, el tribunal distinguió entre procesos locales bajo ley argentina, de procesos internacionales bajo el TBI correspondiente, y rechazó la objeción jurisdiccional de Argentina, similar a la de Guatemala, en los siguientes términos:

In respect of the above-mentioned domestic litigation, Argentina has raised a preliminary exception based on the "fork in the road" provision of Article 8.2 of the BIT. Argentina claims that, since Total has pursued its opposition to the retroactive application of the afore-mentioned export taxes from Tierra del Fuego in Argentina's courts, Total is precluded from raising this claim in this arbitration under the BIT. Total rejects the invocation of Article 8(2) by Argentina because the present arbitration was initiated before the domestic litigation so that its claim concerning this issue must be viewed as predating the domestic proceedings. Total explains that its specific claim against Argentina's demand for the tax payment at issue is ancillary to Total's initial arbitration request, to which it was added when Argentina requested payment of those taxes in 2006, while these proceedings were pending. The Tribunal does not need to deal with this issue because it considers that the two proceedings have a different object. The object of the arbitration before this Tribunal is the alleged breach of the BIT by Argentina's demand for retroactive tax payment; the claim before Argentina's domestic courts is that the demand is in breach of Argentina's law. Further, the claimant in the domestic proceedings for amparo is Total's subsidiary, Total Austral, and not Total itself. It is the Tribunal's view therefore that Article 8.2 of the BIT is not applicable. 702

application of a fork-in-the-road clause, depending on the particular analytical test the tribunal adopts to examine the extent of the relationship" (énfasis añadido)).

⁷⁰¹ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones del 3 de julio de 1991 (en vigor desde el 3 de marzo de 1993) (**CL-259**), Arts. 8(1) y 8(2) (énfasis añadido).

⁷⁰² Total S.A. c. La República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (CL-204) ¶ 443 (énfasis añadido).

329. Otro ejemplo es el de *Toto Costruzioni c. Líbano*, un caso citado por Guatemala,⁷⁰³ resuelto bajo el TBI entre Italia y Líbano. El Artículo 7.1 de dicho tratado establece: "<u>In case of disputes regarding investments</u> between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, consultations will take place between the Parties concerned with a view to solving the case, as far as possible, amicably".⁷⁰⁴ A su vez, el Artículo 7.2 prevé diversos foros para sustanciar dichas disputas, incluyendo las cortes locales y el arbitraje internacional, y termina estableciendo: "The choice made as per subparagraphs a, b, and c herein above is final".⁷⁰⁵

330. La demandada planteó una objeción jurisdiccional argumentando "that the Tribunal lacks jurisdiction over the claims already submitted to the *Conseil d'Etat* because Article 7.2 of the Treaty gives the Claimant the option of submitting claims either to the host State's domestic courts (*in casu Conseil d'Etat*) or to international arbitration (ICSID), but not to both. Even assuming *arguendo* that these claims amount to Treaty claims (which Lebanon firmly rejects, considering them to be purely contractual in nature), the fork-in-the-road clause would bar Toto from submitting these Treaty claims to ICSID". Por su parte, la demandante respondió que "the claims brought before the Tribunal are different from those brought before the *Conseil d'Etat*: the cases pending before the *Conseil d'Etat* relate to breaches of the Contract, while the claims submitted before the Tribunal relate to breaches of the Treaty. The prejudice suffered because of the alleged breach of the Treaty is of a different nature and goes far beyond the two cases submitted to the *Conseil d'Etat*". Total

331. El tribunal rechazó la objeción jurisdiccional, similar a la de Guatemala, determinando lo siguiente:

In order for a fork-in-the-road clause to preclude claims from being considered by the Tribunal, the Tribunal has to consider whether the same claim is "on a different road", i.e., that a claim with the same object, parties and cause of action, is already brought before a different judicial forum. Contractual claims arising out of the Contract do not have the same cause of action as Treaty claims. Consequently, the fact that Toto has brought two contract claims before the Conseil d'Etat does not restrict Toto's right to submit its Treaty claims to the Tribunal. This Tribunal hereby refers to CMS v. Argentine, also cited by Toto and to Genin v. Estonia, in which the Tribunal concluded: "[a]lthough certain aspects of the facts that gave rise to this dispute were also at issue in

⁷⁰³ Ver Objeciones Preliminares, notas 29 y 91.

⁷⁰⁴ Acuerdo entre la República Italiana y la República Libanesa sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 7 de noviembre de 1997 (en vigor desde el 9 de febrero de 2000) (**CL-260**), Art. 7(1) (énfasis añadido).

⁷⁰⁵ Ídem, Art. 7(2).

⁷⁰⁶ Toto Costruzioni Generali SpA c. Líbano, Caso CIADI No ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2009 (RL-17) ¶ 205.

⁷⁰⁷ Ídem ¶ 208.

the Estonian litigation, the 'investment dispute' itself was not, and the Claimant should not therefore be banned from using the ICSID arbitration mechanism".⁷⁰⁸

- 332. Por su parte, Guatemala sostiene que su posición "no es que... la Cláusula de Elección Definitiva se active con 'cualquier tema de derecho doméstico o cualquier tema relacionado con la inversión", sino que "[d]icha cláusula se activa cuando ambos reclamos comparten <u>la misma base fundamental</u>".⁷⁰⁹ Esto le agrega todavía más palabras al Tratado. Así, según Guatemala, la cláusula de elección de vía del Tratado no solo debe entenderse en el sentido de que se extiende (como la cláusula de renuncia) a "cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere este Articulo", sino que el Tribunal luego debe agregar un pie de página que diga: "pero solo si dicha actuación comparte la misma base fundamental que el arbitraje bajo el Tratado". Son demasiados agregados injustificados, hechos a la medida de la posición del Estado en este arbitraje.
- 333. La Demandada añade que "no es cierto que los tribunales internacionales hayan rechazado consistentemente el test de la misma base fundamental" y que, de hecho, "este test ha sido adoptado crecientemente por numerosos tribunales internacionales...".⁷¹⁰ Después de esta afirmación, Guatemala cita solo tres casos, uno de 2009, otro de 2014, y otro de 2017. Dos de ellos ya fueron abordados y distinguidos en la Contestación de las Demandantes sobre Objeciones Preliminares⁷¹¹ y Guatemala no menciona estas distinciones y el tercer caso ni siquiera versaba sobre una cláusula de elección de vía. Por tanto, estos casos no abonan a la posición de Guatemala, sino que la socavan, por las siguientes razones:
 - Pantechniki c. Albania (2009): Como se explicó previamente,⁷¹² las partes en Pantechniki no plantearon la aplicación del *test* de triple identidad (que ni siquiera está mencionado en el laudo), ya que las partes se enfocaron en determinar si la disputa bajo cortes domésticas y la disputa bajo el tratado era la misma,⁷¹³ por lo que el árbitro único limitó su análisis a esa determinación. Además, el tribunal determinó que la demandante

⁷⁰⁸ Ídem ¶¶ 211-212 (énfasis añadido). Ver también Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008 (CL-261) ¶¶ 125, 128-138 (rechazando una objeción jurisdiccional basada en una cláusula de elección de vía que establecía que "[i]f an investment dispute arises between either Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, they shall attempt to settle it amicably", basándose en que: "The Claimant initiated the Yemeni Arbitration for the enforcement of its private rights under the Contracts. At no time was the violation of substantive standards of the BIT claimed in the Yemeni Arbitration. This matter was never alleged and therefore never dealt with by the Yemeni Arbitral Tribunal. The Yemeni Arbitration was commenced pursuant to the Yemeni Arbitration Agreement, and the claims there asserted were fundamentally distinct from the claims related to the violation of the BIT by the Respondent" (énfasis añadido)).

⁷⁰⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 239 (énfasis añadido).

⁷¹⁰ Ídem ¶ 240.

⁷¹¹ Ver Contestación sobre Objeciones Jurisdiccionales ¶ 226-229.

⁷¹² Ver idem ¶ 228.

⁷¹³ Ver Pantechniki S.A. Contractors c. República de Albania, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009 (RL-47) ¶ 55.

reclamaba exactamente lo mismo en el proceso local y en el arbitraje internacional, incluyendo una condena monetaria exactamente igual, hasta el centavo.⁷¹⁴ Desde luego, semejante conjunto de hechos dista mucho del presente caso, y Guatemala no hizo mención alguna de estos hechos. En todo caso, la tesis del árbitro en Pantechniki ha sido objeto de severas críticas, por su vaguedad e incertidumbre jurídica. Así, el Prof. Wehland ha escrito: "The majority's reliance on the triple identity test is in principle the most appropriate approach to determining the identity of disputes for purposes of fork in the road provisions.... [T]he criterion of the 'fundamental basis' relied on in the Pantechniki award does not appear quite appropriate. First, in both Woodruff and the decision of the Vivendi ad hoc committee [citados en Pantechniki], the criterion had been used in a rather different context. Second, the criterion does not address certain issues that arguably should be relevant when determining the identity of a dispute, in particular the identity of the parties. Third, even in its original context the criterion has remained notoriously ill-defined and open to diverging interpretations, thereby raising doubts as to its general usefulness. Unsurprisingly then, the only cues in the *Pantechniki* decision as to what might constitute the 'fundamental basis' of a claim are that the criterion should be 'normative' and that it should not be equated with the source of a claim. Apart from this, the arbitrator appeared to suggest that tribunals should have broad discretion in deciding whether or not two disputes have the same fundamental basis. This kind of discretionary handling, however, would fail to provide investors with the legal certainty they require when having to decide where to assert their claims. By contrast, applying a triple identity test similar to the one used in the context of lis pendens and res judicata looks like a natural solution".715 Asimismo, los Profs. Wegen y Markert han expresado que "the criterion 'fundamental basis' remains so vague that it hardly enhances legal certainty for investors".716 Estas críticas son plenamente justificadas, considerando el impacto de privar a un inversionista de todo acceso al tratado internacional sobre la base de criterios tan indefinidos. De hecho, en la decisión sobre jurisdicción en Toto Costruzioni c. Líbano, emitido unos meses después del laudo en Pantechniki, el tribunal (presidido por el Prof. Hans van Houtte), confirmó la aplicabilidad del test de triple identidad: "In order for a fork-in-the-road clause to preclude claims from being considered by the Tribunal, the Tribunal has to consider whether the same claim is 'on a different road', i.e., that a claim with the same object, parties and cause of action, is already brought before a different judicial forum".717

• *H&H c. Egipto* (2014): Como se explicó previamente,⁷¹⁸ el tratado en cuestión en *H&H* era fundamentalmente diferente del Tratado que nos ocupa, y Guatemala no ha abordado estas distinciones. Dicho tratado definía "legal investment dispute" como "a dispute

7

⁷¹⁴ Ver idem ¶ 67 ("[Claimant's] final submission (in the since abandoned petition to the [Albanian] Supreme Court) was that it was entitled to payment of US\$1,821,796 'because the Defendant had recognised and admitted that this amount is due'. The logic is inescapable. To the extent that this prayer was accepted it would grant the Claimant exactly what it is seeking before ICSID..." (énfasis añadido)).

⁷¹⁵ Hanno Wehland, *Determining the Jurisdictions of Competing Forums in the Context of Investment Disputes*, en The COORDINATION OF MULTIPLE PROCEEDINGS IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION, Oxford International Arbitration Series, 2013 (CL-257), pág. 89-91 (énfasis añadido).

⁷¹⁶ Gerhard Wegen & Lars Markert, Food for Thought on Fork-in-theRoad – A Clause Awakens from Its Hibernation, AUSTRIAN YEARBOOK ON INT'L ARB., págs. 269, 270 (2010) (CL-262) (énfasis añadido).

⁷¹⁷ Toto Costruzioni Generali SpA c. Líbano, Caso CIADI No ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2009 (RL-17) ¶ 211.

