

---

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

**DANIEL W. KAPPES**  
Y  
**KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES**  
*Demandantes*

C.

**REPÚBLICA DE GUATEMALA**  
*Demandada*

Caso CIADI N. ° ARB/18/43

---

**MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES  
PRELIMINARES**

---

27 de septiembre de 2019

**WHITE & CASE**<sup>LLP</sup>  
*Abogados de Daniel W. Kappes y  
Kappes, Cassiday & Associates*

## **TABLA DE CONTENIDOS**

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN .....	1
II. LAS RECLAMACIONES DE LOS DEMANDANTES SE SOMETIERON DEBIDAMENTE A ARBITRAJE CONFORME AL ARTÍCULO 10.16.1(A) DEL CAFTA-DR.....	5
A. El sentido corriente del Artículo 10.16.1(A), en contexto, permite a los Demandantes reclamar en nombre propio por los daños sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas contra su inversión .....	6
1. El texto del Artículo 10.16.1(A) y (B) del CAFTA-DR no contiene un lenguaje limitativo o restrictivo.....	8
2. La inclusión de “acciones” en la definición de “inversión” confirma que la reclamación de los Demandantes es procedente .....	12
3. La propia práctica anterior de la Demandada demuestra la procedencia de las reclamaciones por pérdidas reflejas en el marco del CAFTA-DR .....	13
4. La jurisprudencia sobre el TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas.....	15
B. Las reclamaciones de los Demandantes son acordes al objeto y fin del Artículo 10.16.1(a).....	18
1. Permitir la presentación de reclamaciones por pérdidas reflejas es acorde con el objeto y fin del CAFTA-DR de proporcionar medios eficaces de solución de controversias .....	19
2. Los accionistas que presentan reclamaciones por pérdidas reflejas en nombre propio no reciben una indemnización a expensas de los acreedores .....	27
C. Los Demandantes han presentado reclamaciones por pérdidas sufridas por ellos como resultado de las medidas adoptadas contra su inversión .....	31
D. Los Demandantes cumplieron con el requisito de renuncia .....	36
E. El Anexo 10-E del CAFTA-DR no es aplicable en este caso.....	40
III. LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN DE TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DE LOS DEMANDANTES ES ADMISIBLE.....	44
A. El sentido ordinario del Artículo 10.16.2, en su contexto, confirma que la reclamación en relación con el trato de NMF de los Demandantes es admisible .....	46
B. La Notificación de Intención de los Demandantes satisface el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR .....	48
IV. LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS ES OPORTUNA.....	55
A. La Demandada tergiversa el derecho.....	56
B. La Demandada malinterpreta la naturaleza de la reclamación de los Demandantes .....	62
V. CONCLUSIÓN.....	68

## I. INTRODUCCIÓN

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

2. Como se describe en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, este caso se refiere fundamentalmente a las medidas ilegales, arbitrarias y discriminatorias de la Demandada al suspender indefinidamente las licencias de explotación y exportación de Exmingua emitidas válidamente, y negarle la oportunidad de obtener una licencia de explotación adicional para un proyecto contiguo<sup>1</sup>.

3. En un intento por eludir su responsabilidad, la Demandada ha opuesto tres objeciones preliminares conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR sobre las que el Tribunal deberá pronunciarse de manera expedita. Como se establece a continuación, cada una de las tres objeciones no solo carece de fundamento, sino que la Demandada se basa indebidamente en hechos controvertidos o bien se rehúsa a aceptar como ciertos los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, por lo que sus objeciones tampoco resultan adecuadas para ser objeto de pronunciamiento previo<sup>2</sup>.

4. El Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR dispone que “el tribunal decidirá, de una manera expedita, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 4 y cualquier otra objeción en

---

<sup>1</sup> Ver Notificación de Arbitraje de los Demandantes del 9 de noviembre de 2018 (“Notificación de Arbitraje”), párrs. 35-63.

<sup>2</sup> CAFTA-DR, Art. 10.20.4(c) (“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 notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta)... El tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no sea controvertido”) (CL-0001-ENG/SPA); ver también *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADIN. ° ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada del 2 de agosto de 2010 (“*Pac Rim c. El Salvador*, Decisión sobre Objeciones Preliminares”), párr. 112 (RL-0003-ENG) (donde se sostiene que el procedimiento conforme al Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR tiene como finalidad “evitar el tiempo y el costo de un juicio”, por lo que “no puede haber pruebas de la demandada que contradigan los hechos supuestos alegados en la Notificación de Arbitraje; y, en general, no debería ser necesario analizar en profundidad cuestiones complejas de derecho, y menos aún cuestiones jurídicas que dependan de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de hecho y de derecho”).

el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal”<sup>3</sup>. El párrafo 4, a su vez, establece en la parte pertinente que:

un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de 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 10.26<sup>4</sup>.

Como explicó el tribunal en el caso *Pac Rim c. El Salvador*, “la palabra [‘pueda’] reconoce una posición en la que el tribunal considere que eventualmente podría dictarse un laudo confirmando la reclamación del demandante o, igualmente, en la cual el tribunal considere que fue prematuro en esa etapa temprana del procedimiento de arbitraje decidir si podría dictarse un laudo en ese sentido”<sup>5</sup>. Por lo tanto, “para hacer lugar a una objeción preliminar, el tribunal debe haber adoptado la posición, tanto en lo que respecta a todas las cuestiones de hecho relevantes como a todos los hechos alegados o no controvertidos, de que debe dictarse un laudo desestimando de manera definitiva la reclamación del demandante al inicio del procedimiento, sin más”<sup>6</sup>.

5. Tal como señaló asimismo ese tribunal, “hay muchas razones por las cuales un tribunal podría decidir razonablemente abstenerse de ejercer dicha facultad contra un demandante, incluso cuando considere que la reclamación probablemente (aunque no con seguridad) fracasaría si se evalúa solo al momento de la objeción preliminar”<sup>7</sup>. Entre otras cosas, el calendario procesal expedito hace que el procedimiento del Artículo 10.20.5 sea inadecuado para dirimir objeciones que involucren “cuestiones complejas de derecho, y menos aún cuestiones jurídicas que dependan de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de hecho y de derecho”<sup>8</sup>. En realidad, el procedimiento expedito contemplado en el Artículo 10.20.5 “no tiene como finalidad ser un ‘mini juicio’, incluso sin pruebas”<sup>9</sup>. Por

---

<sup>3</sup> CAFTA-DR, Art. 10.20.5 (CL-0001-ENG/SPA).

<sup>4</sup> *Ibid.*, Art. 10.20.4.

<sup>5</sup> *Pac Rim c. El Salvador*, Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 109 (RL-0003-ENG).

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 110.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, párr. 112; *vertambién ibid.*, párr. 246 (donde se sostiene que “el tema de la responsabilidad plantea cuestiones en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley de minería (ya sea tratada como cuestión de hecho o de derecho) que o se toman como ciertas a los efectos de este procedimiento o que, de momento, no pueden decidirse de manera definitiva a favor de la Demandada”); *ibid.*, párr. 246 (donde se señala que, debido a que la cuestión de causalidad planteaba “cuestiones de hecho o cuestiones mixtas de hecho y de derecho”, no era adecuada para ser objeto de trámite previo y expedito).

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 107. El Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR comparte el mismo objeto y fin que la Regla 41(5) de Arbitraje del CIADI, que los tribunales han considerado de manera uniforme que no está diseñada para tratar cuestiones jurídicas complejas o hechos controvertidos. *Ver PNG Sustainable Dev. Programme Ltd. c. Estado*

estas y otras razones que se explican más detalladamente a continuación, cada una de las objeciones de la Demandada deben ser desestimadas.

6. La primera objeción de la Demandada en cuanto a que las reclamaciones de los Demandantes presentadas en nombre propio de conformidad con el Artículo 10.16.1(a) son inadmisibles porque los Demandantes reclaman la indemnización de los daños derivados de las medidas adoptadas contra la empresa guatemalteca de su propiedad, Exmingua, es contraria al lenguaje claro del texto del Tratado, así como a su objeto y fin. De hecho, la interpretación de la Demandada contradice la jurisprudencia uniforme al respecto, e implicaría que los inversionistas estadounidenses en los países firmantes del CAFTA-DR y el TLCAN tienen significativamente menos derechos que los inversionistas amparados por cualquiera de la multitud de tratados bilaterales y multilaterales, respecto de los cuales los tribunales han sostenido, de manera universal, que pueden presentar reclamaciones por pérdidas reflejas.

7. La alegación relacionada de la Demandada de que los Demandantes han incumplido el requisito de renuncia establecido en el Tratado fracasa por la misma razón, ya que los Demandantes no estaban obligados a presentar sus reclamaciones en nombre de Exmingua y, por lo tanto, tampoco debían presentar la renuncia de Exmingua. Además, la Demandada invoca el Anexo 10-E lo cual es improcedente, ya que ese Anexo no tiene aplicación en este caso.

8. La segunda objeción de la Demandada respecto de que la reclamación de los Demandantes por incumplimiento del Artículo 10.4 del CAFTA-DR (Trato de Nación Más Favorecida (“NMF”)) es inadmisibile porque los Demandantes no mencionaron dicha

---

*Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADIN. ° ARB/13/33, Decisión sobre las Excepciones de la Demandada conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, del 28 de octubre de 2015, párr. 89 (CL-0002-ENG) (donde se sostiene que la Regla 41(5) “no tiene como finalidad resolver cuestiones jurídicas nuevas, difíciles o controvertidas, sino solamente aplicar normas de derecho no controvertidas o verdaderamente incontrovertibles a hechos no controvertidos”); *ibid.*, párr. 90 (donde se señala que “[d]ado el carácter preliminar del procedimiento, un tribunal a cuya consideración se hubiera presentado una solicitud conforme a la Regla 41(5) puede no estar en condiciones de pronunciarse sobre hechos controvertidos”); *ver también Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá*, Caso CIADIN. ° ARB/15/14, Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada del 4 de abril de 2016, párr. 96 (CL-0003-SPA/ENG) (“Una disputa fáctica como la que se presenta ante el Tribunal no puede ser resuelta a través de un procedimiento abreviado, sino que lo apropiado y lo previsto en las Reglas de Arbitraje es que sea planteada, probada y decidida con las plenas garantías de un procedimiento ordinario”); *Trans-Global Petroleum Inc. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADIN. ° ARB/07/25, Decisión sobre la Excepción de la Demandada conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 12 de mayo de 2008, párr. 97 (CL-0004-ENG) (donde se sostiene que “[e]n esta etapa temprana del procedimiento, sin pruebas suficientes, el Tribunal no está en condiciones de decidir hechos controvertidos alegados por cualquiera de las partes en un procedimiento sumario”).

disposición del Tratado en su Notificación de Intención, también carece de sustento. Contrariamente al planteo de la Demandada, el sentido corriente de la disposición sobre la notificación (Artículo 10.16.2) no condiciona el consentimiento del Estado al arbitraje a su cumplimiento. La afirmación de la Demandada no solo es incompatible con el lenguaje claro de la disposición, sino que también contradice el objeto y fin del Tratado, que es permitir una oportunidad para arribar a un acuerdo negociado. Ese objetivo fue cumplido por la Notificación de Intención de los Demandantes, que proporcionó la base fáctica de la reclamación de los Demandantes por violación de la obligación de trato de NMF al afirmar, entre otras cosas, que “los tribunales guatemaltecos no han podido pronunciarse de manera consistente en comparación con otros casos”<sup>10</sup>.

9. Finalmente, la tercera objeción de la Demandada en cuanto a que la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas ha prescrito, debido a que los Demandantes supuestamente tomaron conocimiento de la violación y el daño resultante en el año 2012 (más de tres años antes de la presentación de su Notificación de Arbitraje), se basa en un malentendido fundamental de la mencionada reclamación<sup>11</sup>. Como se describe en la Notificación de Arbitraje y más detalladamente a continuación, los Demandantes no alegan que la falta de intervención de la Demandada para responder de manera razonable y oportuna a las protestas y bloqueos que les impidieron, a ellos y a Exmingua, acceder a los sitios de sus proyectos mineros y comenzar las operaciones durante casi dos años constituya una violación del Tratado por la cual reclaman daños y perjuicios. En cambio, la reclamación se funda en que la Demandada no proporcionó protección y seguridad plenas en relación con las protestas y bloqueos que comenzaron en el año 2016, con motivo de la sentencia de la Corte Suprema dictada en noviembre de 2015 y las subsecuentes medidas adoptadas por el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) en respuesta. Entre otras cosas, este incumplimiento impidió que

---

<sup>10</sup> Notificación de Intención de los Demandantes del 16 de mayo de 2018 (“Notificación de Intención”), pág. 3.

<sup>11</sup> Las alegaciones de la Demandada de que Exmingua es responsable de las protestas y bloqueos que tuvieron lugar en el sitio del Proyecto (ver Objeciones preliminares de la Demandada conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR del 16 de agosto de 2019 (“Memorial de OP de la Demandada”), párrs. 17, 19) son jurídicamente irrelevantes, así como fácticamente incorrectas. La Demandada ni siquiera intenta explicar de qué modo tales acusaciones afectarían la fecha en que los Demandantes tomaron conocimiento por primera vez o deberían haber tomado conocimiento del incumplimiento y que habían sufrido daños como resultado. En cualquier caso, Exmingua, con la asistencia de consultores profesionales, realizó consultas como parte del proceso de obtención de su licencia de explotación para el proyecto Progreso VII. Ver Notificación de Arbitraje, párr. 39. A pesar de que se solicitaron comentarios y objeciones al proyecto, no se recibió ninguno. Ver *ibid.*, párr. 39. Del mismo modo, la crítica de la Demandada de que los Demandantes “no revelan importantes detalles de su adquisición de Exmingua y su entrada en Guatemala”, en su Notificación de Arbitraje, es inapropiada. Ver Memorial de OP de la Demandada, párr. 3. Si bien es posible que se proporcionen esos detalles en un memorial sobre el fondo, no es algo que se requiera ni se espere que contenga una Notificación de Arbitraje. Estos supuestos hechos tampoco resultan relevantes para ninguna de las objeciones preliminares planteadas por la Demandada.