⁷¹⁸ Ver Contestación sobre Objeciones Jurisdiccionales ¶ 226.

involving (i) the interpretation or application of an investment agreement between a Party and a national or company of the other Party; or (ii) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment".719 Luego, el tratado establecía que una "legal investment dispute" podría someterse a arbitraje internacional ante el CIADI solo si: "(i) the dispute has not been settled through consultation and negotiation; or (ii) the dispute has not, for any good faith reason, been submitted for resolution in accordance with any applicable dispute-settlement procedures previously agreed to by the Parties to dispute; or (iii) the national or company, has not brought before the courts of justice or administrative tribunal of competent jurisdiction of the Party that is a Party to the dispute". 720 Estas cláusulas difieren de la cláusula de elección de vía del Tratado del Triángulo Norte, al extenderse específicamente a contratos de inversión y al sometimiento de disputas bajo las cláusulas de resolución de controversias en dichos contratos. En particular, la parte demandante en H&H activó la cláusula de resolución de controversias del contrato respectivo, al referir sus reclamos a un tribunal arbitral en Cairo conforme al contrato.⁷²¹ De hecho, el tribunal incluso determinó que H&H había sometido reclamos de indemnización monetaria ante las cortes egipcias.722 Este no es el caso con respecto a las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar. Guatemala tampoco disputa que el fallo en H&H sobre el tema de elección de vía fue expresamente rechazado por el tribunal en FREIF Eurowind, un caso mucho más reciente, sobre la base de que el test de triple identidad proporciona "a framework that can appropriately assist tribunals when considering whether the 'electa una via' provision has been engaged".723 Asimismo, en otro caso contemporáneo al de H&H, i.e., Mobil Exploration c. Argentina, el tribunal se enfrentó a una cláusula muy similar a la del caso H&H,⁷²⁴ y resolvió que "the fork-in-the -road clause, in the light of the decisions of many ICSID tribunals, only excludes disputes before international tribunals that have been previously brought before local courts when those disputes are between the same parties and involve the same purpose as well as the same cause of action".725

Supervisión y Control c. Costa Rica (2017): Este caso, que es el único adicional sobre este tema que cita Guatemala en su Réplica, no versa siquiera sobre una cláusula de elección de vía, sino (como determinó el propio tribunal) una cláusula de renuncia. La disposición relevante en ese caso rezaba: "Once an investor has submitted the dispute to an arbitral tribunal, the award shall be final. If the investor has submitted the dispute to a competent court of the Party in whose territory the investment was made, it may, in

⁷¹⁹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y la República Árabe de Egipto (CL-215) Art. VII(1) (énfasis añadido).

⁷²⁰ Ver idem Art. VII(3)(A) (énfasis añadido).

 $^{^{721}}$ H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo, 6 de mayo de 2014 (RL-46) $\P\P$ 372-373.

⁷²² Ídem ¶ 374.

⁷²³ Ver FREIF Eurowind Holdings Ltd v. Kingdom of Spain, SCC Case No. 2017/060, Laudo Final, 8 de marzo de 2021 (CL-194) ¶¶ 419-420.

⁷²⁴ Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de abril de 2013 (CL-199) ¶ 13 (citando el TBI entre Argentina y Estados Unidos, Art. VII, el cual definía "investment dispute" para incluir, entre otras cosas, "an investment agreement between that Party and such national or company", y contenía una cláusula de elección de vía que requería que no se haya sometido una disputa bajo ese contrato.).

⁷²⁵ Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/16, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 10 de abril de 2013 (CL-199) ¶ 139.

addition, resort to the arbitral tribunals referred to in this article, if such national court has not issued a judgment. In the latter case, the investor shall adopt any measures that are required for the purpose of permanently desisting from the court case then underway". Confrontado con esta cláusula, el tribunal comenzó distinguiendo entre cláusulas de renuncia y de elección de vía, lo cual es clave en el presente caso, como se ha visto:

In order to avoid the duplication of procedures and claims, and therefore to avoid contradictory decisions, Investment Treaties use two methods for limiting the selection of a dispute resolution mechanism by the investor. The first method consists of obligating the investor to select a dispute resolution mechanism *ab initio* through an irrevocable option clause, usually called "fork in the road", which implies that once one of the routes is selected, the possibility of choosing the other is excluded. Under the second method, based on the concept of *waiver*, once the investor chooses international arbitration under the corresponding treaty, it must waive the exercise of any claim before another dispute resolution mechanism, including those already initiated and those it could initiate.⁷²⁷

Al revisar la cláusula en cuestión, el tribunal determinó que se encontraba ante una cláusula de *renuncia* y no una cláusula de elección de vía:

The Tribunal considers that Article XI.3 of the Treaty constitutes a forum selection clause corresponding to the second method, a waiver clause, for limiting the selection of dispute resolution mechanisms. Once an international arbitration is initiated, the investor is thereby required to waive or withdraw from the actions it has initiated or could initiate before national courts or an arbitral tribunal, in order to avoid conflicting decisions and eliminate the possibility of obtaining double recovery for the same acts. 728

334. Ante ello, es entendible que el tribunal en *Supervisión y Control* hubiese aplicado el *test* de la base fundamental, precisamente por tratarse de una cláusula de renuncia y no de una de elección de vía. Como se ha indicado, las cláusulas de renuncia no dejan en indefensión al inversionista frente al tratado relevante, sino que implican precisamente una renuncia deliberada y escrita de acciones con el fin de acceder a los mecanismos del tratado. Por el contrario, una cláusula de elección de vía, con la lectura expansiva que le da la Demandada, presenta el peligro de que cualquier acción local que presente el inversionista o su subsidiaria puedan, inadvertidamente, hacerle perder todos sus derechos bajo el tratado. Además, como lo destacó el propio tribunal en *Supervisión y Control*, el posible incumplimiento de una cláusula de renuncia representa un problema solo de admisibilidad de los reclamos, y no cancelaría por

⁷²⁶ Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017 (RL-77) ¶ 135 (énfasis añadido).

⁷²⁷ Ídem ¶ 294.

⁷²⁸ Ídem ¶ 297 (énfasis añadido).

completo la jurisdicción del tribunal (a diferencia de una cláusula de elección de vía).⁷²⁹ Por ende, se entiende que puedan aplicarse estándares distintos para la determinación de traslape en ambos casos. En cualquier caso, la decisión en *Supervisión y Control* no es relevante al *test* aplicable respecto de la Objeción Preliminar que nos ocupa.

335. Tampoco es correcto afirmar, como lo hace la Demandada, que el *test* de la base fundamental sea "crecientemente" aplicado por tribunales internacionales. Como se ha visto, la Demandada cita solo dos casos en los que fue aplicado a una cláusula de elección de vía, el último de ellos de 2014, y ambos totalmente distinguibles del presente caso, tanto en cuanto a los hechos como en cuanto a las disposiciones relevantes de los tratados respectivos. Como indican Dolzer y Schreuer, los casos que han aplicado el *test* de la base fundamental representan "a smaller group of cases".⁷³⁰

336. En cambio, hay una serie de casos posteriores que han rechazado el *test* de la base fundamental, y vuelto a consagrar el de la triple identidad.

337. Así, por ejemplo, en 2015, el tribunal en Khan c. Mongolia resolvió lo siguiente:

At the hearing on jurisdiction, the Respondents admitted that their objection to the Tribunal's jurisdiction would fail if the Tribunal were to apply the so-called "triple identity" test to compare the local and international proceedings.493 The Respondents therefore argued for the application of what they identified as the "fundamental basis" test. However, in the present case, the Tribunal sees no reason to go beyond the triple identity test. There is ample authority for its application. The Respondents principally argue that the triple identity test strips the fork in the road provision of any practical effect, presumably because it is unrealistic to expect all three prongs of the test to be satisfied. It must first be replied that the test for the application of fork in the road provisions should not be too easy to satisfy, as this could have a chilling effect on the submission of disputes by investors to domestic fora, even when the issues at stake are clearly within the domain of local law. This may cause claims being brought to international arbitration before they are ripe on the merits, simply because the investor is afraid that by submitting the existing dispute to local courts or tribunals, it will forgo its right to later make any claims related to the same investment before an international arbitral tribunal. The Respondents' argument that the test is too strict may have some persuasive force in cases where only one of the requirements of the triple identity test is not satisfied, while the remaining requirements, as well as other aspects of the two disputes are identical. But this is not the case here. The Respondents identify the three

⁷³⁰ Rudolf Dolzer, "Settling Investment Disputes", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd ed. 2022) (**RL-60**), pág. 385.

⁷²⁹ *Ídem* ¶¶ 299-300 ("Additionally, it may be noted that the analogous rule of exhaustion of local remedies normally concerns admissibility rather than jurisdiction in the strictest sense. The Treaty requirement to submit a dispute to local courts is a question of admissibility of claims, and not of jurisdiction. The selection of the forum is a requirement for the validity and admissibility of the claims of the Claimant in the arbitration…").

criteria of the triple identity test as being parties, cause, and object. Not one of these criteria is satisfied in the present case.⁷³¹

338. Posteriormente, en 2021, el tribunal en *Zhongshan c. Nigeria*, aplicó el mismo *test*, indicando: "We agree with the approach of the tribunal in those passages in *Khan v Mongolia*, and consider that it should be applied here". Este caso fue resuelto bajo el TBI entre China y Nigeria, que establece en su Artículo 9(1): "Any dispute between an investor of the other contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute". A su vez, el Artículo 9(3) establece: "If a dispute cannot be settled within six months after resort to negotiations as specified in Paragraph 1 of this Article it may be submitted at the request of either Party to an ad hoc arbitral tribunal. The provisions of this Paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in Paragraph 2 of this Article". Por otro lado, el tratado no contenía una cláusula de renuncia de acciones locales que requiriese una interpretación de la frase "any dispute" como para no ser cancelada. Por tanto, el tribunal aplicó el *test* de triple identidad a una cláusula que se extendería a cualquier tipo de disputa, y no solo a disputas por violaciones del tratado.

339. Hacia el final de 2021, otro tribunal, en el caso *Addiko c. Montenegro*, falló en el mismo sentido:

Therefore, if a dispute has been submitted to a competent court under Article 9(2), an investor is precluded from submitting *the same dispute* to arbitration under Article 9(3). Conversely, if the disputes are different, the two options are not mutually exclusive. The word "dispute", in its ordinary meaning, refers to a controversy or disagreement. A dispute is characterised by three elements: (a) the parties to the dispute; (b) the object of the dispute; and (c) the cause of action. It is only if these three elements are identical that two disputes are the same (in the case of identity of parties, a party is assimilated to its privies).⁷³⁵

⁷³¹ Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia et. al, Caso CPA 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 (CL-200) ¶ 389-392 (énfasis añadido).

⁷³² Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. c. República Federal de Nigeria, Laudo Final, 26 de marzo de 2021 (CL-196) ¶ 84.

⁷³³ Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República Federal de Nigeria para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 27 de agosto de 2001 (en vigor a partir de 18 de febrero de 2010) (**CL-263**), Art. 9(1) (énfasis añadido).

⁷³⁴ *Ídem*, Art. 9(3) (énfasis añadido). El numeral 2 se refiere al sometimiento de la disputa a cortes locales. *Ídem*, Art. 9(2) (énfasis añadido).

⁷³⁵ Addiko Bank AG c. Montenegro, Caso CIADI No. ARB/17/3, Laudo, 24 de noviembre de 2021 (CL-195) ¶¶ 403-404 (énfasis añadido). Ver también Yuri Bogdanov y Yulia Bogdanov v. Republic of Moldova, Caso SCC No. V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013 (CL-264) ¶¶ 173-174.

- 340. En ese caso, también, la cláusula de resolución de controversias del tratado relevante el TBI entre Austria y Yugoslavia se extendía a "[a]ny dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning the obligations of the latter arising from an investment made by the investor of the first Contracting Party…".736 Por otro lado, el tratado no contenía una cláusula de renuncia de acciones locales que requiriese una interpretación de la frase "any dispute" como para no ser cancelada.737 El tribunal aplicó el *test* de triple identidad, al igual que en el caso anterior.
- 341. Otro laudo interesante para tomar en cuenta en este contexto es el emitido a inicios de este año por el tribunal (Sachs, Alexandrov, van den Berg) en el caso *AsiaPhos c. China*,⁷³⁸ ya que refleja precisamente los peligros que implica la interpretación que pretende Guatemala. Allí, el tribunal tuvo que pronunciarse sobre los Artículos 13.2 y 13.3 del TBI entre Singapur y China, que establecen lo siguiente:
 - 2. If the dispute cannot be settled through negotiations within six months, either party to the dispute shall be entitled to submit the dispute to the competent court of the Contracting Party accepting the investment.
 - 3. If a dispute involving the amount of compensation resulting from expropriation, nationalization, or other measures having effect equivalent to nationalization or expropriation mentioned in Article 6 cannot be settled within six months after resort to negotiation as specified in paragraph (1) of this Article by the national or company concerned, it may be submitted to an international arbitral tribunal established by both parties.

The provisions of this paragraph shall not apply if the national or company concerned has resorted to the procedure specified in the paragraph (2) of this Article.⁷³⁹

342. Notablemente, era el inversionista demandante el que pretendía *evitar* la remisión del caso a las cortes chinas, porque, en palabras del tribunal, "Claimants contend that any previous recourse to Chinese domestic courts for a decision on responsibility of the measures in dispute would trigger the fork-in-the road clause in Article 13(3) Sentence 2 of the Treaty and thereby preclude access to international arbitration for any subsequent dispute on the amount of compensation". China, en este contexto, defendía una interpretación más limitada de la cláusula de elección de vía, argumentando que la

⁷³⁶ Addiko Bank AG c. Montenegro, Caso CIADI No. ARB/17/3, Laudo, 24 de noviembre de 2021 (CL-195) ¶¶ 398 (énfasis añadido). Ver también Yuri Bogdanov y Yulia Bogdanov v. Republic of Moldova, Caso SCC No. V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013 (CL-264) ¶ 83.

⁷³⁷ Ver, en general, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Austria y el Gobierno Federal de la República Federal de Yugoslavia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 12 de octubre de 2001 (en vigor a partir de 1 de agosto de 2002) (CL-265).

⁷³⁸ Ver AsiaPhos Limited c. República Popular China (Laudo) (CL-249) ¶¶ 130-140.

⁷³⁹ Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República de Singapur sobre la Promoción y Protección de Inversiones del 21 de noviembre de 1985 (en vigor a partir de 16 de octubre de 2019) (CL-266), Arts. 13(2) y 13(3) (énfasis añadido).

⁷⁴⁰ AsiaPhos Limited c. República Popular China (Laudo) (CL-249) ¶ 131.

misma "only applies to disputes pursuant to Article 13(3) Sentence 1 of the Treaty, *i.e.*, disputes involving the amount of compensation" por expropiación.⁷⁴¹ El tribunal coincidió con esta lectura más limitada de la cláusula, observando lo siguiente:

This understanding is also in line with the object and purpose of a fork-in-the-road clause like Article 13(3) Sentence 2 of the Treaty, which is to avoid parallel or subsequent proceedings on the same issue creating the risk of contradicting decisions. In case the investor is able to limit its request for relief before the national court to the question of the legality of the measure in dispute and defer the question of the appropriate amount of compensation to a subsequent arbitral proceeding, there is no such risk of contradicting decisions as the two proceedings deal with different issues.⁷⁴²

343. El tribunal incluso dio indicaciones al inversionista acerca de cómo plantear su reclamo local para no activar la cláusula de elección de vía, señalando: "In this scenario, the domestic court, when explicitly requested to solely rule on the question of legality, would only have to establish that no compensation at all has been paid yet (without having to opine on the appropriate amount) and, if necessary, render its decision as to whether the non-payment of compensation suffices to render the expropriation unlawful".⁷⁴³

344. En otras palabras, este caso refleja dos aspectos importantes para este arbitraje. Primero, debe tomarse en cuenta la necesidad de interpretar las cláusulas de cada tratado como para no cancelarlas o hacerlas superfluas. En *AsiaPhos*, podría argumentarse que una interpretación aislada y fuera de contexto del apartado sobre elección de vía se extendería a cualquier procedimiento local iniciado por el inversionista. Pero esto cancelaría la cláusula sobre la jurisdicción limitada del tribunal a temas de compensación por expropiación, con lo cual, el tribunal decidió aplicar una interpretación con base en el contexto, en los siguientes términos:

The wording of the fork-in-the-road clause "if the national or company concerned has resorted to the procedure specified in the paragraph (2) of this Article" is reflective but not in itself determinative. Thus, the Tribunal will assess the meaning of this clause by way of a contextual analysis. In this regard, it is noteworthy that the fork-in-the-road clause is systematically located within Article 13(3) of the Treaty whose first sentence provides for an exception to the general rule in Article 13(2) specifically for "disputes involving the amount of compensation". Its location within Article 13(3) of the Treaty suggests that the fork-in-the-road clause in Sentence 2 applies only in case a dispute

⁷⁴¹ Ídem ¶ 114.

⁷⁴² Ídem ¶ 133 (énfasis añadido).

⁷⁴³ *Ídem* ¶ 137 (énfasis añadido).

referred to in Sentence 1, "involving the amount of compensation", is brought before a domestic court.⁷⁴⁴

345. Segundo, es necesario considerar el peligro que significa para los inversionistas el tipo de lectura expansiva, aislada y fuera de contexto que pretende Guatemala. Este peligro fue también manifestado por el tribunal en *Khan v. Mongolia*, en la forma de "claims being brought to international arbitration before they are ripe on the merits, simply because the investor is afraid that by submitting the existing dispute to local courts or tribunals, it will forgo its right to later make any claims related to the same investment before an international arbitral tribunal".⁷⁴⁵ En ese sentido, el tribunal en *AsiaPhos* dio a la cláusula de elección de vía una interpretación enfocada, a la medida del objetivo específico de evitar "contradicting decisions". Como se verá en la siguiente Sección, tal peligro estaría lejos de presentarse en el presente caso.

346. Es por ello que la vasta mayoría de los tribunales sobre el tema de cláusulas de elección de vía ha sido tan escrupulosa a la hora de identificar el estándar aplicable y de aplicarlo, pues los efectos de la aplicación expansiva que pretende Guatemala dejaría fuera de la protección de los tratados de inversiones a inversionistas con base en conceptos ambiguos y maleables. En palabras del Prof. Schreuer:

Investors are often drawn into legal disputes of one sort or another in the course of investment activities. Disputes of this kind may involve private law activities such as leases or procurement of raw material. They may also involve public law matters such as government licences or taxation. In the course of disputes of this kind, it will often be necessary for the investor to appear before a court or an administrative tribunal. However, not every appearance before a court or tribunal of the host State will constitute a choice under a fork in the road provision. While such disputes may relate in some way to the investment, they are not necessarily identical to "the dispute" referred to in the BIT's provisions on investor-State dispute settlement. Therefore, the appearance does not necessarily reflect a choice that would preclude international arbitration.

347. El Prof. Schreuer concluye, contundentemente, lo siguiente:

It would create an unreasonable dilemma for the investor if it had to choose between the assertion of its rights through these domestic means or through international arbitration.

⁷⁴⁴ *Ídem* ¶ 132 (énfasis añadido).

⁷⁴⁵ Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia et al., Caso CPA 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 (CL-200) ¶ 391.

⁷⁴⁶ Christoph Schreuer, *Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. World Inv. & Trade (2004) (**CL-256**), pág. 241 (énfasis añadido). *Ver también ídem* ("In light of the clear advantages that international arbitration offers to most investors over proceedings in domestic courts, a decision in favour of domestic courts cannot lightly be presumed. Rather, it is likely that investors, if offered the choice, will opt for international arbitration as the preferred instrument of dispute settlement. Therefore, where there is doubt as to the choice an investor has made under a fork in the road clause, a determination that the investor has chosen international arbitration is more plausible than a determination that the investor has chosen litigation in domestic courts" (énfasis añadido)).

To see any utilization of domestic courts or administrative tribunals as a choice under the fork in the road provision would put the investor in an intolerable position. The investor would have to sit still and endure any form of injustice passively on pain of losing its access to international arbitration. In particular, the investor would have to forego appeals against administrative action that are subject to preclusive time limits under domestic law. In other words, the investor would have no means of asserting its rights until the situation deteriorates to a point where it can be characterized as a violation of the BIT, thus opening the way to international arbitration. Such an interpretation would be in the interests neither of the investor nor of the host State. It follows that legal action for limited purposes, notably defensive steps to contest administrative action, cannot be tantamount to submitting "the dispute" to the courts or administrative tribunals of the host State. Therefore, the exercise of domestic procedural rights, as guaranteed in BITs, should not be seen as triggering fork in the road provisions.

348. De forma similar, Dolzer y Schreuer señalan lo siguiente:

Investors or their subsidiaries are often drawn into local legal disputes of one sort or another. However, not every appearance before a court or tribunal of the host State will constitute a choice under a fork in the road provision. While such disputes may relate in some way to the investment, they are not necessarily identical to the dispute before the international tribunal. The appearance before a domestic court does not necessarily reflect a choice that would preclude international arbitration.⁷⁴⁸

349. Por otro lado, Guatemala sostiene que "el test de la triple identidad privaría a la Cláusula de Elección Definitiva de todo 'effet utile'", ya que "cualquier procedimiento ante las cortes guatemaltecas 'would involve different parties' de las de este arbitraje...".⁷⁴⁹ Guatemala agrega que la aplicación del citado *test* "permitiría que, por su estructura societaria, las Demandantes escapen abusivamente a la aplicación de la Cláusula de Elección Definitiva".⁷⁵⁰

350. Ambos argumentos son falaces, ya que se basan en la premisa de que la posición de las Demandantes le privaría de efecto útil a la cláusula *según la interpreta Guatemala*, y que la posición de las Demandantes sería abusiva si se interpreta la cláusula *como lo pretende Guatemala*. Guatemala no sostiene que la cláusula de elección de vía se volvería superflua, sino solo que no se aplicaría al tipo de disputas que ella pretende que cubra en este arbitraje. En efecto, un argumento similar al de Guatemala fue abordado por el tribunal en el caso de *Nissan c. India*, tal como se transcribe a continuación:

⁷⁴⁷ Christoph Schreuer, *Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. World Inv. & Trade (Apr. 2004) (CL-256), págs. 248-249 (énfasis añadido).

⁷⁴⁸ Rudolf Dolzer, "Settling Investment Disputes", *Principles of International Investment Law*, U. Kriebaum, C. Schreuer, R. Dolzer (3rd Edition), 2022 (**RL-60**), pág. 385.

⁷⁴⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 242.

⁷⁵⁰ Ídem ¶ 243.

There is also little to be gained from detailed discussion of the criticism some tribunals and commentators have offered of fork-in-the-road tests like the one incorporated in Article 96(6). It may be true – as some have observed – that because many national systems do not provide a judicial or administrative avenue to pursue alleged treaty breaches, a treaty provision barring international arbitration only where proceedings in those States have alleged a treaty breach would have little practical effect. But even if that is the likely consequence of the text adopted, it is for the States themselves to decide whether they are comfortable with this outcome. States are free to adopt whatever treaty text they prefer, including text that is likely to address common situations as well as text addressing circumstances that are unlikely to arise. States are also free to mutually amend prior treaties, if they conclude that the text to which they had agreed - as interpreted through a VCLT analysis – is proving ill-suited to their common objectives. Alternatively, States may seek to issue joint interpretations with prospective effect, to clarify that they had actually intended a meaning beyond what the ordinary meaning of the treaty text might suggest. However, absent State invocation of such tools to clarify on a mutual basis their intentions for future cases, an arbitral tribunal must proceed on the basis of a VCLT analysis of the *existing* text to which they have agreed. It is not within a tribunal's remit to override the drafting choices evident in a particular treaty, in order to substitute a different test that does not flow from the ordinary meaning of that text in the context of surrounding provisions. Otherwise stated, the task of a tribunal is not to make policy choices about the preferable design of an investment arbitration system, but rather to respect and enforce the choices already made by the Contracting Parties, to the extent these can be divined through the interpretative tools that the VCLT provides. To the extent Contracting State Parties find themselves disappointed by such interpretations, they retain various tools as noted above to address this situation. But they cannot expect an arbitral tribunal to undertake sub rosa what they have not undertaken themselves, namely an effort effectively to amend the treaty by ignoring existing text and instead substituting a different approach that the current text cannot support.⁷⁵¹

351. Dicho de otra manera, el "efecto útil" no es el efecto que Guatemala quisiera que tenga la cláusula de elección de vía, y "abuso" no es lo que contraría esa expresión de deseo. Los Estados Contratantes tienen a la mano las herramientas para adoptar el texto que deseen conforme a sus políticas, pero no corresponde que tuerzan el Tratado para imponerlo por la puerta trasera. En tal sentido, cabe mencionar que el modelo de TBI del Estado colombiano del año 2017 incluye justamente el texto que Guatemala ahora desea insertar vía argumento:

Un reclamo no podrá ser presentado a una corte o a arbitraje bajo este Artículo cuando un Inversionista Demandante, tanto directamente como indirectamente a través de su Inversión en el caso de una Empresa, sea parte de procedimientos judiciales o arbitrales

⁷⁵¹ Nissan c. India (Decisión sobre Jurisdicción) (CL-157) ¶¶ 216-217 (énfasis añadido). Ver también Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y Cauc Holding Company Ltd. c. Gobierno de Mongolia et al., Caso CPA 2011-09, Decisión sobre Jurisdicción (CL-200) ¶ 391 ("the test for the application of fork in the road provisions should not be too easy to satisfy, as this could have a chilling effect on the submission of disputes by investors to domestic fora, even when the issues at stake are clearly within the domain of local law"); Strabag c. Libia (Laudo) (CL-235) ¶ 163 ("policy-based arguments do not fit into the VCLT's rubric of treaty interpretation", ya que "policy issues" son para "treaty-makers to consider in selecting the words of their treaty; they cannot later be imported to limit the meaning of the chosen words").

dentro del Territorio de la Parte Receptora <u>que se refieran a la misma base fundamental o</u> puedan resultar en la misma reparación para el demandante.⁷⁵²

- 352. Guatemala no se puede quejar de que el Tratado se interprete según sus términos y contexto, como lo requiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- 353. Dejando esto de lado, el "umbral para concluir la existencia de un abuso de proceso es alto",⁷⁵³ y es insólito que Guatemala invoque un supuesto abuso por parte de las Demandantes cuando son ellas las que se apoyan en una masa crítica de jurisprudencia y doctrina, y es la Demandada la que recurre a posiciones en las franjas de la jurisprudencia.