Exmingua realizara las consultas sociales requeridas para completar su Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”) para Santa Margarita, a fin de obtener una licencia de explotación. Por lo tanto, la objeción de la Demandada no solo carece de sustento legal, sino que también requiere profundizar en cuestiones de hecho controvertidas que se relacionan íntegramente con el fondo del caso, lo que la hace particularmente inadecuada para ser dirimida de manera expedita en esta etapa preliminar.

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

10. En su Memorial sobre Objeciones Preliminares, la Demandada sostiene que, según el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, “la legitimación de los [Demandantes] se limita a las reclamaciones por pérdidas derivadas de daño directo a sus derechos accionariales”<sup>12</sup>, tales como el derecho de voto que le otorgan sus acciones y el derecho a cualquier dividendo declarado<sup>13</sup>. Según la Demandada, las reclamaciones de los Demandantes presentadas en nombre propio de conformidad con el Artículo 10.16.1(a) son inadmisibles, debido a que “los Demandantes solicitan compensación por las supuestas lesiones a los derechos de Exmingua...”<sup>14</sup>. La Demandada sostiene que los Demandantes solo podrían haber sometido sus reclamaciones a arbitraje en representación de Exmingua, en virtud del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR<sup>15</sup>. En razón de que los Demandantes no lo hicieron y, por lo tanto, no presentaron una renuncia en nombre de Exmingua, la Demandada alega que ha sufrido un perjuicio, que el Tribunal carece de jurisdicción y que las reclamaciones de los Demandantes deben ser desestimadas<sup>16</sup>.

11. La Demandada plantea además que, debido a que Exmingua no había finalizado su apelación ante la Corte de Constitucional de Guatemala del amparo definitivo dictado por la Corte Suprema que suspendió el Proyecto Progreso VII, recurso que se encuentra en trámite ante la Corte hace más de tres años<sup>17</sup>, las reclamaciones de los Demandantes entran en

---

<sup>12</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 6.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 42(a) (donde se cita el *Caso Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Bélgica c. España)*, Sentencia del 5 de febrero de 1970, 1970 Informe 3 de la CIJ (“*Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia”), párr. 47 (RL-0006-ENG)).

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 6; *ver también ibid.*, párr. 1 (donde se afirma que los Demandantes reclaman una indemnización “por supuestos daños causados a [Exmingua]”); *ibid.*, párr. 37 (donde se alega que “las Reclamaciones fueron presentadas en nombre de los Demandantes, pero por las supuestas pérdidas de Exmingua”).

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párrs. 12, 38, 39, 69.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 21.

conflicto con la disposición sobre renuncia del CAFTA-DR y deben ser desestimadas<sup>18</sup>. Por último, la Demandada afirma que las reclamaciones anteriores de Exmingua incoadas ante los tribunales guatemaltecos solicitando un amparo que ordene a la policía mantener el orden público viola el Anexo 10-E, lo cual priva al Tribunal de jurisdicción sobre la reclamación de los Demandantes por incumplimiento del deber de otorgar protección y seguridad plenas<sup>19</sup>.

12. Las objeciones de la Demandada carecen de fundamento. Como se demuestra a continuación, el sentido corriente del Artículo 10.16.1(a), en contexto, permite a los Demandantes presentar reclamaciones en nombre propio por la pérdida de valor de su participación directa e indirecta en Exmingua, ocasionada como resultado de las medidas adoptadas por la Demandada contra Exmingua. Asimismo, las reclamaciones de los Demandantes son coherentes con el objeto y fin del Tratado, mientras que la interpretación de la Demandada no lo es. Esto queda demostrado además por la propia práctica estatal anterior de la Demandada, así como por la jurisprudencia uniforme de los tribunales en arbitrajes relativos a inversiones. Por último, los Demandantes cumplieron con el requisito de renuncia, y el Anexo 10-E del CAFTA-DR no es aplicable al caso que nos ocupa.

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

13. La Demandada afirma que las reclamaciones de los Demandantes deben ser desestimadas porque los Demandantes presentaron reclamos en virtud del Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, supuestamente por daños ocasionados a su inversión, Exmingua, en lugar de por daños directos a ellos mismos<sup>20</sup>. Según la Demandada, los Demandantes deberían haber presentado sus reclamaciones *en nombre de Exmingua*, de conformidad con el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR<sup>21</sup>. En apoyo de su argumento, la Demandada invoca los Artículos correspondientes contenidos en el TLCAN —Artículos 1116 y 1117— y sostiene que un inversionista no puede presentar una reclamación por pérdidas derivadas o reflejas conforme al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR (o en virtud del Artículo 1116 del TLCAN)<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, párrs. 69-70.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párrs. 7, 75-78.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párrs. 5-6.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 38 (donde se señala que “cuando un demandante solicita compensación por daños a una empresa de su propiedad o que está bajo su control, el CAFTA-DR exige que el demandante presente la reclamación en nombre de la empresa”).

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 45 (donde se afirma que “el daño indirecto sufrido por el accionista, también llamado pérdida reflexiva [refleja], no puede recuperarse bajo el Artículo 1116 del TLCAN”).



Además, la Demandada sostiene que un accionista mayoritario puede reclamar por la pérdida de valor de sus acciones, pero solo indirectamente, si presenta una reclamación en nombre de la empresa de conformidad con el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR (o el Artículo 1117 del TLCAN)<sup>23</sup>.

14. El lenguaje claro del Artículo 10.16.1(a) y (b), interpretado en contexto<sup>24</sup>, contradice lo afirmado por la Demandada de que los Demandantes presentaron sus reclamaciones de manera incorrecta en virtud del Artículo 10.16.1(a). El Artículo 10.16.1(a) y (b) establece que:

a) el demandante, por cuenta propia, *podrá* someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, ... y (ii) que el demandante ha sufrido *pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta...*

b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, *podrá*, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue (i) que el demandado ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A,... y (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta<sup>25</sup>.

La interpretación de estas disposiciones de acuerdo con su sentido corriente, en contexto, disipa cualquier duda respecto de que las reclamaciones de los Demandantes han sido correctamente presentadas conforme al Artículo 10.16.1(a)<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 42(b) (donde se afirma que “si el daño del demandante es sólo indirecto, es decir, si sus acciones perdieron valor como resultado de un daño causado a la empresa, ese demandante tiene que someter una reclamación en representación de la empresa que ha sufrido el daño bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR”).

<sup>24</sup> El contexto de una disposición incluye las demás disposiciones del tratado, incluido su preámbulo. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969 (“Convención de Viena”), Art. 31(2) (CL-0005-ENG/SPA) (“Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...”).

<sup>25</sup> CAFTA-DR, Art. 10.16.1 (CL-0001-ENG/SPA) (énfasis añadido).

<sup>26</sup> *Ver, por ejemplo, Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADIN. ° ARB/02/3, Decisión sobre las Excepciones a la Jurisdicción de la Demandada del 21 de octubre de 2005, párr. 91 (CL-0006-ENG/SPA) (“La interpretación prevista en el Artículo 31 de la Convención de Viena es un proceso de círculos concéntricos, en que el intérprete comienza a considerar, en el marco de la norma general, 1) el sentido corriente de los términos del tratado, 2) en su contexto, y 3) a la luz del objeto y del fin del tratado, y recorriendo esa senda hermenéutica de tres pasos avanza hacia la interpretación apropiada”).

**1. El texto del Artículo 10.16.1(A) y (B) del CAFTA-DR no contiene un lenguaje limitativo o restrictivo**

15. El Artículo 10.16.1(a) o (b) no contiene un lenguaje restrictivo o limitativo que respalde la afirmación de la Demandada de que un inversionista no puede presentar una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a) en nombre propio por un supuesto perjuicio “indirecto”, como consecuencia del daño ocasionado al valor de su inversión en una empresa o su participación accionaria, en lugar de un presunto perjuicio “directo”. El Artículo 10.16.1(a) tampoco contiene ninguna expresión restrictiva o limitativa que respalde lo afirmado por la Demandada en el sentido de que un accionista mayoritario que sea propietario o tenga el control de una empresa no puede presentar una reclamación de conformidad con dicho Artículo, si su reclamación es por daños derivados de medidas adoptadas contra su inversión. Por el contrario, el sentido corriente del texto confirma que un demandante puede someter una reclamación a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a) en la que alegue una violación del Tratado cuando el demandante haya sufrido pérdidas o daños como consecuencia de esa violación.

16. De conformidad con el artículo 31(1) de la Convención de Viena, una interpretación de buena fe debe tener en cuenta las consecuencias que “razonable y legítimamente se considere que los Estados Partes deben haber previsto como resultado de sus compromisos”<sup>27</sup>. Por aplicación de este principio, los tribunales han rechazado los intentos de interpretar términos limitativos o restrictivos en el lenguaje de las disposiciones convencionales que no estuvieran respaldados por el texto de las disposiciones o su contexto<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> J. ROMESH WEERAMANTRY, TREATY INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION, págs. 47-48 (2012) (CL-0007-ENG); *ver también Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADIN. ° ARB/82/1, Laudo del 25 de febrero de 1988 (“*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Laudo”), párr. 4.10 (CL-0008-ENG/FR) (“En opinión del Tribunal, un acuerdo de arbitraje, al igual que cualquier otro acuerdo, debe ser interpretado de conformidad con el principio de buena fe. En otras palabras, la interpretación debe tener en cuenta las consecuencias que las partes razonable y legítimamente deben haber previsto como resultado de sus compromisos”); *Amco Asia Corp. y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI N. ° ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, párr. 14(i)(a) (CL-0009-ENG) (“[T]odo acuerdo, incluidos los acuerdos de arbitraje, debe interpretarse de buena fe, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos asumidos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han previsto”); *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADI N. ° ARB/97/4, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 24 de mayo de 1999, párr. 34 (CL-0010-ENG) (donde se cita el mismo caso con aprobación); *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República Eslovaca*, Caso CIADIN. ° ARB/97/4, Decisión del Tribunal sobre la Excepción Adicional y Parcial a la Jurisdicción de la Demandada del 1 de diciembre de 2000, párr. 25 (CL-0011-ENG) (misma cita).

<sup>28</sup> *Ver, por ejemplo, Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción del 21 de diciembre de 2012 (“*Teinver c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 212 (CL-0012-ENG/SPA) (“Cabe destacar que los tribunales del

17. Los tribunales, por ejemplo, se han negado de manera uniforme a restringir la protección de los tratados de inversión a inversiones “directas” y a desestimar las reclamaciones en las que la inversión se haya realizado indirectamente, en los casos en que la definición de “inversión” no contenía ese tipo de lenguaje restrictivo<sup>29</sup>. El tribunal en el caso *Siemens c. Argentina* rechazó así la excepción opuesta por Argentina de que el tribunal carecía de jurisdicción debido a que la inversión de la demandante era indirecta. Como motivación de su decisión, el tribunal explicó que había “realizado un análisis detallado de las referencias que se hacen en el Tratado con respecto a los términos ‘inversión’ e ‘inversor’”, y observó que “no hay ninguna referencia explícita a la inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado”<sup>30</sup>. Tras examinar la definición de “inversión”, el tribunal destacó que era “muy general”<sup>31</sup>. Al mencionar que entre los activos que figuran, a modo ilustrativo, como inversiones estaban las “acciones”, el tribunal sostuvo que:

---

caso *Suez* concluyeron que el Tratado no *limitaba* los derechos de los accionistas de plantear reclamaciones ‘derivadas’. Los tribunales rechazaron expresamente la idea de que existiera una selección automática en el derecho internacional aplicable a las inversiones que restrinja qué tipo de derechos se pueden plantear. En tal sentido, los tribunales se han negado a regirse por el derecho societario interno. Siguiendo esta lógica, el hecho de que el Tratado no permita expresamente las acciones ‘derivadas’ resulta irrelevante, porque el concepto mismo de reclamación ‘derivada’ es ajeno al Tratado o al Convenio del CIADI”) (énfasis en el original) (donde se cita el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de mayo de 2006 (“*Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 49 (CL-0013-ENG/SPA); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2006 (“*Suez y Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 49 (CL-0014-ENG/SPA)); *MNSS B.V. y Recupero Credito Acciaio N.V. c. Montenegro*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/12/8, Laudo del 4 de mayo de 2016, párr. 178 (CL-0015-ENG) (“[S]i Montenegro y los Países Bajos hubieran querido limitar la aplicación del TBI a las personas jurídicas que tengan un vínculo genuino con uno de los Estados Contratantes, podrían haberlo hecho. En realidad, el objetivo de las partes del TBI parece haber sido todo lo contrario: ofrecer una protección amplia solamente con el requisito de constitución”); *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de abril de 2010, párr. 158 (CL-0016-ENG) (“[S]i las Partes deseaban limitar la definición de inversión a ciertos tipos de activos o, excluir ciertos activos, como préstamos, podrían haber incorporado dicha restricción a esta disposición”) (se omite la cita); *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2004 36, 52, 77 (CL-0017-ENG) (“[N]o corresponde a los tribunales imponer límites al alcance de los TBI que no se encuentren en el texto... no consideramos que los árbitros deban inferir limitaciones en los TBI que no se encuentren en el texto... La Demandada solicita al Tribunal que infiera, sin fundamento textual, que el TBI entre Ucrania y Lituania requiere que la Demandante demuestre además que el capital utilizado para realizar una inversión en Ucrania provino de fuentes no ucranianas. Sin embargo, en nuestra opinión, ni el texto de la definición de ‘inversión’, ni el contexto en el que se define el término, ni el objeto y fin del Tratado permiten que se considere implícito tal requisito de origen del capital. El requisito está claramente ausente en el texto”).

<sup>29</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004 (“*Siemens c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 137 (CL-0018-ENG/SPA) (“El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas”).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

[e]l sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas<sup>32</sup>.