3. Las medidas en cuestión no activan la cláusula de elección de vía bajo cualquier test

- 354. Finalmente, sea cual sea el *test* que el Tribunal decida aplicar a las dos medidas en cuestión en esta Objeción Jurisdiccional, no se habría activado la cláusula de elección de vía del Tratado.⁷⁵⁴
- 355. Guatemala sostiene que, en la aplicación del *test* relevante a la cláusula de elección de vía "el término 'controversias'" debe entenderse "de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos específicos", citando para ello el caso de *Philip Morris v. Uruguay.*755 Como ya explicaron las Demandantes en su Contestación sobre Objeciones Preliminares, el caso de *Philip Morris* no es aplicable al presente análisis, ya que se estaba pronunciando sobre una cláusula de agotamiento de recursos, y no sobre una cláusula de elección de vía.⁷⁵⁶ Guatemala ahora reconoce esta distinción (que no había mencionado en su anterior escrito),⁷⁵⁷ pero aduce que la misma es irrelevante. Específicamente, Guatemala sostiene que lo que se requiere para determinar si se activa una

⁷⁵² Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Colombia, 2017 (CL-267), pág. 16 (énfasis añadido).

 $^{^{753}}$ Antonio del Valle Ruíz y otros c. El Reino de España, Caso CPA No. 2019-17, Laudo Final, 13 de marzo de 2023 (CL-268) \P 277.

⁷⁵⁴ Originalmente, esta Objeción Preliminar se refería a medidas adoptadas por cuatro municipalidades distintas. *Ver* Objeciones Preliminares ¶¶ 85, 88, 91, 94. Sin embargo, como explicaron las Demandantes, dos de esas cuatro medidas no forman parte de las Medidas del Estado que son objeto de este arbitraje, sino que se trata de actos citados por las Demandantes como antecedentes. *Ver* Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 233. Ahora, la Demandada dice que, entonces, las Demandantes "aceptan que las conductas de estas Municipalidades respecto al otorgamiento de esas licencias de construcción no son violatorias del Tratado". Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 218. Eso no es en absoluto lo que han dicho, y mucho menos "aceptado", las Demandantes, y es un buen ejemplo de cómo la Demandada, a lo largo de su escrito, distorsiona los argumentos y afirmaciones de las Demandantes.

⁷⁵⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 247 (citando a *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (**RL-48**) ¶ 113).

⁷⁵⁶ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 230.

⁷⁵⁷ *Ver* Objectiones Preliminares ¶ 83.

cláusula de elección de vía es determinar si el Tribunal se encuentra ante "the same dispute", y "[e]sto fue, precisamente, lo que hizo el tribunal en Philip Morris: analizar si, en el contexto de la cláusula de agotamiento de recursos, el inversionista había sometido la misma disputa ante las cortes domésticas y el tribunal arbitral".758

- Este nuevo argumento no rescata la posición de la Demandada, porque sigue sin tomar en 356. cuenta todas las diferencias cruciales entre el Tratado del Triángulo Norte y el tratado en cuestión en el caso de *Philip Morris*, i.e., el TBI entre Suiza y Uruguay. En particular, los Artículos 10(1) y 10(2) de dicho tratado establecen:
 - 1) Las controversias que surgieren entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante con relación a inversiones comprendidas en el presente Acuerdo se resolverán, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas.
 - 2) Si una controversia en el sentido previsto en el parágrafo (1) no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma será sometida, a solicitud de cualquiera de las partes involucradas en ella, a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión. Si dentro de un plazo de 18 (dieciocho) meses, contados desde el inicio del proceso legal, no se dictara sentencia, el inversor involucrado podrá recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos.⁷⁵⁹
 - Estas disposiciones arrojan tres diferencias claves con el Tratado que nos ocupa: 357.
 - Primero, el TBI Suiza-Uruguay no contiene una cláusula de renuncia de acciones locales que se vería cancelada con una interpretación expansiva del término "controversias", 760 como ocurriría en el caso del Tratado del Triángulo Norte, según lo que ya se ha explicado. De hecho, el tribunal en Philip Morris tomó en cuenta la importancia de la interpretación según el contexto, al indicar lo siguiente: "una formulación amplia de 'controversia', como la del artículo 10(1) del TBI, puede contrastarse con la disposición de arreglo de diferencias entre Estados del artículo 9(1) del TBI, que se refiere a "controversias que surgieren... con relación a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo'. La definición de 'controversias' en este último caso es notablemente estrecha, a diferencia del lenguaje expansivo del artículo 10(2)".761 Como se indicó más arriba, dos cláusulas con textos tan distintos no pueden interpretarse con exactamente el mismo significado, y así lo reconoció el tribunal en *Philip Morris*.

⁷⁵⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 246.

⁷⁵⁹ Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-48) ¶ 25.

⁷⁶⁰ Ver Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y Uruguay del 7 de octubre de 1988 (en vigor a partir de 22 de abril de 1991) (CL-269), Art. 10.

⁷⁶¹ Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-48) ¶ 110.

- Segundo, el TBI Suiza-Uruguay no contiene una cláusula de elección de vía. 762 Por tanto, no cabría en forma alguna tomar la decisión en *Philip Morris* y sugerir que la misma es igualmente aplicable a una cláusula de elección de vía. Mucho menos puede sugerirse que *Philip Morris* sustenta el *test* de la base fundamental que no está siquiera mencionado en ese laudo.
- Tercero, y como se ha indicado, lo que el tribunal en *Philip Morris* estaba interpretando era la cláusula de <u>agotamiento</u> de acciones locales, y la pregunta específica era si, para cumplirla, el demandante tenía que haber planteado "su diferencia en virtud 'del tratado' ante los tribunales uruguayos". No puede interpretarse, ni por analogía, una cláusula de agotamiento como si tuviera el mismo "objeto y fin" que una cláusula de elección de vía. Por ende, tampoco puede asumirse que deban aplicarse los mismos *tests*.
- 358. En efecto, es llamativo que la Demandada defienda por un lado la aplicación del *test* de la base fundamental y, a la hora de aplicarlo, se apoye en un caso (y únicamente un caso) que no solo no menciona ese *test*, sino que ni siquiera se refiere a una cláusula de elección de vía. Guatemala parece estar construyendo un *test* con fragmentos fuera de contexto, a la medida de su posición en este arbitraje.
- 359. En cualquier caso, las acciones locales relativas a las dos Medidas del Estado en cuestión en esta Objeción Preliminar fácilmente superan tanto el *test* de la triple identidad, como el *test* de la base fundamental. Dichas Medidas se refieren a: (i) la suspensión arbitraria de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Santa Lucía Milpas Altas; y (i) el rechazo arbitrario de la licencia de construcción por parte del Concejo Municipal de Antigua Guatemala. Con respecto a ambas Medidas, Guatemala plantea el mismo punto, y es un punto que no condice ni con el *test* de triple identidad ni con el de base fundamental. Específicamente, Guatemala dice (citando de nuevo, y erróneamente, el caso de *Philip Morris*):
 - Con respecto a la licencia de construcción de Santa Lucía Milpas Altas: "[L]a realidad es que 'ambas diferencias se refier[en] a hechos sustancialmente similares' (i.e., <u>la supuesta ilegalidad de las Actas 71-2019 y 88-2019</u>) y, por ende, se cumple el test de la misma base fundamental"; ⁷⁶⁶ y
 - Con respecto a la licencia de construcción de Antigua Guatemala: "[L]a realidad es que 'ambas diferencias se refier[en] a hechos sustancialmente similares' (i.e., la supuesta

⁷⁶² Ver Acuerdo de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones entre la Confederación Suiza y Uruguay del 7 de octubre de 1988 (en vigor a partir de 22 de abril de 1991) (CL-269), Art. 10.

⁷⁶³ Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de julio de 2013 (**RL-48**) ¶ 100.

⁷⁶⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1 de enero de 1969 (CL-193), Art. 31.

⁷⁶⁵ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 232.

⁷⁶⁶ Réplica sobre Objectiones Preliminares ¶ 250.

<u>ilegalidad del Acta 51-2019</u>) y, por ende, se cumple el test de la misma base fundamental".⁷⁶⁷

- 360. No hay un análisis de los expedientes locales, o una comparación exhaustiva con este arbitraje. Según Guatemala, el *test* de la base fundamental se satisface porque en ambos casos se cuestiona "la supuesta ilegalidad" de ciertas actas municipales. Aparte de ser superficiales, estas afirmaciones genéricas son incorrectas, empezando por el hecho de que las Demandantes no están cuestionando en este arbitraje "la ilegalidad" de las medidas bajo derecho guatemalteco, ni tampoco reclamando los mismos remedios. Es más: aun cuando las cortes locales hubiesen anulado las medidas municipales en cuestión, **seguiría existiendo el mismo reclamo bajo el Tratado**, relativo a los efectos monetarios vinculados con los enormes retrasos provocados por la acción del Estado, a todos sus niveles, que constituyen múltiples violaciones del Tratado. Son dos disputas eminentemente distintas.
- 361. Como ya se explicó en la Contestación sobre Objeciones Preliminares, ⁷⁶⁸ y no refutó la Demandada:
 - Con respecto a la licencia de construcción de Santa Lucía Milpas Altas: La disputa en el procedimiento contencioso-administrativo consistía en la revocatoria de las actas municipales para dejar vigente una licencia de construcción, sin reclamarse siquiera una compensación monetaria. Sea cual sea el sentido de dicha determinación, no haría diferencia alguna a la determinación que debe efectuar este Tribunal, ya que no resolvería sobre violaciones del Tratado, ni sobre el impacto de los retrasos, ni sobre la conducta del Estado en su totalidad, ni sobre la compensación monetaria correspondiente. Guatemala, teniendo toda la información a su disposición, no ha presentado un análisis de supuesto traslape, y su Objeción Preliminar respecto de esta Medida del Estado no puede prosperar.
 - Con respecto a la licencia de construcción de Antigua Guatemala: La disputa en el proceso contencioso-administrativo era que "se revoque[n] y deje[n] sin efecto" las Actas Municipales Nos. 51-2019 y 105-2018 y "se emita nueva resolución otorgando" la licencia de construcción requerida. 770 Sea cual sea el sentido de dicha determinación, no haría diferencia alguna a la determinación que debe efectuar este Tribunal, ya que no resolvería sobre violaciones del Tratado, ni sobre el impacto de los retrasos, ni sobre la conducta del Estado en su totalidad, ni sobre la compensación monetaria correspondiente. Guatemala, teniendo toda la información a su disposición, no ha presentado un análisis de supuesto traslape, y su Objeción Preliminar respecto de esta Medida del Estado no puede prosperar.

⁷⁶⁷ Ídem ¶ 253.

⁷⁶⁸ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 234.

⁷⁶⁹ *Ver* Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 18 de marzo de 2020, (**R-1**) pág. 21. *Ver también* Apéndice 1 (actualizado) de las Demandantes.

⁷⁷⁰ *Ver* Demanda de TRECSA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 16 de septiembre de 2019, (**R-3**) págs. 39, 40. *Ver también* Apéndice 1 (actualizado) de las Demandantes.

362. En los únicos dos casos sobre cláusulas de elección de vía que cita la Demandada en donde se aplicó el *test* de la base fundamental (*Pantechniki* y *H&H*), el demandante había solicitado indemnización monetaria en los casos locales, entre otras muchas diferencias. Estos casos difieren por completo del presente, superando ampliamente tanto el *test* de triple identidad como el de la base fundamental. Activar una cláusula de elección de vía en estas circunstancias sería una emboscada en contra del inversionista, para hacerle perder todos sus derechos bajo el Tratado con una interpretación conveniente y caprichosa. La Objeción Preliminar de Guatemala debe ser desestimada.

D. AGOTAMIENTO: Las Demandantes no tenían obligación de agotar recursos administrativos y, en todo caso, eran fútiles

363. Guatemala reitera también su argumento de que "el tribunal debe inadmitir los reclamos sobre actos administrativos para los cuales las Demandantes no han agotado la vía gubernativa",⁷⁷¹ invocando el Artículo 12.18.1 del Tratado, el cual establece lo siguiente:

Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en este Artículo, será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso podrá exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el párrafo 3 del presente Artículo.⁷⁷²

- 364. Los argumentos presentados por Guatemala en este respecto son infundados, por lo que deben ser rechazados por el Tribunal Arbitral.
- 365. A título preliminar, es relevante notar que la Réplica de Guatemala sobre su Objeción de agotamiento de recursos inicia con una caracterización profundamente errónea de la posición de las Demandantes, indicando lo siguiente:

In limine, como anticipamos, <u>las Demandantes admiten</u> que, pese a que (i) "la legislación guatemalteca efectivamente exige el agotamiento de los recursos administrativos de revocatoria o reposición", (ii) éstas no agotaron dichos recursos para ninguno de los actos administrativos descritos. Por consiguiente, <u>toda la defensa de las Demandantes</u> depende de probar que el agotamiento de la vía gubernativa sólo es exigible si la legislación

156

⁷⁷¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares § 5 ("La Contestación Confirma que el Tribunal Debe Inadmitir los Reclamos Sobre Actos Administrativos para los cuales las Demandantes No Han Agotado la Vía Gubernativa").

⁷⁷² Tratado (**C-1**), Art. 12.18.1.

guatemalteca prevé expresamente que el inversionista debe agotar la vía gubernativa, específicamente, para recurrir al arbitraje bajo el Tratado.⁷⁷³

- 366. Las Demandantes <u>no</u> "admiten" que la legislación guatemalteca exija el agotamiento de recursos administrativos como pre-requisito para acudir al arbitraje internacional bajo el Tratado. En su Contestación, las Demandantes claramente señalaron que el Estado confunde el requisito de agotamiento de recursos administrativos *para acceder a procesos contencioso-administrativos locales* establecido en la legislación guatemalteca, con un supuesto requisito similar para acceder al arbitraje bajo el Tratado (el cual no existe).⁷⁷⁴ Además, la defensa de las Demandantes <u>no</u> "depende de probar" que dicho agotamiento solo es exigible si la legislación guatemalteca así lo exija, porque esto es lo que el Tratado establece explícitamente. El hecho de que el Estado se vea obligado a acudir a caracterizaciones equivocadas de los argumentos de las Demandantes, y a las demás prácticas argumentativas cuestionables señaladas a lo largo de este escrito, no hace más que poner en evidencia la debilidad de sus Objeciones Preliminares.
- 367. Aclarado lo anterior, las Demandantes explican a continuación las razones por las que los demás argumentos planteados por Guatemala en su Réplica son infundados.
- 368. <u>Primero</u>, Guatemala alega que su potestad "de requerir el agotamiento de la vía gubernativa para acceder al arbitraje del Tratado ya está plasmada en el mismo Tratado, y, por ende, no requiere de una ley o norma especial doméstica que lo haga exigible". De entrada, la posición de Guatemala es incompatible con el "plain language" del Artículo 12.18.1. Como se explica en detalle en el siguiente apartado, del texto literal del Artículo 12.18.1 se advierte que el requisito de agotamiento de la vía gubernativa o administrativa únicamente será exigible "cuando la legislación de la Parte así lo exija". Afirmar que no se requiere de una ley o norma especial doméstica que lo haga exigible es invertir por completo el sentido de dicha cláusula.
- 369. Además, las fuentes legales citadas por Guatemala sobre este punto, lejos de avanzar su caso, confirman la posición de las Demandantes:
 - En los párrafos citados por la Demandada de los laudos dictados en *Generation c. Ucrania*⁷⁷⁷ y en *Lanco c. Argentina*, ⁷⁷⁸ los tribunales arbitrales confirmaron que: "A State

⁷⁷³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 259 (énfasis añadido).

⁷⁷⁴ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 253-255.

⁷⁷⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 260.

⁷⁷⁶ Tratado (**C-1**), Artículo 12.18.1.

⁷⁷⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 261, nota 358 (citando *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003 (CL-155) ¶ 13.5)

may require the exhaustion of domestic remedies as a prior condition for its consent to ICSID arbitration. This demand may be made (i) in a bilateral investment treaty that offers submission to ICSID arbitration, (ii) in domestic legislation, or (iii) in a direct investment agreement that contains an ICSID clause". Estos precedentes confirman que, contrario a lo que indica Guatemala, no es anómalo que los Estados establezcan el requisito de agotamiento de recursos para acceder al arbitraje internacional en su legislación interna. Por tanto, en vista de la condición establecida en el Artículo 12.18.1 del Tratado – "cuando la legislación de la Parte así lo exija" – los Estados Contratantes perfectamente hubieran podido (y pueden) establecer dicho requisito en su legislación doméstica. Sin embargo, como se explica a continuación, esta condición no está satisfecha en el caso del Tratado que nos ocupa.

- Por su parte, el comentario del estudio realizado por el IISD respecto de las cláusulas de agotamiento de recursos en los TBIs colombianos, 780 así como la referencia de la Demandada al modelo de TBI colombiano del 2008, 781 únicamente confirman que el lenguaje del Artículo 12.18.1 del Tratado "cuando la legislación de la Parte así lo exija" es, en efecto, una condición 782 (como también se detalla a continuación).
- Finalmente, contrario a lo que sugiere la Demandada,⁷⁸³ tanto la segunda frase del Artículo 26 del Convenio CIADI, como el ejemplo de TBI que cita (entre China y Uzbekistán),⁷⁸⁴ son relevantes en este caso porque confirman que es común, en el contexto de los tratados internacionales de inversión, que los Estados contratantes tengan la *facultad* de exigir el agotamiento de recursos internos para acceder al arbitraje de inversión, incluyendo mediante el establecimiento de dicho requisito en su derecho doméstico.
- 370. <u>Segundo</u>, Guatemala alega que "las Demandantes pretenden crear una distinción artificial entre los requisitos necesarios para acudir ante 'el foro interno' o al 'arbitraje [internacional]' cuando se

⁷⁷⁸ Ídem ¶ 261, nota 358 (citando *Lanco International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral del 8 de diciembre de 1998 (CL-154) ¶ 39).

⁷⁷⁹ Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003 (CL-155) ¶ 13.5; Lanco International Inc. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar: Jurisdicción del Tribunal Arbitral del 8 de diciembre de 1998 (CL-154) ¶ 39. Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 249, nota 519.

⁷⁸⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 262, notas 360-361, 363.

⁷⁸¹ *Ídem*, nota 364.

⁷⁸² Modelo de Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de la Inversiones de la República de Colombia (2008) (versión en inglés) (RL-78), IX.9 ("With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration under this article or to a local court or an administrative tribunal, non-judicial administrative remedies shall be exhausted, <u>should it be required by the law of the Contracting Party</u>. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor and shall not prevent the investor from requesting consultations as referred to in paragraph 3 of the present Article"); IISD, Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017 (CL-218), pág. 11 ("many Colombian BITs provide for the exhaustion of administrative or judicial remedies as required by domestic law, but determine that the domestic procedures shall not exceed six months at most").

⁷⁸³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 263.

⁷⁸⁴ Ídem ¶ 264.

presentan actos administrativos".⁷⁸⁵ Al respecto, la Demandada plantea una serie de argumentos carentes de mérito:

371. En primer lugar, Guatemala indica que, "[b]ajo la interpretación de las Demandantes, los Estados parte del Tratado sólo podrían exigir el agotamiento de la vía administrativa si emiten (i) una norma doméstica en la que precisan, para cada acto administrativo previsto en su legislación, cómo se agota la vía administrativa antes de recurrir al arbitraje internacional o (ii) una norma que modifique todas las normas que regulan los actos administrativos para precisar exactamente cómo se agota la vía administrativa en caso de que el inversionista pretenda recurrir al arbitraje internacional".⁷⁸⁶

372. Las "opciones" que plantea la Demandada son reducciones al absurdo, para aparentar complejidad donde no la hay. Contrario a lo que alega Guatemala, no es necesaria la emisión de normas sobre agotamiento para *cada acto administrativo*, ni mucho menos una norma *que modifique todas las normas* que regulan dichos actos. Por ejemplo, tal como explicaron las Demandantes en su Contestación, el ordenamiento jurídico guatemalteco ya contiene una Ley de Inversión Extranjera destinada a regular, precisamente, al "inversionista extranjero y su inversión" en el país, la cual incluso prevé la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado. Resta disposición establece que "[s]i un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el Estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional". Si la Demandada hubiese querido, hubiese podido (y, de hecho, puede) establecer en esta norma (que precisamente regula el acceso al arbitraje internacional bajo tratados internacionales y forma parte de la legislación guatemalteca) el requisito de agotar la vía gubernativa o administrativa para el sometimiento de una reclamación a dichos procesos.

⁻

⁷⁸⁵ Ídem ¶ 265. Ver también ídem ¶ 266 ("La posición de las Demandantes puede resumirse así: bajo el artículo 12.8.1 del Tratado, si el inversionista pretende 'someter una reclamación al foro interno', sólo ésta obligado a agotar 'la vía gubernativa o administrativa', si la legislación interna exige expresamente que debe hacerlo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, si el inversionista pretende 'someter su reclamación [...] al arbitraje', sólo está obligado a agotar "la vía gubernativa o administrativa", si la legislación interna exige expresamente 'el agotamiento de recursos previo al sometimiento de una reclamación contra actos administrativos al arbitraje internacional previsto en el Tratado"). La caracterización que hace Guatemala de la posición de las Demandantes es tan solo un juego de palabras para aparentar complejidad donde no la hay.

⁷⁸⁶ Ídem ¶ 267.

⁷⁸⁷ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 255. *Ver también* Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Inversión Extranjera (**C-15**), Artículos 2, 11.

⁷⁸⁸ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 255. *Ver también* Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Inversión Extranjera (**C-15**), Artículo 11.

⁷⁸⁹ De hecho, esto fue implementado por Sudáfrica en su Ley de Protección de Inversiones, en la que estableció el requisito de agotamiento de recursos domésticos como condición para el acceso al arbitraje internacional relacionado con inversiones

- Además, la Demandada cita parcialmente un párrafo de la opinión disidente del Juez Charles Brower en *HICEE c. Eslovaquia*, para indicar que una muestra "de lo 'patently anomalous or incongrous, or even absurd' de esta interpretación es que ninguno de los Estados parte del Tratado ha proferido una norma en este sentido y, por ende, ésta debe ser rechazada".⁷⁹⁰ En realidad, el párrafo citado por la Demandada en la opinión disidente del Juez Brower soporta la posición de las Demandantes. En efecto, en dicho párrafo, el Juez Brower indicó que "[t]he inquiry under VCLT Article 31 contemplates an investigation into a given interpretation's legal effects, the logical consistency of which constitutes a 'reality check' on the 'ordinary meaning' analysis",⁷⁹¹ y, por tanto, "[w]here alternative 'ordinary' interpretations in application of VCLT Article 31 yield real-world results that are as to one perfectly sensible and as to the other patently anomalous or incongruous, or even absurd, the proper result would be to exclude the latter in favor of the former".⁷⁹²
- 374. Pues bien, como se demostró en los párrafos anteriores, mientras que el resultado de la interpretación de las Demandantes arroja un "real-life result" que es "perfectly sensible" a la luz de las facultades regulatorias del propio Estado y la existencia de una Ley de Inversión Extranjera que regula, precisamente, el acceso al arbitraje internacional bajo tratados de inversión por parte de los inversionistas extranjeros en Guatemala, la interpretación de la Demandada es "absurd", pues el hecho de que los Estados Contratantes no hayan adoptado en su legislación particular un requisito de agotamiento respecto del arbitraje internacional no es prueba de que el Tratado no establezca dicho condicionamiento.
- 375. En segundo lugar, Guatemala alega que "una simple lectura del artículo 12.18 del Tratado muestra que su 'plain language' no contiene la distinción alegada por las Demandantes y, por el contrario, prevé que, independientemente de que el inversionista pretenda acudir 'al foro interno o al arbitraje [...], será indispensable agotar previamente la vía gubernativa o administrativa [...] cuando la legislación de la Parte así lo exija".⁷⁹³ Nuevamente, el Estado pretende añadir palabras al Artículo 12.18.1, para restringir injustificadamente la jurisdicción del Tribunal Arbitral y los derechos de las Demandantes bajo el Tratado.

extranjeras. IISD, Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law, IISD Best Practices Series del 1 de enero de 2017 (CL-218), pág. 9.

⁷⁹⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 267, notas 372-373 (citando HICEE c. República de Eslovaquia, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011 (RL-74) ¶¶ 5, 10)

⁷⁹¹ HICEE c. República de Eslovaquia, Caso CPA No. 2009-11, Opinión Disidente del Juez Charles Brower del 23 de mayo de 2011 (**RL-74**) ¶ 10.