18. El tribunal del caso *Waste Management c. México II* rechazó de manera similar la excepción de México de que, debido a que la demandante no tenía una participación directa en la empresa local afectada, en la que poseía acciones a través de una empresa intermediaria constituida en un Estado no perteneciente al TLCAN, no reunía los requisitos para ser considerado “inversor” en virtud del tratado:

Cuando un tratado consigna en detalle y con precisión los requisitos necesarios para hacer una reclamación, no cabe la implicación de que el tratado incorpora otros requisitos, ya sea con base en supuestos requisitos de derecho internacional general en el campo de la protección diplomática o de otro tipo. Si las Partes del TLCAN hubiesen deseado restringir sus obligaciones en materia de conducta a empresas o inversiones que tuviesen la nacionalidad de una de las otras Partes, habrían podido hacerlo. De igual modo, habrían podido restringir las reclamaciones sobre daños o pérdidas haciendo referencia a la nacionalidad de la empresa que sufrió el perjuicio directo. En el texto no existen restricciones de tal naturaleza<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*; ver también *Noble Energy Inc. y Machala Power Cía. Ltd. c. República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI N.º ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción del 5 de marzo de 2008 (“*Noble Energy Inc. c. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 77 (CL-0019-ENG/SPA) (“El Tribunal coincide con tribunales anteriores que han sostenido que un accionista indirecto puede plantear una reclamación en el marco del Convenio del CIADI y de un TBI en relación con una inversión directa y una inversión indirecta. A falta de una disposición en contrario, el TBI y el Convenio del CIADI admiten acciones de reparación de daños y perjuicios formuladas por accionistas indirectos”); *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia del 19 de junio de 2009, párrs. 106-107 (CL-0020-ENG/SPA) (“[E]l Tribunal interpreta, que las Partes Contratantes en su intención de promover y proteger las inversiones, optaron por definir las a través de una formulación amplia que por regla general amparara todo tipo de inversiones. Adicionalmente, a consideración del Tribunal no se ha presentado prueba que las inversiones indirectas no estén ‘de conformidad con las leyes y reglamentos’ de la República del Perú. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra indicaciones en el [tratado] que lo lleven por principio a excluir del ámbito de aplicación del Tratado las inversiones indirectas de nacionales chinos en territorio peruano particularmente cuando se prueba que ejercen la propiedad y el control sobre las mismas. El Tribunal espera que una limitación en este sentido hubiese sido plasmada de forma expresa en el [tratado]. Por ejemplo, las Partes Contratantes [del tratado] bien pudieron acordar un artículo por medio del cual le denegarían los beneficios del Tratado a aquellos inversionistas calificados bajo el mismo, pero con inversiones canalizadas a través de terceros países”); *Venezuela Hldgs. B.V. y otros (anteriormente Mobil Corp. y otros) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2010, párr. 165 (CL-0021-ENG) (“La definición de inversión dada en el Artículo 1 es muy amplia. Incluye... acciones... El sentido claro de esta disposición es que las acciones u otro tipo de participaciones de accionistas holandeses en una empresa o en una *joint venture* que hayan realizado inversiones en territorio venezolano están protegidas por el Artículo 1. El TBI no exige que no haya empresas interpuestas... [U]na lectura literal del TBI no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya las inversiones indirectas”).

<sup>33</sup> *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/03, Laudo del 30 de abril de 2004, párr. 85 (CL-0022-ENG/SPA).

19. El Artículo 10.16.1(a)(i)(A) y (ii) estipula que el demandante puede someter a arbitraje una reclamación en nombre propio en la que alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A y “que el demandante ha sufrido *pérdidas o daños* en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”<sup>34</sup>. El CAFTA-DR no define el término “pérdida o daño”. Por consiguiente, y dada la forma indefinida del término, no hay ningún fundamento para inferir un lenguaje adicional en ese término de modo de restringirlo a una supuesta pérdida o daño “directo” o “pérdida o daño, pero no pérdida o daño reflejo”.

20. Además, las palabras “en virtud de dicha violación o como resultado de ésta” inmediatamente después de la frase “pérdida o daño” respaldan aún más su sentido amplio<sup>35</sup>. Estas palabras señalan un enfoque amplio de la relación de causalidad<sup>36</sup>, que se socavaría si la frase “pérdida o daño” se interpretara de manera restrictiva.

21. Por último, el texto del Artículo 10.16.1(b), al igual que el del Artículo 10.16.1(a), es claramente permisivo, y no imperativo, tal como sostuvo el tribunal en el caso *Pope & Talbot*

---

<sup>34</sup> CAFTA-DR, Art. 10.16.1 (CL-0001-ENG/SPA) (énfasis añadido).

<sup>35</sup> La redacción de las cláusulas modelo de arbitraje que utilizan frases similares tiene la intención de abarcar una amplia variedad de controversias contractuales. *Ver, por ejemplo*, Cláusula modelo de arbitraje de la CCI, disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/> (CL-0023-ENG/SPA) (“Todas las controversias que *deriven del* presente contrato o que *guarden relación con* éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”) (énfasis añadido); CNUDMI Modelo de cláusula compromisoria para los contratos, disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, pág. 29 (CL-0024-ENG/SPA) (“Todo litigio, controversia o reclamación *resultante de* este contrato o *relativo a* este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”) (énfasis añadido); Cláusula recomendada por la LCIA, disponible en: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Recommended\\_Clauses.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx) (CL-0025-ENG) (“Toda controversia que *surja de* este contrato o *en relación con* él, incluida cualquier cuestión relacionada con su existencia, validez o extinción, será sometida a arbitraje y resuelta mediante dicho mecanismo de conformidad con el Reglamento de la LCIA, que se considera incorporado por referencia a esta cláusula...”) (énfasis añadido).

<sup>36</sup> *Ver, por ejemplo*, *Entes Industrial Plants Construction and Erection Contracting Co. Inc. c. Ministerio de Transporte y Comunicaciones de la República de Kirguistán*, CNUDMI, Laudo Definitivo del 29 de septiembre de 2015, párr. 715 (CL-0026-ENG) (“Con respecto a la cuestión de la jurisdicción, la Cláusula 67.1 le otorga un alcance muy amplio a la cláusula compromisoria. Se aplica a ‘cualquier tipo de controversia’ que ‘surja entre el Empleador y el Contratista con motivo del Contrato o la ejecución de las obras, o que se relacione con ellos’. El presente reclamo se refiere al cumplimiento de una parte del trabajo y al pago presuntamente indebido de esta parte a un subcontratista como resultado de la conducta del Empleador. La controversia está ‘relacionada con’ la ejecución de las obras. El Tribunal tiene jurisdicción”); *ver también SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI N.º ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 132(b) (CL-0027-ENG) (“El término general ‘controversias relativas a inversiones’ puede contrastarse con el término más específico ‘[c]ontroversias... relativas a la interpretación o aplicación de las disposiciones de este Acuerdo’ en el Artículo IX. Si los Estados Partes del TBI hubieran querido limitar el arbitraje entre inversores y Estados a reclamaciones relacionadas con incumplimientos de las normas sustantivas contenidas en el TBI, lo habrían dicho expresamente, utilizando este lenguaje o uno similar.”).

c. *Canadá* con respecto al texto correspondiente de los artículos 1116 y 1117 del TLCAN<sup>37</sup>. Por lo tanto, si un inversor es propietario o tiene el control de una empresa, tiene la opción adicional de presentar una reclamación de conformidad con el artículo 10.16.1(b), pero no es necesario que lo haga. Si, según plantea erróneamente la Demandada, el Tratado *requiriera* que los demandantes que fueran propietarios o tuvieran el control de una empresa afectada en un Estado receptor presentaran reclamaciones *en nombre de su empresa* conforme al Artículo 10.16.1(b) para reclamar (indirectamente) una indemnización por la pérdida de valor de sus acciones, el Tratado lo habría previsto. Hubiera sido fácil para los Estados Partes haber redactado el Artículo 10.16.1(b) de modo tal de establecer que, cuando un demandante sea propietario o tenga el control de una empresa y reclame la indemnización de las pérdidas ocasionadas a sus acciones en la empresa, *únicamente* podrá presentar reclamaciones en nombre de esa empresa, y *no* podrá presentar reclamaciones en nombre propio de conformidad con el Artículo 10.16.1(a). Sin embargo, no lo hicieron, y no hay ninguna disposición en el Tratado que respalde la interpretación de que los Demandantes —que son propietarios y tienen el control de Exmingua— no pueden presentar sus reclamaciones en nombre propio por daños a su inversión, Exmingua, o por la pérdida de valor de sus acciones en Exmingua como resultado de la violación de la Demandada, con arreglo al Artículo 10.16.1(a), y debían haber presentado esas reclamaciones en nombre de Exmingua conforme al Artículo 10.16.1(b).

## 2. **La inclusión de “acciones” en la definición de “inversión” confirma que la reclamación de los Demandantes es procedente**

22. La definición del término “inversión” en el Artículo 10.28 del CAFTA-DR, que también proporciona contexto para interpretar el Artículo 10.16.1(a), respalda aún más la interpretación de los Demandantes y contradice la posición de la Demandada. Esto se debe a que la definición incluye, entre otras cosas, acciones en empresas<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Ver *Pope & Talbot, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Daños del 31 de mayo de 2002 (“*Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños”), párr. 79 (CL-0028-ENG) (“El artículo 1117 es permisivo, no imperativo, en su redacción ‘podrá someter a arbitraje’”).

<sup>38</sup> CAFTA-DR, Art. 10.28 (CL-0001-ENG/SPA) (“Para los efectos de este Capítulo: ... **inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa...” (énfasis en el original)).

23. En la medida en que un demandante amparado tenga acciones en una empresa protegida, dicho demandante habrá realizado una inversión a los efectos del Tratado. La inversión de ese demandante son sus acciones en la empresa, ya sea que se trate de una participación minoritaria o mayoritaria. De conformidad con el Artículo 10.16.1(a), tal demandante tiene derecho a presentar una reclamación por los daños ocasionados en caso de violación del Tratado. De hecho, el daño más común que sufre un accionista como consecuencia de medidas adoptadas contra su inversión en una empresa es la pérdida de valor de su participación. Privar a los inversores de la capacidad de recuperar dicha pérdida haría que la protección del Tratado fuera “ilusoria”<sup>39</sup>.

24. Como se demostró anteriormente, “la interpretación [de un tratado] debe tener en cuenta las consecuencias que las partes razonable y legítimamente deben haber previsto como resultado de sus compromisos”<sup>40</sup>. No habría tenido ningún sentido que los Estados Partes del CAFTA-DR incluyeran “acciones” en la definición de “inversión” y otorgara a un demandante que ha realizado una inversión de capital en una empresa la capacidad de iniciar un arbitraje, si dicho demandante tuviera prohibido presentar reclamaciones por daños ocasionados a sus acciones como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado demandado contra la empresa. Ciertamente, los Demandantes consideraron “razonable y legítimamente” que el Tratado les proporcionaba la posibilidad de presentar una demanda de arbitraje para reclamar una indemnización por el daño sufrido como resultado de las medidas tomadas por la Demandada contra Exmingua.

### **3. La propia práctica anterior de la Demandada demuestra la procedencia de las reclamaciones por pérdidas reflejas en el marco del CAFTA-DR**

25. La propia práctica anterior de la Demandada confirma que el sentido corriente del Artículo 10.16.1(a), en contexto, permite a los demandantes presentar reclamaciones en nombre propio por la pérdida de valor de sus acciones en una empresa que ha sido objeto de medidas que violan las obligaciones del Estado demandado en virtud del tratado.

---

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, *Yury Bogdanov c. República de Moldavia*, Arbitraje de la CCE N.º V114/2009, Laudo Definitivo del 30 de marzo de 2010 (“*Yury c. Moldavia*, Laudo Definitivo”), párr. 67 (CL-0029-ENG) (“[L]os daños ocasionados a dicha empresa, que indirectamente concierne al inversor, le da derecho a reclamar la protección del tratado. ‘El accionista podrá entonces presentar reclamaciones por medidas lesivas adoptadas por el Estado receptor contra la empresa local que afecten su valor y rentabilidad’. De lo contrario, la protección ofrecida por los tratados bilaterales y multilaterales de inversión se tornaría bastante ilusoria.”) (se omite la cita).

<sup>40</sup> J. ROMESH WEERAMANTRY, TREATY INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION 47-48 (2012) (CL-0007-ENG); *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Laudo, párr. 4.10 (CL-0008-ENG/FR); ver también *supra* nota al pie 27.

26. En el caso *TECO c. Guatemala*, la demandante tenía una participación minoritaria en una empresa guatemalteca, EEGSA<sup>41</sup>. TECO presentó una reclamación en virtud del CAFTA-DR de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)<sup>42</sup>, en la que alegó que Guatemala había incumplido la obligación de trato justo y equitativo en relación con la forma en que había establecido las tarifas de electricidad de EEGSA<sup>43</sup>. Como consecuencia de la imposición de esas tarifas, los ingresos y la rentabilidad de EEGSA disminuyeron drásticamente y, por consiguiente, el valor de la participación minoritaria indirecta de TECO también se redujo<sup>44</sup>. TECO no sufrió, ni alegó, ningún daño que la Demandada caracterice como daño “directo”. TECO, a través de su cadena de propiedad indirecta, seguía siendo titular de sus acciones en EEGSA, y Guatemala no interfirió en sus derechos de voto y de recibir su parte de los dividendos distribuidos por EEGSA. Su reclamación de daños fue por pérdida “derivada” o “refleja”<sup>45</sup>.

27. A pesar de que Guatemala opuso numerosas excepciones a la jurisdicción y admisibilidad respecto de la reclamación de TECO, *no* planteó ninguna excepción en cuanto a que TECO no tuviera derecho a presentar una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a) por la presunta pérdida refleja<sup>46</sup>. La posición de la Demandada en este arbitraje en el sentido de que el Artículo 10.16.1(a) no permite que un demandante presente una reclamación por pérdida refleja es, por lo tanto, totalmente contradictoria con su práctica anterior en el caso *TECO*. También contradice la decisión del tribunal en *TECO*, que otorgó daños a la empresa en base a su parte en la pérdida de ingresos que el Tribunal concluyó que habría obtenido si las tarifas de EEGSA se hubieran establecido de acuerdo con la obligación establecida en el Tratado de otorgar a su inversión un trato justo y equitativo<sup>47</sup>.