⁷⁹² Ídem.

⁷⁹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 268.

- 376. Contrario a lo que indica la Demandada, "una simple lectura" del Artículo 12.18.1 del Tratado muestra, inequívocamente, que su "plain language" <u>no incluve</u> la palabra "independientemente". Un análisis del "plain language" no puede partir de lenguaje que <u>no</u> está en la cláusula bajo interpretación. En realidad, como demostraron las Demandantes en la Contestación a las Objeciones Jurisdiccionales, los términos del Artículo 12.18.1, en su sentido corriente, muestran que los Estados Contratantes establecieron el requisito de agotamiento de la vía gubernativa o administrativa "para someter una reclamación al foro interno <u>o</u> al arbitraje previsto en este Artículo".⁷⁹⁴ Contrario a lo que alega el Estado, el vocablo "o" es una conjunción disyuntiva que "[d]enota diferencia, separación o <u>alternativa</u> entre dos o más... cosas",⁷⁹⁵ por lo que el "plain language" del Artículo 12.18.1 efectivamente contempla dos escenarios separados y alternativos. Para esos dos escenarios separados y alternativos, los Estados Contratantes sujetaron la exigibilidad del requisito de agotamiento a tres condiciones específicas: (i) que se trate de actos administrativos; (ii) "cuando la legislación de la Parte así lo exija"; y (iii) que no excedan el plazo de seis meses desde la fecha de su iniciación.
- 377. La segunda condición, "cuando la legislación de la Parte así lo exija", tiene a su vez tres componentes que condicionan el requisito de agotamiento de la vía administrativa o gubernativa para el sometimiento de una reclamación al foro interno $\underline{\mathbf{o}}$ al arbitraje bajo el Tratado:
 - "cuando": Esta palabra introduce una condición, o **una contingencia**, que puede o no estar realizada o realizarse en el futuro, de tal modo que lo que venga después de esta palabra debe ocurrir para que surja la obligación de agotar recursos;
 - "la legislación de la Parte": La condición introducida por la palabra "cuando" debe estar satisfecha en la legislación de los Estados Parte del Tratado, y en este caso, en la del Estado guatemalteco;
 - "así lo exija": La contingencia realizada o realizable en la legislación del Estado guatemalteco, debe implicar la exigencia del agotamiento de la vía administrativa o gubernativa.
- 378. Cabe destacar que la frase en cuestión no establece, por ejemplo: "cuando la legislación de la Parte prevea recursos gubernativos o administrativos", o "cuando la legislación de la Parte contemple una vía gubernativa o administrativa", que es lo que parece interpretar la Demandada. En esos casos, podría argumentarse que sería suficiente demostrar simplemente que existe o que está disponible la vía gubernativa o administrativa en el derecho local para que el Estado demandado exija su agotamiento. En cambio, el "plain language" de la frase en cuestión se refiere a una exigencia, y cuando establece "lo

⁷⁹⁴ Tratado (**C-1**), Artículo 12.18.1.

⁷⁹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (CL-270) (énfasis añadido).

exija", la palabra "lo" se está refiriendo al verbo "agotar". Es decir, la ley guatemalteca no solo debe *contemplar* una vía gubernativa o administrativa, sino que debe *exigir* que se *agote* dicha vía. Al tratarse de una exigencia de agotamiento (por un periodo máximo de seis meses), solo puede entenderse como un pre-requisito para otro tipo de acción, ya sea, por ejemplo, una acción contencioso-administrativa en el foro local, o un arbitraje internacional al amparo del Tratado.

- 379. Este es un requisito positivo que la Demandada debió comprobar <u>bajo derecho</u> <u>guatemalteco</u> (*i.e.*, bajo "la legislación de la Parte"), pero no lo ha hecho. Bien puede ser que exista dicho requisito de agotamiento de recursos administrativos para poder presentarse una acción contencioso-administrativa en el derecho guatemalteco, pero la Demandada no ha demostrado que exista una exigencia igual respecto del arbitraje internacional.
- 380. Este escollo insalvable para la posición de la Demandada se ve reflejado en la forma en que ésta ha buscado confundir entre los requisitos para iniciar un proceso contencioso-administrativo ante las cortes guatemaltecas, y para iniciar un arbitraje internacional bajo el Tratado. En su primer escrito, la Demandada dejó muy obvia esta confusión, con los siguientes apartados:
 - "Bajo el derecho guatemalteco, antes de iniciar un proceso contencioso administrativo para impugnar un acto administrativo (es decir, ante las cortes competentes sobre cuestiones administrativas), el accionante debe primero agotar la vía administrativa".797
 - "[A] pesar de que <u>la legislación guatemalteca exige</u> el agotamiento de <u>la vía administrativa</u> antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, las Demandantes no agotaron dicha vía para, al menos, 18 actos administrativos". 798
- 381. Para estos puntos, la Demandada citó la Ley de lo Contencioso Administrativo de Guatemala.⁷⁹⁹ Nótese que la Demandada no se limitó a afirmar que *existe* una vía gubernativa o administrativa en el derecho guatemalteco, sino que argumentó específicamente que dicha legislación "exige" el agotamiento de la vía administrativa "antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa". Claramente, la Demandada estaba consciente de que el Tratado requiere que la ley local "exija" el agotamiento consistente con la posición de las Demandantes pero quiso extender artificialmente la exigencia de agotamiento para fines de una acción contencioso-administrativa al

⁷⁹⁶ Ver Tratado (C-1), Art. 12.18.1 ("...será indispensable **agotar** previamente la vía gubernativa o administrativa, por parte del inversionista o de su inversión, **cuando la legislación de la Parte así lo exija**" (énfasis añadido)).

⁷⁹⁷ Objeciones Preliminares ¶ 101 (énfasis añadido).

⁷⁹⁸ *Ídem* ¶ 104 (énfasis añadido).

⁷⁹⁹ Ver Objeciones Preliminares ¶ 101 y notas 145 y 146.

arbitraje internacional bajo el Tratado. Esta extensión cae por su propio peso, como las Demandantes lo hicieron notar en su escrito anterior.⁸⁰⁰

382. Entonces, en su escrito de Réplica, Guatemala ajusta el argumento, tratando de hacerlo más sutil, pero no menos incorrecto. Específicamente, Guatemala ahora sostiene lo siguiente:

Como explicó el Estado en las Objeciones, la legislación guatemalteca <u>prevé que el recurso de reposición procede</u> contra "las resoluciones dictadas por los ministerios, [...] las autoridades administrativas superiores, individuales o colegiadas, de las entidades descentralizadas o autónomas", y los Concejos Municipales. Es decir que, para resoluciones emitidas por estas entidades — como las 18 resoluciones que las Demandantes impugnan en este arbitraje — el inversionista debe, mediante el recurso de reposición, dar la oportunidad a las autoridades de remediar el supuesto error y, sólo en caso de que el supuesto error "no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos", el inversionista puede acudir (i) "al foro interno" (i.e., a la jurisdicción contencioso-administrativa) o (ii) "al arbitraje previsto en [el Tratado]". 801

383. Guatemala ya no menciona en este párrafo la *exigencia legal* de agotamiento para poder presentarse una acción contencioso-administrativa, sino que indica meramente que dicho recurso "procede" contra determinadas resoluciones administrativas, y reduce la cita a la disposición sobre la acción contencioso-administrativa a un pie de página. O Como se indicó, Guatemala no ha probado – y no puede probar – que esa exigencia sea de alguna forma extensible a un arbitraje internacional bajo el Tratado. Entonces, la nueva lógica de Guatemala parece ser que, porque *existe* un recurso de reposición en la legislación guatemalteca, debe entenderse que hay también una *exigencia* en la ley guatemalteca de agotarlo antes de acudir al arbitraje internacional. Esta nueva lógica también cae por su propio peso, pues, como se ha visto, la *existencia* del recurso de reposición no constituye una *exigencia* de que el mismo se agote antes de ir al arbitraje internacional (que es el lenguaje del Artículo 12.18.1 del Tratado). Consciente de tener que demostrar dicha exigencia en su propia legislación (como lo demuestra su primer escrito), Guatemala ha optado por no mencionarla (en el segundo).

384. Por otro lado, la Demandada tampoco aborda los múltiples ejemplos de cláusulas de agotamiento en otros tratados,⁸⁰³ en donde se estipula el requisito de agotamiento en forma lisa y llana, sin condicionar dicho requisito a que el mismo esté "exigido" en la legislación local. Es más: las Demandantes indicaron en su escrito de Contestación a las Objeciones Preliminares que Guatemala no citó ningún caso que interpretara una cláusula de agotamiento de recursos que contenga la frase "cuando

⁸⁰⁰ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 253-254.

⁸⁰¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 270 (énfasis añadido).

⁸⁰² *Ídem*, nota 380.

⁸⁰³ Ver Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 250-252.

la legislación de la Parte así lo exija".⁸⁰⁴ La Demandada no ha disputado este hecho, ni ha presentado jurisprudencia en este sentido junto con su Réplica. Como el Tribunal sabrá, hay mucha jurisprudencia sobre cláusulas de agotamiento, pero ninguna sobre esta frase en particular. El Tribunal tiene el deber de aplicarla aquí según sus términos.

385. De este modo, y como ya se explicó en el escrito anterior de las Demandantes,⁸⁰⁵ Guatemala no ha demostrado que se actualice en este caso la condición establecida en la frase "cuando la legislación de la Parte así lo exija". En cambio, Guatemala pretende borrar de un plumazo esta frase, hacer de cuenta que no existe, y asumir que la legislación de Guatemala (y de todos los Estados Contratantes) exige automáticamente el agotamiento de recursos administrativos como pre-requisito para acudir al arbitraje bajo el Tratado.

386. En tercer lugar, Guatemala plantea un argumento de efecto útil, sosteniendo que, "[p]ara determinar si 'la legislación exige' o no el agotamiento de la vía administrativa, debe analizarse, caso por caso, si, bajo dicha 'legislación', el reclamo en contra del acto administrativo debe, primero, someterse ante las autoridades administrativas y, sólo una vez agotada esta instancia, <u>puede ser llevado ante la justicia</u>", pues, supuestamente, "este es, en realidad, el 'efecto útil' de la remisión que hace el Tratado a la 'legislación' doméstica del Estado receptor de la inversión". 806

387. Como se puede ver fácilmente, Guatemala basa su argumento de "efecto útil", nuevamente, en inserciones de palabras que no están presentes en el Artículo 12.18.1 del Tratado. Esta disposición no prevé el agotamiento de la vía gubernativa o administrativa para acceder a "la justicia" sin distinción, sino a dos escenarios separados y alternativos, que, además, dependen de una contingencia adicional: que la legislación guatemalteca así lo exija para ellos. En este sentido, no puede otorgársele "efecto útil" a un término que sencillamente no aparece en el texto del Artículo 12.18.1 del Tratado.

388. <u>Tercero</u>, Guatemala niega que "'cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca' para controvertir estos actos hubiera 'sido fútil'",⁸⁰⁷ pero los argumentos que plantea al

 $^{^{804}}$ Ver idem ¶¶ 260-261.

 $^{^{805}}$ Ver idem ¶¶ 246-252.

⁸⁰⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 269 (énfasis añadido). De forma similar, Guatemala plantea que "el inversionista debe, mediante el recurso de reposición, dar la oportunidad a las autoridades de remediar el supuesto error pues esto "permite que el derecho doméstico y el Tratado coexistan armónicamente, pues ambos buscan que, antes de someter ante la justicia reclamos en contra de los actos de la Administración, ésta tenga la oportunidad de enmendar sus supuestos errores". *Ídem* ¶ 271. El argumento del Estado carece de fundamento, pues parte de la premisa de que su interpretación e inserciones de palabras al texto del Tratado, son las correctas.

⁸⁰⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 272.

respecto carecen de mérito por ser incompatibles con las reglas del derecho internacional y los hechos del caso.

389. En primer lugar, Guatemala alega que "el Tratado no prevé excepción alguna a la obligación de agotar la vía gubernativa o administrativa cuando 'la legislación de la Parte así lo exija'", por lo que "las Demandantes no pueden escudarse en una supuesta 'inefectividad' o 'futilidad' de los recursos administrativos para incumplir los requisitos previstos en el Tratado". Sin embargo, esta es una cuestión que ha sido superada en la jurisprudencia y doctrina internacionales, que han aceptado que la excepción de futilidad, que "goza ahora de reconocimiento universal", so es aplicable a tratados de inversión que no la prevén expresamente.