28. El intento de la Demandada de dejar de lado su práctica estatal contradictoria, así como la jurisprudencia desfavorable del caso *TECO*, al señalar en una nota al pie de página que “[e]n Teco, el inversor no era propietario ni controlaba directa o indirectamente la

---

<sup>41</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N. ° ARB/10/23, Notificación de Arbitraje del 20 de octubre de 2010 (“*TECO c. Guatemala*, Notificación de Arbitraje”), párr. 26 (CL-0030-ENG/SPA); *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADI N. ° ARB/10/23, Laudo del 19 de diciembre de 2013 (parcialmente anulado) (“*TECO c. Guatemala*, Laudo”), párr. 438 (CL-0031-ENG/SPA).

<sup>42</sup> *TECO c. Guatemala*, Notificación de Arbitraje, párr. 23 (CL-0030-ENG/SPA).

<sup>43</sup> *Ibid.*, párrs. 74-78.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 69; *TECO c. Guatemala*, Laudo, párrs. 333, 716, 744 (CL-0031-ENG/SPA).

<sup>45</sup> *TECO c. Guatemala*, Laudo, párr. 716 (CL-0031-ENG/SPA).

<sup>46</sup> *Ibid.*, párrs. 437-441, 488.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 742.



empresa, por lo que no podía hacer uso del artículo 10.16.1 (b)”<sup>48</sup>, fracasa. Si bien TECO no podría haber presentado una reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1(b), el hecho es que sí presentó una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a) por pérdida refleja y se le otorgó una indemnización por dicha pérdida, aunque la Demandada ahora sostenga que ningún demandante puede presentar una reclamación por pérdida refleja en virtud del Artículo 10.16.1(a) o (b)<sup>49</sup>.

29. Lo anterior resalta el carácter insostenible de la posición de la Demandada. Si la Demandada estuviera en lo correcto, los accionistas minoritarios quedarían completamente desprotegidos, sin poder presentar una reclamación por pérdida refleja. Tal resultado es incompatible con el texto, así como con el objeto y el fin del Tratado. Además, es incompatible con el argumento de la Demandada, así como con el texto del CAFTA-DR, concluir que un accionista minoritario puede hacer un reclamo en nombre propio por pérdida refleja conforme al Artículo 10.16.1(a), pero que un accionista mayoritario no puede hacerlo, y solo puede presentar una reclamación en nombre de una empresa, de conformidad con el Artículo 10.16.1(b)<sup>50</sup>.

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

30. Tal como reconoce la Demandada, los artículos 1116 y 1117 del TLCAN se corresponden con los artículos 10.16.1(a) y (b) del CAFTA-DR, respectivamente<sup>51</sup>. Según

---

<sup>48</sup> Memorial de OP de la Demandada, nota al pie 55.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 45 (donde se afirma que “el daño indirecto sufrido por el accionista, también llamado pérdida reflexiva [refleja], no puede recuperarse bajo el Artículo 1116 del TLCAN” (se omite la cita)); *ibid.*, párr. 42(b) (donde se señala que “si el daño del demandante es sólo indirecto, es decir, si sus acciones perdieron valor como resultado de un daño causado a la empresa, ese demandante tiene que someter una reclamación en representación de la empresa que ha sufrido el daño bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR”, en cuyo caso la empresa sería indemnizada por sus pérdidas “directas” y los inversionistas serían indemnizados indirectamente por sus pérdidas, pero no podrían presentar reclamaciones por pérdidas reflejas) (se omite la cita).

<sup>50</sup> Las demandantes en el caso *TCW Group, Inc y Dominican Energy Holdings, L.P.* también presentaron reclamaciones en virtud del CAFTA-DR en nombre propio por pérdida refleja. Ver *TCW Group, Inc. y Dominican Energy Hldgs., L.P. c. República Dominicana*, CAFTA-DR, CNUDMI, Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada del 21 de noviembre de 2008, párr. 1 (CL-0032-ENG/SPA) (“En este arbitraje, las Demandantes alegan ‘pérdidas catastróficas’ para su compañía subsidiaria Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. (‘EDE Este’) provocadas presuntamente por las medidas adoptadas por la República Dominicana”). Esta reclamación se resolvió conforme a un laudo de mutuo acuerdo. Ver *TCW Group, Inc. y Dominican Energy Hldgs. L.P. c. República Dominicana*, CAFTA-DR, CNUDMI, Laudo de Mutuo Acuerdo del 16 de julio de 2009 (CL-0033-ENG/SPA).

<sup>51</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 45 (“El Artículo 1116 [similar al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR] y... el Artículo 1117 [similar al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR]” (donde se cita el Memorial presentado por los Estados Unidos en el caso *Clayton c. Canadá* del 29 de diciembre de 2017, párr. 5 (RL-0008-

señalan la Sra. Meg Kinnear y la Sra. Andrea Bjorklund en su Guía del Capítulo Once del TLCAN, “el Artículo 1116 sí permite que un inversionista de una Parte presente una reclamación en la que alegue que ha sido perjudicado debido a los daños ocasionados a su inversión, incluida una inversión que se trate de una empresa”<sup>52</sup>.

31. En efecto, los tribunales en casos relativos al TLCAN han rechazado, en reiteradas oportunidades, las objeciones de los Estados demandados en cuanto a que los demandantes no pueden reclamar por pérdidas reflejas conforme al Artículo 1116 del TLCAN, medidas por el menoscabo al valor de su participación en una empresa. Del mismo modo, los tribunales han rechazado la afirmación de que los accionistas mayoritarios solo pueden reclamar por pérdidas reflejas indirectamente, mediante la presentación de reclamaciones en nombre de la empresa de su propiedad o bajo su control, de conformidad con el Artículo 1117.

32. En el caso *GAMI c. México*, por ejemplo, la demandante GAMI era una accionista minoritaria en GAM, una empresa mexicana cuyos activos habían sido expropiados<sup>53</sup>. México se opuso a la legitimación activa de GAMI conforme al Artículo 1116 del TLCAN<sup>54</sup>. El tribunal rechazó la objeción de México:

El hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada. Si acaso GAM[I] puede establecer dicho perjuicio es un asunto a examinar en el fondo<sup>55</sup>.

---

ENG) (uso de corchetes en el original)). El Art. 1116(1) del TLCAN contiene un texto prácticamente idéntico sin ninguna limitación: “una reclamación... que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. TLCAN, Art. 1116 (CL-0034-ENG/SPA).

<sup>52</sup> MEG KINNEAR, ANDREA BJORKLUND Y OTROS, INVESTMENT DISPUTES UNDER TLCAN: AN ANNOTATED GUIDE TO TLCAN CHAPTER 11, págs. 1116-1118 (2006) (CL-0035-ENG); ver también *Mondev Int'l Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADIN. ° ARB(AF)/99/2, Laudo Definitivo del 11 de octubre de 2002 (“*Mondev. c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo”), párr. 82 (RL-0018-ENG) (“[E]stados Unidos en realidad no cuestionó la legitimación de Mondev en virtud del Artículo 1116, sujeto a la cuestión de si realmente había sufrido pérdidas o daños. En opinión del Tribunal, Mondev tiene la posibilidad de demostrar que ha sufrido pérdidas o daños debido a las decisiones que denuncia, incluso si la propia empresa, LPA, también sufrió pérdidas o daños”).

<sup>53</sup> *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, CNUDMI, Laudo Definitivo del 15 de noviembre de 2004 (“*GAMI c. México*, Laudo Definitivo”), párrs. 12-13, 17, 26 (CL-0036-ENG/SPA).

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 27 (CL-0036-ENG/SPA) (“La Partes en litigio han dedicado considerables esfuerzos a la cuestión [de] si GAMI está legitimada para reclamar teniendo en cuenta su daño derivado como accionista. Lo central de este debate es si los actos u omisiones del Gobierno que afectaron a GAM pueden ser alegados como incumplimientos del TLCAN porque tuvieron como resultado reducir el valor de la participación de GAMI en GAM”).

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 33 (CL-0036-ENG/SPA).

33. Otros tribunales en casos referidos al TLCAN también han rechazado el planteo esgrimido por los Estados demandados, firmantes del tratado, y adoptado por la Demandada en este caso, en cuanto a que “los inversores deben alegar daño directo para ser compensados bajo el Artículo 1116 [similar al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA- DR] y que el daño indirecto al inversor, basado en un perjuicio a la empresa propiedad o bajo el control del inversor, sólo puede ser reclamado en virtud del Artículo 1117 [similar al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA- DR]”<sup>56</sup>. Por ejemplo, en *Pope & Talbot c. Canadá*, la demandante presentó una reclamación en nombre propio conforme al Artículo 1116 del TLCAN con respecto a su subsidiaria de propiedad absoluta en Canadá<sup>57</sup>. Canadá, al igual que la Demandada en este caso, se opuso, argumentando que la reclamación debería haberse presentado de conformidad con el Artículo 1117, porque la demandante no había reclamado ningún daño directo, sino daños derivados como resultado del supuesto perjuicio causado a su inversión<sup>58</sup>. El tribunal rechazó la objeción de Canadá, y sostuvo que:

[N]o podría ser más claro que un inversionista puede presentar reclamaciones conforme al Artículo 1116 por pérdida o daño a su participación en la empresa correspondiente, que sea una persona jurídica propiedad del inversionista. Por lo tanto, en el presente caso, cuando el inversionista es el único propietario de la empresa (que es una sociedad anónima y, por consiguiente, una inversión de conformidad con las definiciones contenidas en los artículos 1139 y 201), es evidente que puede presentar una reclamación por pérdida o daño a su participación en esa empresa/ inversión con arreglo al Artículo 1116... . [L]a existencia del Artículo 1117 no impide presentar una reclamación en virtud del Artículo 1116<sup>59</sup>.

34. Del mismo modo, en el caso *UPS c. Canadá*, UPS presentó una reclamación conforme al Artículo 1116 del TLCAN por las pérdidas sufridas como resultado de la pérdida de valor de su participación en su subsidiaria de propiedad absoluta, UPS Canada<sup>60</sup>. Canadá nuevamente objetó que las reclamaciones deberían haberse presentado en virtud del Artículo

---

<sup>56</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 45 (donde se cita el Memorial presentado por los Estados Unidos en el caso *Clayton c. Canadá* del 29 de diciembre de 2017, párr. 5 (RL-0008-ENG) (uso de corchetes en el original)).

<sup>57</sup> *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párrs. 74, 80 (CL-0028-ENG).

<sup>58</sup> *Ibid.*, párrs. 75, 78.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párr. 80.

<sup>60</sup> *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CIADIN. ° UNCT/02/1, Laudo sobre el Fondo del 24 de mayo de 2007 (“*UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo”), párr. 34 (CL-0037-ENG).

1117, en nombre de la empresa<sup>61</sup>. Como en el caso *Pope & Talbot*, el tribunal en *UPS* rechazó la objeción de Canadá:

[L]as reclamaciones en este caso están debidamente presentadas conforme al artículo 1116 y también coincidimos en que la distinción entre reclamar en virtud del artículo 1116 o el artículo 1117, en el contexto de esta controversia al menos, es casi absolutamente formal, sin que ello tenga ninguna implicación significativa en el fondo de las reclamaciones o los derechos de las partes. UPS es el único propietario de UPS Canada. Como tal, tiene derecho a presentar una reclamación por sus pérdidas, incluidas las pérdidas sufridas por UPS Canada... . Si el daño fue ocasionado directamente a UPS, o directamente a UPS Canada y solo indirectamente a UPS, resulta irrelevante respecto de nuestra jurisdicción para conocer de estas reclamaciones<sup>62</sup>.

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

35. La objeción de la Demandada respecto de que el CAFTA-DR no permite a los inversionistas presentar reclamaciones por pérdidas reflejas no solo es contraria al texto del Tratado, sino que también contradice su objeto y fin, que es proporcionar derechos amplios y efectivos de inversión y recurso al arbitraje. Contrariamente a esos objetivos, la interpretación de la Demandada privaría a los inversionistas con participaciones accionarias de toda oportunidad de iniciar arbitrajes entre inversores y Estados por los daños que más comúnmente sufren. La conclusión de la Demandada de que su interpretación concuerda con el derecho internacional consuetudinario que rige la protección diplomática<sup>63</sup> ignora que los tratados de inversión modernos se apartan intencionalmente de esas normas con el objeto de brindar la protección necesaria a los inversores accionistas. Además, la afirmación de la Demandada de que su interpretación es necesaria para proteger a los acreedores<sup>64</sup> no encuentra respaldo en el objeto y propósito del Tratado y, además, se basa en una comprensión errónea de la forma en que se calculan los daños y, una vez más, es contraria a la práctica anterior de la Demandada.

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, párrs. 32-33.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 35.

<sup>63</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 42(a), 43 (donde se hace referencia al caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia, párr. 47 (RL-0006-ENG) y *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia del 30 de noviembre de 2010, 2010 Informe de la CIJ, 639 (“*Diallo (Guinea c. RDC)*, Sentencia”), párr. 155 (RL-0015-ENG)).

<sup>64</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 60-62.

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

36. La afirmación de la Demandada de que los inversionistas no pueden reclamar por pérdidas reflejas en virtud del CAFTA-DR (o el TLCAN) es contraria a lo que la Demandada reconoce como uno de los objetos y propósitos del Tratado de proporcionar un medio eficaz de solución de controversias a través del arbitraje internacional<sup>65</sup>. También es contraria a otros objetivos del Tratado, que son el de “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión”<sup>66</sup> y “asegurar un marco comercial previsible para... inversión”<sup>67</sup>.

37. En el momento en que se concluyó el TLCAN, se promovió como un tratado moderno y de vanguardia que brindaba el nivel más alto de protección para los inversores<sup>68</sup>. Lo mismo es aplicable al CAFTA-DR<sup>69</sup>. Sería contradictorio con el objeto y el fin de proporcionar una

---

<sup>65</sup> CAFTA-DR, Art. 1.2.1(f) (CL-0001-ENG/SPA); Memorial de OP de la Demandada, párr. 38 (donde se lo cita); *ver también* TLCAN, Art. 102.1(e) (CL-0034-ENG/SPA) (mismo texto).

<sup>66</sup> CAFTA-DR, Art. 1.2.1(d) (CL-0001-ENG/SPA); *ver también* TLCAN, Art. 102.1(c) (CL-0034-ENG/SPA) (mismo texto).

<sup>67</sup> CAFTA-DR, Preámbulo (CL-0001-ENG/SPA); *ver también* TLCAN, Preámbulo (CL-0034-ENG/SPA) (mismo texto).

<sup>68</sup> *Ver* Mensaje del Presidente de los Estados Unidos que comunica el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los Textos del Tratado, el Proyecto de Ley Reglamentaria, la Declaración de Acto Administrativo y las Declaraciones de Apoyo Requeridas, Declaración sobre cómo el TLCAN redundará en beneficio del Comercio de los Estados Unidos, 3 de noviembre de 1993, H. Doc. 103-159, vol. 1, 681, págs. 685, 690 (C-0001-ENG) (“El TLCAN proporciona un mecanismo histórico de solución de controversias entre inversionistas y estados, de modo que las empresas estadounidenses en forma individual ya no enfrenten un entorno desigual en una controversia relativa a inversiones con el gobierno mexicano, sino que puedan solicitar arbitrajes fuera de México por un organismo independiente... El TLCAN prevé la solución de controversias relativas a inversiones entre un país signatario del TLCAN y un inversionista de otro país también parte en el TLCAN a través del arbitraje internacional. Estas disposiciones se basan en gran medida en las disposiciones de solución de controversias entre inversionistas y estados de tratados bilaterales de inversión en los que los Estados Unidos es parte”); Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Declaración de Implementación de Canadá, Boletín de Canadá Parte I, 1 de enero de 1994, pág. 147 (C-0002-ENG) (“A lo largo de los años, Canadá ha negociado acuerdos de inversión tanto para proteger los intereses de los inversores canadienses en el extranjero como para proporcionar un enfoque normativo para la resolución de controversias que involucran a inversionistas extranjeros en Canadá o inversionistas canadienses en el extranjero. El TLC [Canadá-EE. UU.] marcó la primera vez que Canadá acordó un conjunto integral de normas que rigen tanto la inversión interna como la externa. El TLCAN se basa en esa experiencia. Incluye un conjunto de obligaciones más integrado y extenso que asegurará que los intereses canadienses continúen protegidos dentro de un conjunto de normas genéricas. También incluye nuevas disposiciones importantes para la resolución de controversias y aborda una variedad más amplia de temas relacionados con la actividad comercial. Por lo tanto, el capítulo del TLCAN refleja no solo la incorporación de México, sino también la creciente importancia de contar con un régimen de inversión abierto para asegurar el crecimiento económico y desarrollo en Canadá”).

<sup>69</sup> *Ver* Mensaje del Presidente de los Estados Unidos que comunica la legislación y los documentos respaldatorios para reglamentar el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, Resumen del Tratado, 23 de junio de 2005, H. Doc. 109-36, vol. 1, 1071, págs. 1084-1085 (C-0003-ENG) (“Las disposiciones del Capítulo Diez... reflejan normas tradicionales incorporadas en acuerdos de inversión anteriores firmados por los Estados Unidos (incluidos los del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y tratados bilaterales de inversión de los Estados Unidos) y en el derecho internacional

protección amplia a las inversiones y recurso al arbitraje internacional interpretar el CAFTA-DR de la manera en que insiste la Demandada, lo que denegaría legitimación a los inversionistas con participaciones accionarias para presentar reclamaciones por las pérdidas sufridas como resultado de las medidas adoptadas contra sus inversiones<sup>70</sup>. De hecho, si el Tratado (y el TLCAN, según sugiere la Demandada) se interpretara de esta manera, proporcionarían una protección *considerablemente menor* a los inversores extranjeros que *cualquiera* de la multitud de tratados de inversión modernos. Además, interpretar el CAFTA-DR de manera contraria a los objetivos declarados violaría su Artículo 1.2.2, que requiere expresamente que “[l]as Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1...”<sup>71</sup>.

38. Todos los tribunales que han interpretado los tratados de inversión celebrados por Argentina con varios países, incluidos los Estados Unidos, el Reino Unido, España, Italia, Alemania y Francia, han concluido que los demandantes pueden presentar reclamaciones por pérdidas reflejas<sup>72</sup>. En el caso *BG c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal explicó:

---

consuetudinario, y contienen varias innovaciones que se incorporaron en los tratados de libre comercio con Chile y Singapur, así como en otros”).

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo, Memorial de OP de la Demandada, párr. 42(b) (donde se afirma que “si el daño del demandante es sólo indirecto, es decir, si sus acciones perdieron valor como resultado de un daño causado a la empresa, ese demandante *tiene que someter* una reclamación en representación de la empresa que ha sufrido o el daño bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR”) (énfasis añadido; se omite la cita). Un accionista minoritario, por supuesto, *no puede* presentar una reclamación en nombre de la empresa, por lo que no tendría ningún recurso para reclamar por los denominados daños indirectos.

<sup>71</sup> CAFTA-DR, Art. 1.2.2 (CL-0001-ENG/SPA); ver también TLCAN, Art. 102.2 (CL-0034-ENG/SPA) (mismo texto).

<sup>72</sup> Ver, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/8, Laudo sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 48 (CL-0038-ENG/SPA) (“El Tribunal por consiguiente no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores...”); *ibíd.*, párrs. 59, 65 (donde se rechaza la excepción de Argentina en el sentido de que “una inversión en acciones... sólo permite reclamar por medidas que afecten a las acciones como tales, por ejemplo, mediante la expropiación de las acciones o la interferencia con los derechos políticos y económicos relacionados con esas acciones” y se sostiene que “existe un derecho de acción directo de los accionistas”); *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/8, Decisión del Comité *Ad Hoc* sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 25 de septiembre de 2007, párrs. 62, 76 (CL-0039-ENG/SPA) (donde se rechaza el argumento planteado por Argentina de que “el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre reclamos realizados por un accionista de una sociedad por las ganancias perdidas por dicha sociedad” y que los reclamos de la demandante eran “por supuestas violaciones de derechos que no le pertenecían a ésta sino a [la empresa]”); *ibíd.*, párr. 74 (donde se sostiene que “el hecho de que la sociedad constituida en el país receptor de la inversión pueda reclamar por sí sola de la violación de sus derechos... no afecta el derecho de los accionistas extranjeros bajo el TBI de accionar en resguardo de sus propios intereses en una inversión...”); *Siemens c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 138-144 (CL-0018-ENG/SPA) (donde se rechaza la excepción de Argentina contra los reclamos indirectos de un accionista fundados en los daños ocasionados a la empresa en la que tiene acciones); *Enron Creditors Recovery Corp. (anteriormente Enron Corp.) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) del 2 de agosto de 2004, párrs. 17, 27

Los reclamos de BG son derivados. BG no afirma que las medidas adoptadas por Argentina se hayan dirigido específicamente contra su participación en GASA y MetroGAS, sino que el daño al valor de sus acciones fue causado por (o deriva de) las medidas adoptadas por Argentina que tuvieron un impacto

---

(CL-0040-ENG/SPA) (donde se rechaza la excepción de Argentina respecto de que “los accionistas no pueden presentar demandas independientemente de la sociedad, ni siquiera de forma proporcional a su propio interés, ya que se trataría de una demanda indirecta” y se sostiene que las demandantes “tienen *ius standi* para presentar demandas independientemente, puesto que son inversionistas protegidos con arreglo a lo estipulado en el Tratado”); *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 30 de julio de 2010, párrs. 114(a), 127 (CL-0041-ENG/SPA) (donde se observa que la cuestión no era “el *ius standi* de las Demandantes para accionar en representación de TGS o con respecto a los derechos de TGS. En cambio, la cuestión a determinar era si las Demandantes tenían *ius standi* para accionar por la supuesta violación del TBI con respecto a su propia inversión...” y se sostiene que el tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades al determinar que las demandantes tenían legitimación para accionar); *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005, párr. 35 (CL-0042-ENG/SPA) (donde se acepta la jurisdicción sobre “una reclamación basada en el deterioro del valor de las acciones de propiedad de la Demandante como resultado de medidas adoptadas por el Gobierno del país receptor de la inversión”); *Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 49 (CL-0013-ENG) (“Ni el TBI Argentina-Francia, el TBI Argentina-España, ni el Convenio del CIADI limitan los derechos de los accionistas a iniciar acciones por reclamos directos, por oposición a los derivados. Esta distinción, presente en el derecho societario interno de muchos países, no existe en ninguno de los tratados aplicables a este caso”); *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/04/01, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de agosto de 2006, párr. 81 (CL-0043-ENG/SPA) (“Total... invoca en este caso derechos relativos a su inversión en la Argentina que están protegidos por el TBI. Por consiguiente, las reclamaciones de Total no se pueden calificar de reclamaciones indirectas (o reclamaciones ‘derivadas’), como si Total estuviese reclamando en nombre o en lugar de sus filiales los derechos concedidos a estas últimas por las leyes argentinas. Es, por tanto, irrelevante que esas reclamaciones fuesen inadmisibles en virtud de esas leyes”); *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/05/1, Laudo del 22 de agosto de 2012, párr. 84 (CL-0044-ENG) (“[L]a protección del TBI se extiende más allá del mero libre goce de las acciones de la Demandante en la Subsidiaria argentina... [L]a protección del TBI no se limita a los derechos de los accionistas como tales”); *Impregilo S.p.A. c. República Argentina I*, Caso CIADIN. ° ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, párrs. 138-140 (CL-0045-ENG/SPA) (“Si AGBA fue expropiada o recibió un trato injusto... dicha acción también debe considerarse como una afectación de los derechos de Impregilo como inversor, derechos que se encontraban protegidos por el TBI”); *Hochtief Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad del 29 de diciembre de 2014 (“*Hochtiefc. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad”), párr. 172 (CL-0046-ENG/SPA) (“La Demandante es titular del 26% de las acciones de PdL y tiene claramente el derecho de presentar una reclamación respecto de dicha tenencia accionaria...”); *El Paso Energy Int’l Co. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 202 (CL-0047-ENG/SPA) (“[Ni] existen restricciones respecto de... reclamos por reducción del valor de las acciones”); *SAUR Int’l S.A. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 437 (CL-0048-ENG/SPA) (“[E]l ámbito de protección del Tratado debe considerarse extendido a un inversor que posea una participación indirecta y minoritaria en una sociedad argentina... [L]os ilícitos que generan responsabilidad pueden afectar a la propia participación accionarial del inversor como a la sociedad argentina participada”); *Teinver c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 214 (CL-0012-ENG) (donde se rechazan los argumentos de la demandada en el sentido de que “la condición de ‘derivada’ resulta relevante a los fines de la interpretación del Tratado”, a la luz de la definición de inversor en el tratado que incluye a los accionistas); *Salini Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/15/39, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 23 de febrero de 2018, párrs. 174-178 (CL-0049-ENG) (donde se rechaza la excepción de Argentina de que la demandante carecía de legitimación debido a que supuestamente sus reclamos eran “derivados” y “contractuales”, y se sostuvo que el “derecho de la demandante a reclamar una indemnización es independiente del de la subsidiaria local directamente afectada por las medidas adoptadas por el Estado receptor”).

negativo en las actividades de MetroGAS y, por lo tanto, en el valor de su participación en GASA y en MetroGAS<sup>73</sup>.

39. El tribunal consideró además que conforme al TBI entre Argentina y el Reino Unido, “BG es claramente un ‘Inversor’ y su participación accionaria en GASA y MetroGAS es indudablemente una ‘Inversión’”<sup>74</sup>. En consecuencia, el tribunal sostuvo que “tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de BG ya que se relacionan con su participación indirecta en MetroGAS y GASA”<sup>75</sup> y, por lo tanto, rechazaron la excepción opuesta por Argentina de que “las reclamaciones derivadas están prohibidas por el derecho internacional y el derecho societario interno”<sup>76</sup>.

40. Del mismo modo, el comité *ad hoc* en el caso *Azurix c. Argentina* explicó que:

[S]i la misma ABA constituye una inversión a fines del TBI, por consiguiente, las medidas tomadas con respecto a ABA también serán consideradas medidas tomadas con respecto a una inversión de Azurix. Ergo, por ejemplo, la falta de trato justo y equitativo hacia ABA constituiría una falta de trato justo y equitativo hacia una inversión de Azurix.

...

El Comité no encuentra ninguna razón de principio por la que un tratado sobre protección de inversiones no pueda proteger el interés de un inversor extranjero y permitirle al inversor extranjero que inicie un proceso arbitral con respecto a las supuestas violaciones al tratado relacionadas con tal interés. Un tratado sobre protección de inversiones con este efecto no altera la naturaleza legal del interés del inversor ni del propietario legal de la inversión, ni ignora las personalidades jurídicas independientes y los derechos y obligaciones independientes del accionista y de la sociedad. En cambio, simplemente garantiza que sea cual sea el interés, legal o no, del inversor, este gozará de cierta protección<sup>77</sup>.

41. Lo mismo ocurre conforme a otros tratados de inversión. Por ejemplo, en casos iniciados en virtud del TBI República Checa-Países Bajos, los TBI de Rusia con Moldavia, Reino Unido y Mongolia, los TBI de los Estados Unidos con Ecuador y Estonia, el TBI

---

<sup>73</sup> *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo del 24 de diciembre de 2007 (“*BG Group c. Argentina*, Laudo”), párr. 190 (CL-0050-ENG).

<sup>74</sup> *Ibid.*, párr. 203.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 205 (se omite la cita).

<sup>76</sup> *Ibid.*, párrs. 191, 203-205.