390. Por ejemplo, en *Ambiente Ufficio c. Argentina*, el tribunal arbitral analizó si la excepción de futilidad podría ser aplicable en la resolución de una disputa bajo un TBI que no la prevé expresamente, sino en virtud del derecho internacional consuetudinario, y llegó a la conclusión de que "an interpretation of BIT clauses such as [the local remedies rule] of the Argentina-Italy BIT, in the light of Art. 31(3)(c) of the VCLT, results in admitting a futility exception also in respect to such clauses, on the model of the futility exception to the exhaustion of local remedies rule in the field of diplomatic protection". ⁸¹⁰ El detallado análisis del tribunal partió de la premisa que "[i]t appears to be generally accepted in international law that obligations requiring an individual to approach a State's local courts before a claim may be taken to the international plane do not apply unconditionally", ⁸¹¹ y que "[t]his exception to the local remedies rule, the so-called futility rule, is now universally recognized in the law of diplomatic protection". ⁸¹² Reconocida esta premisa, el tribunal consideró lo siguiente:

That being said, Art. 8(3) of the Argentina-Italy BIT does not mention or refer to such exception. This is not the end of the matter, however. According to the general rules of treaty interpretation as codified in Art. 31 of the VCLT, it is required that when interpreting a treaty provision "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" shall be "taken into account, together with the context" (Art. 31 para. 3 lit. c of the VCLT). The term "relevant rules of international law" also includes pertinent customary international law. Thus, in order to determine whether the futility exception also applies in the context of... the Argentina-Italy BIT, it is necessary for the Tribunal to assess whether the customary law exception of futility regarding the rule of exhaustion of local remedies in diplomatic protection is sufficiently comparable

 $^{^{808}}$ Ídem \P 273. Ver también ídem \P 274.

⁸⁰⁹ Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 (RL-13) ¶ 599.

⁸¹⁰ Ídem (énfasis añadido).

⁸¹¹ Ídem ¶ 599.

⁸¹² Ídem.

to the requirement of recourse to the domestic courts of... the Argentina-Italy BIT to identify the former as a rule of international law "relevant" to the latter.⁸¹³

391. En este sentido, para determinar la aplicabilidad de la excepción de futilidad a la regla de acudir a recursos locales establecida en el TBI, el tribunal consideró la coincidencia de propósitos que tienen las reglas de agotamiento de recursos en el contexto del derecho internacional de protección diplomática y la regla de acudir a recursos locales por determinado lapso de tiempo establecida en el TBI en cuestión (como es el caso del Artículo 12.18.1 del Tratado), en los siguientes términos:

In that regard, the Tribunal would consider that exhaustion of local remedies clauses and the prerequisite to have recourse to domestic courts for a certain amount of time are similar inasmuch as they both require to turn to the local judicial authorities before the claim can be successfully brought to the international plane. Both serve the purpose of honoring the host State's sovereignty by providing the latter the opportunity to settle a dispute in its own fora before moving on to the international level. In a similar vein, Respondent has submitted that clauses of the type of Art. 8 (3) of the Argentina-Italy BIT intend to give local courts an opportunity to decide a dispute before turning to international arbitration so that judicial authorities would be afforded the opportunity to review – and, if appropriate, to correct – government acts before setting in motion the intricacies and consequences associated with international investment arbitration.⁸¹⁴

- 392. Lo anterior es relevante en este caso, pues Guatemala, incluso desde su interpretación restrictiva del Artículo 12.18.1, también ha indicado en este arbitraje que el propósito de esta disposición es "dar la oportunidad a las autoridades de remediar el supuesto error", 815 y permitir a la administración "enmendar sus supuestos errores".816
 - 393. A partir de las consideraciones expuestas, el tribunal en *Ufficio* concluyó lo siguiente:

Accordingly, in view of the strong structural parallels between these two types of clauses, the Tribunal does not consider it a far-fetched conclusion to assume that the futility exception to the exhaustion of local remedies rule in the field of diplomatic protection is, in the light of Art. 31(3)(c) of the VCLT, also applicable to clauses requiring recourse to domestic courts in international investment law. The conclusion that the futility of local remedies constitutes an exception to the duty of having recourse to local courts is also affirmed in the case-law and in legal academia. 817

394. En segundo lugar, Guatemala indica que, "incluso si el Tribunal encontrara que el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad puede justificarse en una supuesta 'futilidad' o

 $^{^{813}}$ Ídem ¶¶ 600-601.

⁸¹⁴ Ídem ¶ 602.

⁸¹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 270.

⁸¹⁶ Ídem ¶ 271.

⁸¹⁷ Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 (RL-13) ¶ 603.

'inefectividad' de los recursos administrativos que debían agotar las Demandantes... tal 'futilidad' o 'inefectividad' no existe".⁸¹⁸ Como se explica a continuación, el argumento de la Demandada es infundado.

395. Para recordar, de acuerdo con los hechos narrados en el Memorial,⁸¹⁹ y a partir de la jurisprudencia internacional invocada,⁸²⁰ las Demandantes demostraron en la Contestación a las Objeciones Preliminares que no podían razonablemente esperar que los recursos administrativos previstos en la legislación guatemalteca, particularmente el recurso de reposición, hubiesen resuelto efectivamente sus reclamos contra los actos administrativos violatorios del Tratado, en un periodo de seis meses, conforme al Artículo 12.18.1 del mismo.⁸²¹ Contrario a lo que sugiere la Demandada, esta conclusión no solo es cierta para los actos administrativos del MEM, sino también para los demás actos administrativos identificados en el Anexo B de las Objeciones Preliminares, en la medida en que ellos han sido reclamados por las Demandantes como medidas violatorias del Tratado en este arbitraje.⁸²²

396. En la Contestación a las Objeciones Preliminares, se expusieron algunos ejemplos de la futilidad de la vía administrativa guatemalteca, particularmente con relación a actuaciones del MEM y el Estado guatemalteco en general. Contrario a lo que sugiere Guatemala, ello no implica que este tipo de conducta no se encuentre presente también en las actuaciones de los Concejos Municipales guatemaltecos, pues como puede observarse en el Apéndice 1 de las Demandantes, los recursos administrativos que las Demandantes han intentado ante dichas autoridades han demorado incluso años en resolverse. En efecto, la futilidad de la vía administrativa o gubernativa guatemalteca se evidencia de los hechos del caso:

■ En el caso de los recursos administrativos interpuestos ante el MEM, las Demandantes han demostrado la futilidad mediante los siguientes ejemplos: (i) el recurso de reposición interpuesto por TRECSA contra la Resolución No. 992-2022 el 9 de junio de 2022, el cual fue declarado "sin lugar" por el MEM el 19 de julio de 2023 (i.e. más de 13 meses

⁸¹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 275.

⁸¹⁹ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 267.

 $^{^{820}}$ Ídem ¶¶ 262-267.

⁸²¹ Ídem ¶ 267.

⁸²² Como se explicó en la Contestación sobre Objeciones Preliminares y en este escrito, la Demandada ha insistido en calificar unilateralmente ciertos hechos y actos como supuestas medidas violatorias del Tratado, siendo que las Demandantes los han presentado como antecedentes fácticos y de contexto de la disputa sometida al conocimiento de este Tribunal Arbitral. Según se ha indicado, esto es también cierto respecto de cuatro de los 18 actos identificados por el Estado en el Anexo B de las Objeciones Preliminares. Anexo B de las Objeciones Preliminares, numerales 12, 16, 17 y 18.

⁸²³ Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 268-271.

⁸²⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 277.

⁸²⁵ Apéndice 1 (actualizado) de las Demandantes.

después de su presentación) mediante una resolución de <u>tres páginas</u>;⁸²⁶ (ii) el recurso de reposición interpuesto por TRECSA contra la Resolución No. 921-2020 el 22 de junio de 2022, la cual <u>no ha sido resuelta a la fecha</u> (*i.e.* más de 14 meses después de su iniciación);⁸²⁷ (iii) el recurso de reposición interpuesto por TRECSA contra la Resolución No. 925-2020 el 2 de agosto de 2022, la cual <u>no ha sido resuelta a la fecha</u> (*i.e.* más de 12 meses después de su iniciación);⁸²⁸ y (iv) el recurso de reposición interpuesto por TRECSA contra la Resolución No. 928-2020 el 8 de septiembre de 2020, la cual <u>no ha sido resuelta a la fecha</u> (*i.e.* más de 35 meses después de su iniciación).⁸²⁹ En todo caso, las Demandantes notaron en su Contestación que, en el Anexo B del escrito de Objeciones Preliminares, la Demandada aseveró incorrectamente que no fueron interpuestos recursos de reposición contra las Resoluciones 921-2020, 925-2020, 928-2020.⁸³⁰ Sin embargo, en su Réplica, Guatemala ha insistido en su error.⁸³¹

- En el caso de la vía gubernativa del Estado guatemalteco, las Demandantes han demostrado la futilidad mediante las infructuosas consultas que buscó entablar con el Estado a fin de resolver la presente controversia, incluyendo respecto de las medidas específicas que son objeto de esta Objeción Preliminar. Según se explicó en detalle en el Memorial de Demanda y la Contestación a las Objeciones Preliminares, por aproximadamente 24 meses (entre octubre de 2019, cuando se presentó el primer Aviso de Controversia, y octubre de 2021, cuando se levantó la suspensión del Primer Arbitraje y se dio inicio al Segundo Arbitraje), las Demandantes buscaron llegar a una solución con el Estado respecto de los actos administrativos que han afectado su inversión, particularmente lo relativo a los ajustes del Canon Anual, la tasa de actualización aplicable, y la obligación de protección y seguridad del Estado en los distintos municipios relevantes. Incluso, las Demandantes aceptaron la suspensión del presente arbitraje en dos ocasiones, por un periodo de un año, para promover y facilitar el diálogo. Sin embargo, el Estado ha mostrado, una y otra vez, una actitud obstruccionista, indiferente, y destinada únicamente a aprovecharse de la buena fe y la disposición de las Demandantes para satisfacer sus propios intereses. Es más, en ocasiones, las autoridades guatemaltecas ni siquiera se molestaron en responder las invitaciones del GEB y TRECSA.832 A la fecha, las Demandantes siguen buscando llegar a soluciones con el gobierno.
- En el caso de los recursos administrativos interpuestos ante Concejos Municipales, la futilidad se pone en evidencia con los siguientes ejemplos: (i) el recurso de reposición interpuesto en noviembre de 2018 contra el Acta Municipal 105-2018 del Concejo Municipal de Antigua Guatemala (mediante la cual se negó arbitrariamente la licencia de construcción solicitada), el cual fue declarado "sin lugar" en junio de 2019 (i.e. siete meses después de su presentación);⁸³³ (ii) el recurso de reposición interpuesto en mayo de 2019 contra el Acta Municipal 39-2019 del Concejo Municipal de San Bartolomé Milpas

⁸²⁶ MEM, Resolución No. 307-2023 del 17 de abril de 2023 (notificada el 19 de julio de 2023) (C-777).

⁸²⁷ TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 921-2020 del 22 de junio de 2022 (C-745).

⁸²⁸ TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 925-2020 del 2 de agosto de 2022 (C-746).

⁸²⁹ TRECSA, Recurso de Reposición contra Resolución No. 928-2020 del 8 de septiembre de 2020 (C-747).

⁸³⁰ Contestación sobre Objeciones Preliminares, nota. 557.

⁸³¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 257, 277.

⁸³² Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶¶ 270-271.

⁸³³ Apéndice 1 – Medidas Municipales (Actualización) del 25 de mayo de 2023, pág. 1.

Altas,⁸³⁴ el cual fue declarado "sin lugar" en junio de 2021 (*i.e.*, 25 meses después de su presentación); (iii) el recurso de reposición interpuesto en diciembre de 2019 contra el Acta Municipal 89-2019 del Concejo Municipal de San Bartolomé Milpas Altas,⁸³⁵ el cual fue declarado "sin lugar" en febrero de 2022 (*i.e.*, 26 meses después de su presentación); y (iv) el recurso de reposición interpuesto en enero de 2020 contra el Acta Municipal 3-2020 del Concejo Municipal de San Bartolomé Milpas Altas,⁸³⁶ el cual fue declarado "sin lugar" en septiembre de 2021 (*i.e.*, 20 meses después de su presentación).

397. Como se explicó en la Contestación a las Objeciones Preliminares, la evidencia en el expediente demuestra que, en definitiva, cualquier intento de las Demandantes de resolver la presente controversia ante el sistema legal guatemalteco sería "intrascendente y el tiempo transcurrido similar a un periodo de espera".⁸³⁷

398. En su Réplica, Guatemala no refuta la relevancia y aplicabilidad de la jurisprudencia citada por las Demandantes respecto del estándar aplicable a la excepción de futilidad, sino que alega que no ha sido satisfecho, porque "la supuesta 'futilidad'... debe ser analizada con 'cautela y circunspección'" (citando el laudo dictado en *Philip Morris c. Uruguay*), sino que "no es suficiente demostrar que 'la resolución de la controversia dentro del periodo [previsto en el Tratado] es improbable", sino que debe existir una supuesta "futilidad patente" (citando el laudo dictado en *ICS Inspection c. Argentina*). No obstante, estos precedentes no apoyan la posición de Guatemala.