<sup>77</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 1 de septiembre de 2009 (“*Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Anulación”), párrs. 105, 108 (CL-0051-ENG/SPA).



Austria-República Eslovaca, el TBI Eslovaquia-Grecia, así como en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”), los tribunales han arribado a la misma conclusión<sup>78</sup>.

42. Recientemente, por ejemplo, el tribunal en el caso *Cube Infrastructure Fund c. España* rechazó la excepción opuesta por España de que los demandantes carecían de legitimación para reclamar por las pérdidas sufridas por las centrales de energías renovables propiedad de empresas españolas en las que los demandantes eran titulares de acciones en

---

<sup>78</sup> Ver, por ejemplo, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 392 (CL-0052-ENG) (“[L]a Demandante era y sigue siendo propietaria del 99% de estas acciones en ČNTS... [L]as acciones en sí no se vieron directamente afectadas por la supuesta violación del Tratado por parte de la Demandada. La disputa [se refiere] al valor de las acciones... tales acciones son claramente una ‘inversión’ de conformidad con el Artículo 1 del Tratado”); *Noble Energy Inc. c. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 77-79 (CL-0019-ENG/SPA) (“El Tribunal coincide con tribunales anteriores que han sostenido que un accionista indirecto puede plantear una reclamación en el marco del Convenio del CIADI y de un TBI en relación con una inversión directa y una inversión indirecta” (se omite la cita)); *Yury c. Moldavia*, Laudo Definitivo, párr. 67 (CL-0029-ENG) (“[L]os daños ocasionados a dicha empresa, que indirectamente concierne al inversor, le da derecho a reclamar la protección del tratado. ‘El accionista podrá entonces presentar reclamaciones por medidas lesivas adoptadas por el Estado receptor contra la empresa a lo cual que afecten su valor y rentabilidad’. De lo contrario, la protección ofrecida por los tratados bilaterales y multilaterales de inversión se tomaría bastante ilusoria”) (se omite la cita); *RosInvestCo UK Ltd. c. Rusia*, Caso de la CCE N.º V079/2005, Laudo Definitivo del 12 de septiembre de 2010, párr. 608 (CL-0053-ENG) (“[L]a capacidad de los accionistas para presentar reclamos por medidas tomadas contra la empresa en la que tienen acciones [] se ha desarrollado hasta el punto de aceptar que los accionistas minoritarios hayan presentado reclamos por daños indirectos... El arbitraje de un tratado de inversión moderno no requiere que un accionista solo pueda reclamar protección con respecto a medidas que afectan directamente a las acciones por derecho propio, sino que el inversor también puede reclamar protección por el efecto sobre sus acciones por las medidas tomadas por el Estado receptor contra la empresa”) (anulado por motivos no relacionados); *Sergei Paushok y otros c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI Procedimiento de Arbitraje, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 28 de abril de 2011, párr. 202 (CL-0054-ENG) (“La inversión de los demandantes son las acciones de GEM ... Los demandantes tienen derecho a presentar reclamos relacionados con supuestas violaciones del Tratado como consecuencia de medidas que afectan los activos de GEM, incluidos sus derechos para extraer depósitos de oro o sus derechos contractuales y, por consiguiente, el valor de sus acciones...”); *European American Investment Bank AG (Austria) c. República Eslovaca*, Caso CPA N.º 2010-17, Laudo sobre Jurisdicción del 22 de octubre de 2012, párr. 323 (CL-0055-ENG) (“[En] los casos en que el inversor extranjero no posee la fábrica en sí, sino una participación accionaria (incluso una muy pequeña) en la empresa local que es propietaria de la fábrica... , de todos modos, debe pagarse una indemnización adecuada a ese inversor extranjero”); *Postova Banka, A.S. c. República Helénica*, Caso CIADIN.º ARB/13/8, Laudo del 9 de abril de 2015, párr. 245 (CL-0056-ENG) (“[U]n accionista de una empresa constituida en el Estado receptor de la inversión puede presentar reclamos basados en medidas adoptadas contra los activos de dicha empresa que afecten el valor de las acciones del demandante”); *Alex Genin, Eastern Credit Ltd., Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADIN.º ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001, párrs. 324-325 (CL-0057-ENG) (“[L]a participación de los Demandantes en EIB, es una inversión en ‘acciones de capital u otras participaciones en una empresa de propiedad o bajo el control, directo o indirecto’ de los Demandantes. La inversión de los Demandantes en EIB también está comprendida en el significado del término ‘inversión’ conforme al Convenio. El término ‘controversia relativa a inversiones’ está definido en el Artículo VI(I) del TBI... . La revocación de la licencia de EIB está, sin lugar a dudas, alcanzada por esta definición”); *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. República Italiana*, Caso CIADIN.º ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5) del 20 de marzo de 2017 (“*Eskosol c. Italia*, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5)”), párr. 166 (CL-0058-ENG) (“El reclamo de un accionista por su pérdida refleja a través de una entidad en la que tiene acciones no puede equipararse automáticamente al reclamo de esa entidad por sus pérdidas directas”).

forma indirecta<sup>79</sup>. Al rechazar la excepción de España de que los demandantes no podían presentar reclamaciones por pérdidas reflejas<sup>80</sup>, el tribunal destacó la definición amplia de “inversión” en el TCE:

Es difícil imaginar una definición más amplia de la palabra ‘Inversión’. El enunciado ‘activo poseído... indirectamente’ se aplica claramente a los activos en los cuales los Demandantes tienen una participación indirecta... . Los activos de las empresas que operan las centrales fotovoltaicas e hidroeléctricas son todos de propiedad indirecta y, todas menos tres plantas hidroeléctricas, están bajo el control indirecto de los Demandantes<sup>81</sup>.

Habiendo determinado que los demandantes reunían los requisitos para ser considerados inversores y que las centrales de energías renovables constituían inversiones, el tribunal concluyó que los demandantes tenían legitimación para presentar un reclamo por las pérdidas sufridas por ellos como resultado de las medidas adoptadas contra sus plantas de energías renovables<sup>82</sup>.

43. De hecho, la Demandada no ha identificado un solo caso sustanciado en virtud de algún tratado moderno de inversión en el que un tribunal haya determinado que el inversionista carecía de legitimación para presentar un reclamo por pérdidas reflejas como consecuencia de la supuesta violación del tratado por parte del Estado demandado.

44. La invocación por parte la Demandada del derecho internacional consuetudinario de protección diplomática y, en particular, de la sentencia dictada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*<sup>83</sup>, pasa por alto que el Tratado se aparta del derecho internacional consuetudinario al otorgar a los accionistas el derecho a reclamar por las pérdidas sufridas como resultado de las medidas adoptadas contra la empresa en la que invirtieron<sup>84</sup>. Ello

---

<sup>79</sup> *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso CIADIN. ° ARB/15/20, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños del 19 de febrero de 2019 (“*Cube Infrastructure c. España*, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Daños”), párrs. 161-202 (CL-0059-ENG).

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 162.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrs. 185, 196.

<sup>82</sup> *Ibid.*, párrs. 201-202.

<sup>83</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 42(a) (donde se cita el caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia, párr. 47 (RL-0006-ENG)).

<sup>84</sup> La afirmación de la Demandada de que la reclamación de los Demandantes “ignora principios básicos de derecho mercantil e internacional” (Memorial de OP de la Demandada, párr. 79) también soslaya que el derecho “mercantil” interno no es aplicable en este caso. Además, el derecho internacional general solo se aplica en la medida en que no exista ninguna *lex specialis* en los términos del propio Tratado. Como se ha demostrado, el Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR se aparta del derecho internacional consuetudinario al otorgar legitimación a los demandantes para presentar reclamaciones por pérdidas reflejas y también al reconocerle a los accionistas mayoritarios el derecho de presentar reclamaciones en representación de una empresa. Por la misma razón, el

quedó claro en la Sentencia de la CIJ sobre excepciones preliminares en el caso *Diallo*. Si bien la Demandada cita la Sentencia Final dictada en *Diallo* por el planteo de que “[l]a distinción [entre el derecho de los accionistas a presentar reclamos en nombre propio y en representación de su empresa] se basa en última instancia en el derecho presuntamente vulnerado”<sup>85</sup>, soslaya la explicación de la Corte respecto de su decisión, contenida en su Sentencia anterior sobre excepciones preliminares.

45. En esa Sentencia, la Corte explicó que había denegado la solicitud de Guinea de “‘sustitución’ o ‘protección por sustitución’... [mediante la cual Guinea intentó] ejercer su protección diplomática en representación de nacionales que son accionistas de una empresa extranjera siempre que la empresa haya sido víctima de actos ilícitos cometidos por el Estado bajo cuya ley se haya constituido”<sup>86</sup>. El Tribunal explicó que “Guinea no se limita a ejercer la protección del Sr. Diallo con respecto a las violaciones de sus derechos directos como accionista en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, sino que busca protegerlo ‘respecto de los daños sufridos por [las propias] empresas”<sup>87</sup>. Al rechazar la solicitud de Guinea en ese sentido, la Corte declaró:

La Corte debe señalar que, en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las empresas y los derechos de sus accionistas, y la solución de las controversias relacionadas, se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de las inversiones extranjeras, tales como los tratados para la promoción y protección de las inversiones extranjeras, y el [Convenio del CIADI]... . En ese contexto, el papel de la protección diplomática se desvaneció un poco, ya que en la práctica solo se recurre a él en casos extraordinarios en los que no existe un régimen convencional o los existentes han demostrado ser ineficaces. Es en este contexto específico y relativamente limitado que puede plantearse la cuestión de la protección por sustitución... . Por lo tanto, la protección por ‘sustitución’ parecería constituir el último recurso para la protección de las inversiones extranjeras<sup>88</sup>.

46. Por lo tanto, la Corte reconoció que los tratados de inversión se apartan del derecho internacional consuetudinario de protección diplomática, que restringe la posibilidad de los

---

planteo de la Demandada de que los Demandantes han ignorado las “formalidades mercantiles” carece de sustento. *Ver ibid.*

<sup>85</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 46 (donde se cita el caso *Diallo (Guinea c. RDC)*, Sentencia, párr. 156 (RL-0015-ENG)).

<sup>86</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia (Excepciones Preliminares) del 24 de mayo de 2007, 2007 Informe de la CIJ 582 (“*Diallo*, Sentencia (Excepciones Preliminares)”), párr. 30 (CL-0060-ENG).

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 30 (uso de corchetes en el original).

<sup>88</sup> *Ibid.*, párr. 88.

Estados de reclamar en nombre de sus nacionales por el daño que sufrieron como resultado de las medidas adoptadas contra las empresas en las que son accionistas, por oposición a medidas tomadas contra ellos directamente<sup>89</sup>. De hecho, en su voto disidente en la sentencia de la Corte sobre el fondo, los jueces Al-Khasawneh y Yusuf lamentan el hecho de que la sentencia de la Corte significa que “el bajo nivel de protección de los accionistas en el derecho internacional consuetudinario ahora se limita a los condenados de la tierra como el señor Diallo... Consideramos que este caso sienta un precedente peligroso para los inversores extranjeros desprotegidos por los tratados bilaterales de inversión”<sup>90</sup>.

47. Afortunadamente, los inversionistas estadounidenses en los países signatarios del CAFTA-DR no están “condenad[amente]” limitados a las protecciones que ofrece el derecho internacional consuetudinario, a diferencia del Sr. Diallo, quien no tenía la ventaja de contar con las protecciones de un tratado bilateral o multilateral de inversión. Indudablemente, es incompatible con el objeto y fin del CAFTA-DR (así como con el TLCAN) interpretar sus disposiciones de manera tal de privar a los Demandantes de la posibilidad de presentar reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas, derecho que está previsto en todos los tratados de inversión modernos. Estos tratados, como el CAFTA-DR y antes el TLCAN, tienen como finalidad ampliar los derechos de los inversionistas para presentar reclamos que de otro modo no estarían disponibles en virtud del derecho internacional consuetudinario de protección diplomática o “sustitución”.

---

<sup>89</sup> *Ver Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párr. 90 (CL-0051-ENG/SPA) (“El Comité acepta que es posible que un tratado deba interpretarse a la luz de los principios generales del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, excepto en los casos que se relacionan con las normas de *ius cogens*, un tratado puede modificar las reglas del derecho internacional consuetudinario que, de lo contrario, se aplicarían entre los Estados miembro del tratado. De hecho, a menudo el objeto mismo de los tratados es realizar una modificación de tal índole. Por lo general, los tratados sobre protección de inversiones tienen el propósito de aumentar o modificar los procedimientos del derecho internacional para la protección de los inversores extranjeros. Por ende, el punto de partida para determinar el efecto del tratado se encuentra en los términos del tratado mismo, en vez de en los principios del derecho internacional consuetudinario que pueden ser desplazados o no por las disposiciones del tratado”).

<sup>90</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Voto Disidente Conjunto de los jueces Al-Khasawneh y Yusuf del 30 de noviembre de 2010, 2010 Informe de la CIJ 700, pág. 706, 711 (CL-0061-ENG); *ver también ibid.*, págs. 705, 708 (donde critican además el hecho de que la Corte se haya basado en el caso *Barcelona Traction* dado que, en ese caso, había múltiples accionistas y, por lo tanto, existía la posibilidad de que se interpusieran múltiples reclamos, a diferencia del caso *Diallo*, donde, como en el caso que nos ocupa, el Sr. Diallo era el único y accionista controlante de la empresa: “[E]n los casos en que efectivamente hay un *associé/gérant*, la violación de los derechos de la empresa constituye una violación *ipso facto* de los derechos directos del propietario”).

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

48. La afirmación de la Demandada de que hacer lugar a las reclamaciones de los Demandantes en virtud del Artículo 10.16.1(a) les permitiría “eludir a los acreedores”<sup>91</sup> carece de fundamento. Como primera cuestión, el planteo de la Demandada de que el Artículo 10.16.1(a) y (b) debe interpretarse de manera tal de proporcionar mayor protección a los acreedores<sup>92</sup> es totalmente infundada. No hay ninguna indicación en el texto del CAFTA-DR de que uno de los objetos y fines del Tratado sea brindar protección a los acreedores. La Demandada tampoco ha presentado ninguna prueba de que las Partes tuvieran la intención de proteger a los acreedores al elaborar el Artículo 10.16.1(a) y (b).

49. En cualquier caso, el argumento de la Demandada se basa en un malentendido de la teoría y reglas básicas de cálculo de los daños. Cuando un demandante presenta una reclamación por pérdidas reflejas, sus pérdidas son equivalentes al menoscabo del valor de sus acciones en una empresa<sup>93</sup>. El patrimonio es el valor residual de los flujos de efectivo de una empresa. Por lo tanto, las acciones de un inversionista en una empresa solo tienen valor en la medida en que la empresa tenga un valor positivo después de haber pagado a sus acreedores, ya que esos acreedores tienen prioridad sobre el patrimonio<sup>94</sup>. Asumir que una empresa continúa operando y genera valor para sus accionistas, es asumir que la empresa paga a sus acreedores (incluidos los prestamistas, empleados y proveedores). Por lo tanto, al calcular el daño ocasionado a un accionista como resultado de su pérdida refleja, no se calcula simplemente la pérdida causada a la empresa en el flujo de efectivo y se aplica la participación patrimonial del demandante a ese monto<sup>95</sup>. Más bien, recién después de que se

---

<sup>91</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 12; *ver también ibid.*, párr. 60 (donde se afirma que permitir a los Demandantes presentar reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1(a) “impediría al final que los acreedores de Exmingua exigieran el cumplimiento de cualquier derecho que tengan sobre los activos de esa empresa, incluyendo un laudo arbitral”).

<sup>92</sup> *Ver ibid.*, párr. 56 (donde se sostiene que los Artículos 10.16.1(a) y (b) se “centran”, entre otras cosas, en “proteger a los acreedores de la empresa cuando un demandante presenta reclamaciones frente a un tribunal establecido conforme al CAFTA-DR”).

<sup>93</sup> *Ver Hochtief c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, párr. 154 (CL-0046-ENG/SPA) (“[E]l daño que la Demandante alega haber sufrido como resultado del incumplimiento del Tratado por parte de la Demandada es la disminución en el valor de sus inversiones en PdL como consecuencia del trato dado a PdL por la Demandada: es lo que suele recibir el nombre de ‘pérdida refleja’”).

<sup>94</sup> El término “acreedores” tienen una definición más amplia que solo tenedores de deuda. Incluye, por ejemplo, aquellos con créditos de origen contractual contra la empresa, como proveedores, empleados, tenedores de bonos y otros prestamistas.

<sup>95</sup> Existen numerosos ejemplos donde los tribunales han calculado el valor de las acciones de un demandante calculando primero el valor de la empresa y luego deduciendo la deuda de la empresa. Este “método indirecto”

haya cancelado la deuda de la empresa quedará algún valor para asignar a los accionistas<sup>96</sup>.

Tal como ha explicado Mark Kantor:

Si la cuestión sometida a decisión de los árbitros implica medir la pérdida de valor sufrida por un inversor de capital como consecuencia de un perjuicio ocasionado a la empresa subyacente, el ‘valor patrimonial’ es la medida adecuada del valor, el ‘valor de la empresa’ ajustado para reflejar el hecho de que los derechos de los inversores de capital están subordinados a los de los tenedores de deuda de la empresa. Dicho de otra manera, los inversores de capital tienen derecho a todos los flujos de efectivo después de haber pagado íntegramente a los tenedores de deuda<sup>97</sup>.

50. Los tribunales comúnmente reconocen este hecho básico, que impide que los accionistas se beneficien a expensas de los acreedores de una empresa<sup>98</sup>. Por lo tanto, el resarcimiento al accionista por pérdida refleja será igual independientemente de si se lo indemniza por esa cantidad directamente (en virtud de una reclamación conforme al Artículo

---

es una técnica de valuación comúnmente utilizada para valuar el patrimonio neto. Otro método es el “método directo”, que calcula los flujos de efectivo directamente disponibles para los accionistas luego de que la empresa haya pagado capital e intereses sobre la deuda. *Ver, por ejemplo, CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADIN. ° ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 430 (CL-0062-ENG/SPA) (donde se describe el método directo versus el método indirecto para valuar el patrimonio); *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/04/1, Laudo del 27 de noviembre de 2013, párr. 128 n. 208 (CL-0063-ENG/SPA) (“El Tribunal advirtió que, *de acuerdo con la práctica estándar de valuación*, los peritos de Total obtuvieron el capital [patrimonio] de las empresas, en ambos escenarios, al restar la deuda financiera del valor de las empresas [es decir, el valor de la empresa] (en función del total de flujos de caja descontados de las empresas”) (énfasis añadido); *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. y Antin Energia Termosolar c. Reino de España*, Caso CIADIN. ° ARB/13/31, Laudo del 15 de junio de 2018, párrs. 585-586 (CL-0064-ENG) (donde se define el “valor patrimonial final” y se describe que los peritos de la demandante calcularon el valor de las centrales y luego sustrajeron el valor de la deuda, luego de lo cual aplicaron la participación accionaria del 45% de la demandante); *9REN Hldg. S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADIN. ° ARB/15/15, Laudo del 31 de mayo de 2019, párr. 399 (CL-0065-ENG/SPA) (donde se explica que “[p]ara arribar al valor de la inversión de la Demandante en Solaica en la Situación Hipotética, FTI restó la deuda contraída con el tercero por Solaica del valor de su empresa”).

<sup>96</sup> Esto se evidencia en los procesos concursales donde los titulares de acciones se encuentran entre los demandantes de menor prioridad, precedidos por todos los demás acreedores. En consecuencia, cuando el valor de la deuda supera el valor de una empresa, el patrimonio no tiene valor.

<sup>97</sup> MARK A. KANTOR, VALUATION FOR ARBITRATION 197 (2008) (CL-0066-ENG).

<sup>98</sup> *Ver, por ejemplo, Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/07/31 Laudo del 21 de diciembre de 2016, párr. 70 (CL-0067-ENG/SPA) (donde se rechaza el cálculo de daños por parte del perito de la demandante, que habría significado que hubiera tenido “derecho al 26% de los flujos de efectivo dolarizados debidos a PdL en forma directa (evidentemente sin tener en cuenta ninguna [de] las obligaciones y deudas de PdL). En cambio, la Demandada cuantificó ese derecho como el 26% de los dividendos dolarizados que la Demandante podría haber recibido como accionista de PdL una vez canceladas todas las deudas con los acreedores de PdL”); *ibid.*, párr. 71 (“Como accionista de PdL, la Demandante tiene obligaciones al igual que derechos; y una de esas obligaciones es aceptar que los bienes de PdL serían aplicados apropiadamente para satisfacer las demandas legítimas de todos los acreedores de PdL y todos sus accionistas, según los órdenes de prioridad establecidos por la ley”) (cita de un fragmento de su Decisión sobre Responsabilidad); *ibid.*, párr. 84 (donde se señala que “[e]n términos sencillos, la deuda realmente adeudada a [los acreedores] debía haber sido cancelada antes de que los fondos pudieran liberarse para distribuir dividendos a los accionistas”); *ibid.*, párr. 88 (“Por lo tanto, era inevitable que cuando se determinara que los préstamos no eran recuperables en este procedimiento, formarían parte de los pasivos de la empresa que debían cancelarse antes de que pudieran pagarse dividendos”).

10.16.1(a) del CAFTA-DR), o si la empresa recibe una indemnización por la cantidad total de su pérdida (en virtud de una reclamación presentada de conformidad con el artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR), paga a sus acreedores y distribuye el valor patrimonial restante a sus accionistas. De hecho, si bien el resarcimiento al inversor accionista será igual en ambos escenarios, la *responsabilidad* del Estado demandado puede ser mayor en el caso de que un accionista mayoritario presente una reclamación en representación de la empresa de conformidad con el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, cuando esa empresa tenga accionistas minoritarios y/o acreedores, algunos de los cuales *pueden incluso no tener ningún derecho en virtud del tratado*.

51. En el caso *TECO c. Guatemala*, por ejemplo, TECO tenía una participación indirecta en EEGSA a través de un consorcio en el que era titular de una participación minoritaria junto con Electricidad de Portugal S.A. (“EDP”), una empresa portuguesa que también tenía una participación minoritaria, e Iberdrola Energía S.A. (“Iberdrola”), una empresa española que era la accionista mayoritaria<sup>99</sup>. Como se señaló anteriormente, TECO presentó su reclamo por pérdida refleja conforme al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, y se le otorgó una indemnización de acuerdo con su participación patrimonial en EEGSA<sup>100</sup>. Iberdrola presentó un reclamo en virtud del TBI entre España y Guatemala, pero fue desestimado por falta de jurisdicción<sup>101</sup>. EDP, como empresa portuguesa, no tenía derechos en virtud de ningún tratado.

52. Si los roles de TECO e Iberdrola se hubieran invertido, y TECO hubiera sido el accionista mayoritario en el consorcio, TECO igualmente podría haber presentado una reclamación en nombre propio por pérdida refleja de conformidad con el Artículo 10.16.1(a). No obstante, también podría haber optado por presentar una reclamación en representación de su inversión, EEGSA. En ese caso, el monto total de daños sufridos por EEGSA como consecuencia de la violación de Guatemala se habría otorgado a EEGSA. A través de ese laudo, TECO hubiera recibido el mismo monto indemnizatorio que se le habría otorgado mediante la presentación de una reclamación en nombre propio. Sin embargo, Iberdrola, cuyo reclamo fracasó, también hubiera recibido un resarcimiento a través de ese laudo, al igual que EDP, que no tenía derechos en virtud de ningún tratado. Lo mismo se aplica a los acreedores

---

<sup>99</sup> *TECO c. Guatemala*, Laudo, párrs. 6-7, (CL-0031-ENG/SPA).

<sup>100</sup> *Ibid.*, párrs. 333, 716, 742.

<sup>101</sup> *Ver ibid.*, párrs. 252, 486.

de EEGSA, quienes hubieran cobrado sus acreencias a través de la indemnización de daños otorgada a EEGSA.

53. Cuando se permite a los accionistas presentar reclamaciones por pérdidas reflejas en nombre propio, los demandantes no reciben indemnizaciones a expensas de los acreedores. Al otorgar a los accionistas mayoritarios y controlantes el derecho de presentar reclamaciones en nombre de una empresa, el CAFTA-DR y el TLCAN permiten al demandante obtener una indemnización *mayor* para los demás accionistas y acreedores de la empresa, y de ese modo incrementar la responsabilidad del Estado demandado. La afirmación de la Demandada de que la interpretación de los Demandantes torna ineficaz uno u otro de los Artículos 10.16.1(a) o 10.16.1(b) es, por lo tanto, errónea, como lo es su planteo de que los Demandantes le ocasionaron un perjuicio al haber presentado su reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a)<sup>102</sup>. De hecho, la Demandada, reconoció esto en el caso *RDC c. Guatemala*.

54. En *RDC c. Guatemala*, la demandante presentó su reclamación en virtud del CAFTA-DR en nombre propio y en representación de la empresa (FVG) de la cual era propietaria mayoritaria<sup>103</sup>. Los accionistas minoritarios de esa empresa eran nacionales de Guatemala. La demandada se opuso a que el tribunal otorgara una indemnización por daños y perjuicios a la empresa, a lo que estaría obligada en razón de una reclamación presentada en virtud del Artículo 10.16.1(b) en nombre de la empresa<sup>104</sup>, debido al hecho de que esto tendría como resultado que los accionistas minoritarios, que no tenían derechos en virtud del tratado, recibirían una indemnización<sup>105</sup>. El tribunal hizo lugar a la objeción de Guatemala y otorgó daños a la demandante, en lugar de a la empresa:

---

<sup>102</sup> Ver, por ejemplo, Memorial de OP de la Demandada, párrs. 12, 61.

<sup>103</sup> *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADIN. ° ARB/07/23, Laudo del 29 de junio de 2012 (“*Railroad Development c. Guatemala*, Laudo”), párr. 1 (CL-0068-ENG).

<sup>104</sup> Ver CAFTA-DR, Art. 10.26.2 (CL-0001-ENG/SPA) (“Sujeto al párrafo 1, cuando se presente a arbitraje una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(b): (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa; (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses que procedan dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa, y (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable”).

<sup>105</sup> Ver, por ejemplo, *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, CAFTA-DR, Caso CIADIN. ° ARB/07/23, Dúplica de Guatemala sobre el Fondo del 21 de octubre de 2011, párr. 375 (CL-0069-ENG) (donde se afirma que el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR “al igual que el Artículo 1117 del TLCAN tenía la finalidad de proteger a las *empresas* que podían sufrir un perjuicio ‘de un modo que no perjudique directamente al inversionista/ los accionistas. En cambio, no tenía como finalidad, ni se redactó de modo de permitir que un inversionista que afirma haber sufrido un daño directo (como RDC en este caso) sea indemnizado por daños supuestamente sufridos por inversores nacionales en la empresa que no son demandantes en el caso y sobre los cuales el Tribunal no tendría jurisdicción para otorgar una indemnización en virtud del tratado”) (donde se cita el Escrito de la Parte No Litigante presentado por los Estados Unidos en el caso *GAMI c. México* del 30 de junio



En cuanto a la interpretación del Artículo 10.16.1 del CAFTA, el Tribunal observa una cierta incongruencia en la forma en que la Demandante ha planteado su caso. Por un lado, la Demandante presentó su solicitud de arbitraje tanto en nombre propio como en nombre de FVG. Por el otro, la Demandante solicita que la Demandada pague una indemnización a la Demandante. El Artículo 10.16.1(a) contempla el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un demandante en nombre propio. El Artículo 10.16.1(b) prevé el sometimiento a arbitraje por parte de un demandante en representación de ‘una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto’. Como señaló la Demandada, la Demandante pasa por alto el requisito establecido en el Artículo 10.26.2 de que, cuando se someta a arbitraje una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(b), un laudo que otorgue daños pecuniarios dispondrá que la suma se pague a la empresa. En el presente caso, los accionistas minoritarios de FVG son todos nacionales de la Demandada y no reúnen los requisitos para ser considerados inversores con arreglo al CAFTA. Por estas razones, los montos otorgados por la pérdida ocasionada a su inversión deben pagarse a la Demandante y calcularse sobre la base del porcentaje del monto total invertido por los accionistas de FVG, que aportó la Demandante<sup>106</sup>.