399. En *Philip Morris*, a diferencia de lo que ocurre en este caso, la demandante no invocó la excepción de futilidad respecto de la cláusula de agotamiento de recursos establecida en el TBI entre Suiza y Uruguay, sino que alegó que "el requisito en cuestión es meramente de orientación y procesal, en lugar de ser obligatorio y jurisdiccional", y que "el Tribunal no carece de jurisdicción si, como en el presente caso, el requisito no se cumple a la fecha de institución del arbitraje, sino en una fecha

⁸³⁴ *Ídem*, pág. 31.

⁸³⁵ Ídem, pág. 31.

⁸³⁶ Ídem.

⁸³⁷ Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012 (CL-211) ¶ 193.

⁸³⁸ Ver, en general, Réplica sobre Objeciones Preliminares § 5 ("La Contestación Confirma que el Tribunal debe Inadmitir los Reclamos sobre Actos Administrativos para los cuales las Demandantes no han Agotado la Vía Administrativa").

⁸³⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 278, notas 387-388 (citando *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay,* Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013 (**RL-48**) ¶ 137)

 $^{^{840}}$ Ídem ¶ 279.

⁸⁴¹ Ídem ¶ 279, nota 389 (citando *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina,* Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012 (CL-230) ¶ 269).

posterior".⁸⁴² Por ello, al analizar la objeción jurisdiccional del Estado uruguayo, el tribunal notó que las "circunstancias fácticas" de algunos de los precedentes citados por las partes "difieren de las relativas al presente caso".⁸⁴³ Además, Guatemala ha omitido indicar que, en el párrafo que cita de esta decisión en su Réplica, el tribunal indicó que "no está de acuerdo con la posición planteada por ciertos tribunales y citada por las Demandantes, que consideran que el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales 'no tiene sentido', dado que, supuestamente, los tribunales nacionales no están en posición de emitir una decisión dentro del período de tiempo prescripto por el tratado aplicable",⁸⁴⁴ porque según los hechos del caso concreto de *Philip Morris*, "varias decisiones" emitidas por el tribunal contencioso uruguayo en el caso demostraban que éste "podría haber emitido una decisión con respecto a cada una de las Acciones de Nulidad dentro del plazo de 18 meses".⁸⁴⁵ Este es el caso contrario a las circunstancias fácticas en que se encuentran las Demandantes, las cuales han demostrado que las autoridades guatemaltecas no podrían haber emitido decisiones dentro del plazo de seis meses establecido en Tratado (porque no lo han hecho en aquellos casos intentados).

400. Asimismo, en ese mismo párrafo citado por Guatemala, el tribunal reconoció que "[a] excepción de los casos en los que esta conclusión se justifica a raíz de las circunstancias fácticas del caso en particular, el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales no puede ser... dejado de lado por fútil en virtud de su importancia primordial para el Estado receptor". 446 Pues bien, según se ha explicado en los párrafos anteriores, la circunstancias fácticas del caso de las Demandantes justifican plenamente la aplicación de la excepción de futilidad, pues han demostrado que cualquier intento de resolver la presente controversia en un trámite administrativo, frente a las mismas autoridades que emitieron las medidas en cuestión, habría sido "intrascendente y el tiempo transcurrido similar a un periodo de espera". 447

401. Respecto de *ICS Inspection c. Argentina*, Guatemala omite mencionar que, en el párrafo que cita en su Réplica, el tribunal de ese caso explicó que "no se ha demostrado la futilidad a la

⁸⁴² Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013 (RL-48) ¶ 133.

⁸⁴³ Ídem ¶ 134.

⁸⁴⁴ Ídem ¶ 137.

⁸⁴⁵ *Ídem*, nota 93.

⁸⁴⁶ Ídem ¶ 137.

⁸⁴⁷ Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de diciembre de 2012 (CL-211) ¶ 193.

satisfacción del Tribunal",848 porque "[e]n el caso que nos ocupa... la [d]emandante posiblemente podría haber obtenido una decisión definitiva en menos de 18 meses".849 Además, la cita que Guatemala hace a ese mismo párrafo para indicar que "debe existir 'futilidad patente" 850 es incorrecta, pues el concepto de "futilidad patente" no se encuentra ni en ese párrafo, ni en ningún otro párrafo del laudo dictado en ese caso.851 En realidad, lo que señaló el tribunal en *ICS* es que ese "no e[ra] un caso de futilidad evidente, donde la reparación pretendida no se encuentra patentemente disponible dentro del sistema jurídico argentino".852 No obstante, las circunstancias fácticas del caso de las Demandantes y del sistema legal guatemalteco incluso satisfacen el concepto de "futilidad evidente" planteado por el tribunal en *ICS*, pues la reparación pretendida por las Demandantes en el presente arbitraje no está disponible a través de la vía gubernativa o administrativa guatemalteca.

402. En este sentido, incluso tomando en cuenta los precedentes citados por el Estado, queda demostrado que las circunstancias fácticas del caso justifican la aplicación de la excepción de futilidad, pues las Demandantes han demostrado que cualquier intento de acudir a la vía gubernativa o administrativa guatemalteca para resolver las controversias materia de este arbitraje habría sido intrascendente.

403. Finalmente, Guatemala se equivoca al alegar que la excepción de futilidad planteada por las Demandantes "ha sido una excusa *ex post-facto...* para justificar el incumplimiento de los requisitos del Tratado", pues "incluso después de iniciado este arbitraje, éstas han presentado ante el MEM recursos de reposición", y "[d]e ser esa vía fútil, las Demandantes, evidentemente, no habrían interpuesto dichos recursos". Al alegar lo anterior, Guatemala hace referencia específicamente a los recursos de reposición interpuestos en contra de las Resoluciones No. 920-2020, 925-2020 y 928-2020, mediante las cuales el MEM rechazó arbitrariamente el ajuste del canon por los mayores valores invertidos en la constitución de las servidumbres del Proyecto PET. 854 Contrario a lo que sugiere Guatemala, el motivo de interposición de recursos administrativos contra estas resoluciones es que, en ellas, el MEM rechazó el 100% de los montos reclamados por TRECSA, a diferencia, por ejemplo, de las Resoluciones del MEM

⁸⁴⁸ ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012 (CL-230) ¶ 269 (citando la nota al pie 294, que refiere al párrafo 111 del laudo).

 $^{^{849}}$ Ídem ¶ 111.

⁸⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 279.

⁸⁵¹ ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012 (CL-230) ¶ 269.

⁸⁵² Ídem.

⁸⁵³ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 280.

⁸⁵⁴ *Ídem*, nota 392.

sobre el Ajuste por Fuerza Mayor, donde el MEM rechazó, aproximadamente el 87% de los montos reclamados,⁸⁵⁵ o las resoluciones del MEM relacionadas a la imposición de nuevos términos contractuales y las resoluciones de los Concejos Municipales (listadas en el Anexo B de las Objeciones Preliminares), que estaban atadas precisamente a dichas solicitudes de Ajuste por Fuerza Mayor. En estos casos, debido a la situación en que se encontraba (y se encuentra) TRECSA y el Proyecto PET como consecuencia de las Medidas del Estado guatemalteco, las Demandantes necesitaban la aplicación del ajuste otorgado, por más mínimo que este fuera, para mantener el Proyecto PET a flote y mitigar sus daños.

404. Ante estas circunstancias, sería un absurdo procesal suponer que las materias que son objeto del presente arbitraje pudieran resolverse ahora mediante un recurso de reposición en un lapso de seis meses. Las Partes ahora están en el arbitraje y es hora de parar con las dilaciones y resolver el caso de una buena vez por todas. Además, debe tenerse en cuenta que la declaración de inadmisibilidad de algunas de las medidas que son objeto de esta Objeción Preliminar,856 no cambiaría el rumbo de este arbitraje,857 y lo único que causaría es agregar injustamente costos legales adicionales a cargo de las Demandantes. Como reconoce el propio Estado,858 y la jurisprudencia internacional,859 el propósito de las reglas sobre agotamiento de recursos administrativos en los tratados internacionales es que el Estado tenga la oportunidad de "enmendar" sus errores.

405. Como se ha expuesto, las circunstancias fácticas demuestran que ese propósito ha sido satisfecho en este caso, pues el gobierno guatemalteco ha tenido diversas y plenas oportunidades de "enmendar" sus errores, donde las Demandantes emplearon todos sus esfuerzos, así como recursos humanos y costos legales significativos, para lograr soluciones respecto de las medidas materia de esta

⁸⁵⁵ Ver Memorial de Demanda ¶¶ 259, 290.

⁸⁵⁶ Como se ha explicado, de las 18 medidas identificadas por Guatemala en el Anexo B de sus Objeciones Preliminares, cuatro no son medidas reclamadas por las Demandantes como violatorias del Tratado y tres fueron sometidas fútilmente al recurso de reposición ante el MEM.

⁸⁵⁷ Conforme a la Resolución Procesal No. 2, el Memorial de Contestación de la Demandada está previsto recién para el 22 de abril de 2024, y la Réplica de las Demandantes está prevista para el 19 de septiembre de 2024. Para entonces, el plazo de seis meses de vía administrativa previsto en el Tratado se habrá cumplido con creces, y se estará en exactamente el mismo lugar en el que nos encontramos ahora, teniendo en cuenta que años de consultas y negociaciones con las mismas autoridades encargadas de resolver esos recursos administrativos no han llegado ni cerca a otorgar a las Demandantes los remedios que reclaman. Recuérdese que aquí no se trataría de recursos *judiciales*, sino de recursos *administrativos* ante las mismas autoridades que emitieron las medidas en cuestión. Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 2022, Anexo A, "Calendario Procesal", § II, "Escenario con Objeciones Preliminares". Además, y en cualquier caso, una declaración de inadmisibilidad no deberá permitir la generación artificial de un argumento de prescripción. *The Renco Group Inc. c. La República del Perú I*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (CL-271) ¶ 188 (declarando insuficiente la renuncia de la demandante sobre acciones locales, pero indicando: "En la opinión unánime del Tribunal, la justicia se vería satisfecha si Perú aceptara que el plazo de prescripción dejó de correr, a los efectos del Artículo 10.18 (1), en el momento en que Renco presentó su Notificación de Arbitraje Modificada el día 9 de agosto de 2011").

⁸⁵⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares ¶ 271.

⁸⁵⁹ Ambiente Ufficio S.P.A. y otros c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 8 de febrero de 2013 (RL-13) ¶ 602.

objeción, no por meses, sino por <u>años</u>. Sin embargo, en cada una de esas oportunidades el Estado optó por mostrarse indiferente y hostil. Nada de lo alegado por Guatemala en esta fase preliminar demuestra que el resultado sería distinto de ser las Demandantes remitidas nuevamente al foro administrativo local respecto de las medidas en cuestión.

- 406. Por tanto, la objeción de Guatemala sobre agotamiento de recursos administrativos locales debe ser rechazada, por no ser requerido dicho agotamiento conforme a las prescripciones específicas del Tratado. Además, según demuestran los hechos del caso, incluso si este requerimiento fuese aplicable, cualquier intento de acudir a la sede administrativa guatemalteca para impugnar los actos administrativos del MEM violatorios del Tratado hubiese sido (y sería) fútil. Por tanto, sería injusto e incompatible con el objeto y fin del Artículo 12.18 del Tratado privar a las Demandantes de su derecho a acudir al arbitraje internacional en aras de arreglar sus diferencias con el Estado guatemalteco.
- 407. Por las razones anteriores, la Objeción Preliminar de la Demandada respecto de agotamiento de la vía administrativa debe ser desestimada.

IV. Petitorio

- 408. Por las razones que anteceden, las Demandantes solicitan al Tribunal Arbitral que:
- a) Rechace las Objeciones Preliminares planteadas por la República de Guatemala, en su totalidad;
- b) Alternativamente, decida sobre las Objeciones Preliminares de la República de Guatemala conjuntamente con el fondo;
- c) Condene a la República de Guatemala a sufragar todos los costos asociados a las Objeciones Preliminares, incluyendo costos administrativos, honorarios profesionales, honorarios de abogados, y desembolsos relacionados.

Respetuosamente,

White + love up

WHITE & CASE

Ciudad de México

Abogados de las Demandantes

1 de septiembre de 2023