55. Los argumentos planteados por la Demandada en *RDC*, así como el laudo del tribunal en el caso, indican que la protección de los derechos de los acreedores *no* era uno de los objetos y fines del CAFTA-DR. No corresponde que la Demandada argumente ahora ante este Tribunal que los Demandantes deberían haber presentado sus reclamaciones en nombre de Exmingua; que una eventual indemnización debería pagarse a Exmingua, y que las reclamaciones de los Demandantes deben ser desestimadas por haber presentado su reclamación en nombre propio, en lugar de en nombre de Exmingua<sup>107</sup>.

### **C. Los Demandantes han presentado reclamaciones por pérdidas sufridas por ellos como resultado de las medidas adoptadas contra su inversión**

56. En su Memorial sobre Objeciones Preliminares, la Demandada malinterpreta o caracteriza erróneamente las reclamaciones de los Demandantes al afirmar que estos supuestamente reclaman una indemnización por un daño ocasionado a Exmingua, una

---

de 2003, párr. 11, cuya interpretación fue *rechazada* por el tribunal de GAMI); *ver también GAMI c. México*, Laudo Definitivo, párrs. 29-30 (CL-0036-ENG/SPA) (donde se sostiene que el tribunal “no acepta que Barcelona Traction haya establecido una regla que deba ser extendida más allá de la cuestión de protección diplomática”).

<sup>106</sup> *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo, párr. 266 (CL-0068-ENG).

<sup>107</sup> *Ver* Memorial de OP de la Demandada, párr. 58 (donde se afirma que los Demandantes deberían haber presentado sus reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1(b) y que la eventual indemnización debería pagarse a la empresa de conformidad con el Artículo 10.26.2, porque “los acreedores de la empresa tienen derecho a protección”).

empresa de propiedad y bajo el control de los Demandantes<sup>108</sup>. En particular, la Demandada cita fragmentos de la Notificación de Arbitraje de los Demandados donde denuncian las acciones u omisiones cometidas por Guatemala con respecto a Exmingua<sup>109</sup>. Entonces, la Demandada llega a la conclusión errada de que los Demandantes han presentado reclamaciones en nombre de Exmingua y, por lo tanto, deberían haber presentado sus reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR<sup>110</sup>.

57. Contrariamente a lo alegado por la Demandada, los Demandantes reclaman una indemnización por los daños que *ellos* sufrieron con motivo del incumplimiento de Guatemala de sus obligaciones conforme a la Sección A del CAFTA-DR. Más específicamente, el valor de la inversión de los Demandantes (Exmingua) y, por lo tanto, el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua disminuyeron como consecuencia de las medidas que Guatemala adoptó contra Exmingua. Esto constituye una pérdida para los Demandantes, quienes son propietarios indirectos de Exmingua a través de sus inversiones de capital. Los Demandantes aclaran a lo largo de su Notificación de Intención y Notificación de Arbitraje que, a diferencia de lo que afirma la Demandada, reclaman una indemnización por los daños que ellos mismos sufrieron:

- “Esta determinación autoimpuesta [de dejar de emitir licencias de explotación] no está en consonancia con el derecho interno, es contraria a las expectativas legítimas de los Inversionistas al momento de hacer sus inversiones en Guatemala e *impidió que los Demandantes obtuvieran beneficios de sus inversiones*”<sup>111</sup>;
- “El *Sr. Kappes y KCA* han incurrido en pérdidas significativas como consecuencia de [los] incumplimientos de [Guatemala]”<sup>112</sup>;
- “*los Inversionistas* ya se han visto perjudicados por la paralización del Proyecto Progreso VII por varios años”<sup>113</sup> ;
- “*Los Demandantes* han sufrido pérdidas significativas como resultado de los incumplimientos [de Guatemala]”<sup>114</sup>;
- “El Estado no ha indemnizado a *los Demandantes* por sus pérdidas”,<sup>115</sup> y

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, párrs. 1, 47-55.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párr. 54.

<sup>110</sup> *Ver ibid.*, párrs. 5, 39(b), 79.

<sup>111</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 51.

<sup>112</sup> Notificación de Intención, pág. 3 (énfasis añadido).

<sup>113</sup> *Ibid.* (énfasis añadido).

<sup>114</sup> Notificación de Arbitraje, párrs. 21, 64 (énfasis añadido).

- “Los Demandantes están pagando el precio por la supuesta irregularidad del propio Estado”<sup>116</sup>.

58. El hecho de que las presuntas pérdidas de los Demandantes puedan ser resarcidas mediante la presentación de una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a) se ve respaldada asimismo por el laudo sobre daños dictado en *Clayton c. Canadá*<sup>117</sup>. En ese caso, el tribunal determinó que Canadá había incumplido sus obligaciones convencionales al negarle a Bilcon Canada, una empresa de propiedad exclusiva de la demandante, un permiso para una cantera y una terminal marítima<sup>118</sup>. A pesar de malinterpretar los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, el tribunal de Clayton rechazó acertadamente la objeción de Canadá de que la demandante estaba planteando una reclamación por las pérdidas sufridas por su empresa, y que el único recurso disponible para la demandante hubiera sido haber presentado una reclamación en nombre de la empresa de su absoluta propiedad, de conformidad con el artículo 1117 del TLCAN<sup>119</sup>.

59. Al hacerlo, el tribunal de *Clayton* explicó que la demandante, y no la empresa canadiense en la que tenía acciones y a la que se le negó el permiso, había sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento de Canadá<sup>120</sup>, debido a que la oportunidad de desarrollar el proyecto era de los demandantes, quienes habían invertido en esa oportunidad<sup>121</sup>. Como explicó el tribunal:

[E]l único objeto de Bilcon de Nueva Escocia era construir y operar una cantera, una función que nunca llegó a cumplir. No era una entidad creada para establecer y administrar una inversión en una cantera y una terminal

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 3 (énfasis añadido).

<sup>116</sup> *Ibid.* (énfasis añadido); ver también Notificación de Intención, pág. 2 (donde se señala que “los Inversionistas se han visto privados del uso y disfrute de su inversión en Exmingua, misma que ha sido objeto de una serie de actos y omisiones por parte del Estado que han sido arbitrarios, injustos y contrario al debido proceso”) (énfasis añadido); *ibid.*, pág. 3 (donde se afirma que el MEM había “dañ[ado] arbitraria e ilegalmente a los Inversionistas al prohibir que Exmingua ejerciera su derecho a exportar los minerales”) (énfasis añadido).

<sup>117</sup> Si bien la Demandada incluye como referencia y cita extensamente el escrito de la Parte no litigante presentada por los Estados Unidos en el caso *Clayton*, llamativamente no menciona el Laudo sobre Daños, que siguió a esa presentación. Ver Memorial de OP de la Demandada, notas al pie 44, 50, 53, 59, 61, 85.

<sup>118</sup> *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Daños, del 10 de enero de 2019 (“*Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Daños”), párr. 19 (CL-0070-ENG) (donde se cita el caso *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, párr. 742).

<sup>119</sup> *Ibid.*, párr. 396 (“La oportunidad de invertir en una cantera y una terminal marítima, que fue negada por la conducta ilegal de la Demandada, era una oportunidad de los Inversionistas y no de Bilcon de Nueva Escocia. En consecuencia, la indemnización debe pagarse directamente a los Inversores de conformidad con el Artículo 1116. La prohibición de otorgar una indemnización por ‘pérdida refleja’ no supone un impedimento).

<sup>120</sup> *Ibid.*, párrs. 390-396.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párr. 396.

marítima con los Clayton como inversores pasivos. El hecho de que los Clayton utilizaran una empresa local como instrumento para aprovechar su oportunidad no hace que esa oportunidad sea de Bilcon de Nueva Escocia. La empresa no era más que un conducto para facilitar las operaciones de los Clayton<sup>122</sup>.

60. Lo mismo sucede en este caso. El único propósito de Exmingua era construir y operar el proyecto minero Tambor. Al igual que Bilcon Canada, Exmingua no fue creada con Dan Kappes y KCA como inversores pasivos, sino todo lo contrario: el Sr. Kappes y KCA tenían una participación muy activa en Exmingua, proporcionando su experiencia y respaldo financiero al emprendimiento<sup>123</sup>. Además, tal como los Demandantes detallaron en su Notificación de Arbitraje, su inversión en Exmingua ha quedado inutilizada como consecuencia de las acciones y omisiones de la Demandada<sup>124</sup>. En tales circunstancias, cuando un inversionista se ve impedido de operar o disfrutar de los beneficios de su inversión, no puede haber ninguna duda de que ha sufrido un daño “directo” y puede presentar una reclamación en nombre propio para obtener una indemnización por el incumplimiento del demandado.

61. En cualquier caso, resulta prematuro realizar un examen detallado a fin de determinar la naturaleza y el alcance de los daños ocasionados a los Demandantes como resultado de los supuestos incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada. A los efectos de las objeciones preliminares conforme al Artículo 10.20.5 de la Demandada, el Artículo 10.20(4)(c) del CAFTA-DR ordena al Tribunal que tome como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante en la Notificación de Arbitraje<sup>125</sup>. Como se estableció

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, párr. 394.

<sup>123</sup> *Ver, por ejemplo*, Notificación de Arbitraje, párr. 3 (donde se menciona que los Demandantes “hicieron inversiones significativas para mejorar la infraestructura en la zona, montar una planta y un laboratorio y proporcionar empleo a las comunidades circundantes”); *ibid.*, párr. 7 (“El Sr. Kappes es... un ingeniero profesional matriculado en Nevada e Idaho, que ha trabajado durante más de 45 años como ingeniero de minería y metalurgia, especializado en lixiviación en pilas de metales preciosos. Además de realizar trabajos de ingeniería y diseño en numerosos proyectos en todo el mundo, el Sr. Kappes ha dirigido pruebas de laboratorio y de campo en varios proyectos que posteriormente se convirtieron en importantes minas de metales preciosos”); *ibid.*, párr. 8 (“KCA es una sociedad anónima... con el propósito de proporcionar servicios metalúrgicos de procesos a la industria minera internacional, especializada en todos los aspectos del procesamiento de cianuro y lixiviación en pilas, incluyendo pruebas de laboratorio, estudios de factibilidad de proyectos, diseño de ingeniería, construcción y gestión de operaciones”); *ibid.*, párr. 38 (“Después de que los Inversionistas adquirieron Exmingua, la empresa presentó una solicitud ante la Dirección General de Minería para obtener una licencia de explotación de 25 años con el fin de explotar oro y plata en el sitio”); *ibid.*, párr. 6 (“Los Demandantes continúan invirtiendo recursos para mantener los equipos y el personal”); *ibid.*, párr. 45 (“Tras intensas gestiones por parte de los Demandantes, el 25 de mayo de 2014, se reanudaron las actividades de explotación en Progreso VII, y, a fin de año, Exmingua realizó su primer envío de concentrado”).

<sup>124</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 3; *ibid.*, párrs. 4-6, 68, 72, 74, 77.

<sup>125</sup> CAFTA-DR, Art. 10.20.4(c) (CL-0001-ENG/SPA) (“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

anteriormente, los Demandantes han alegado que ellos mismos han sufrido daños como consecuencia de que la Demandada incumplió sus obligaciones en virtud del Tratado, y ese hecho debe aceptarse como verdadero a los efectos de dirimir las objeciones preliminares del Artículo 10.20.5 planteadas por la Demandada.

62. Por otra parte, el CAFTA-DR únicamente requiere que el demandante indique la reparación solicitada y el monto aproximado de la indemnización que reclama. Los Demandantes han cumplido con este requisito indiscutiblemente, al solicitar que se “declar[e] que Guatemala ha violado sus obligaciones conforme al CAFTA-DR y que se ordene a Guatemala a que indemnice a los Demandantes”, en la cantidad aproximada especificada<sup>126</sup>. No existe ningún requisito de que los Demandantes deban caracterizar expresamente sus daños en su Notificación de Arbitraje como “directos”, “indirectos” o “reflejos”, como plantea la Demandada<sup>127</sup>.

63. Por lo tanto, el tribunal en el caso *Glamis Gold* rechazó el argumento esgrimido por los Estados Unidos de que la demandante carecía de legitimación porque no había sufrido una pérdida, según requiere el Artículo 1117(1) del TLCAN. El tribunal sostuvo que la existencia de la pérdida era una cuestión de fondo<sup>128</sup>. De manera similar, en el caso *UPS*, Canadá opuso una excepción a la jurisdicción, con el argumento de que la demandante no había sufrido ningún daño como consecuencia de la conducta que se alegaba como violatoria del tratado. El tribunal de *UPS* rechazó la excepción y sostuvo que era suficiente que UPS, en la etapa de objeciones preliminares, “presente un caso *prima facie* de daños ocasionados a UPS por las medidas adoptadas por Canadá objeto de este procedimiento”<sup>129</sup>. Por todas las mismas razones, este Tribunal debería llegar a la misma conclusión.

---

de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación 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 sea controvertido”).

<sup>126</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 78.

<sup>127</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 55, nota al pie 81; CAFTA-DR, Art. 10.16.2 (CL-0001-ENG/SPA).

<sup>128</sup> *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Resolución Procesal N.º 2 (modificada) del 31 de mayo de 2005, párrs. 22-23 (CL-0071-ENG).

<sup>129</sup> *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 37 (CL-0037-ENG); *ver también Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, párr. 80 (CL-0028-ENG) (donde se sostiene que “no podría ser más claro que un inversor que reclama una pérdida o daño a su participación en la empresa en cuestión puede presentar reclamaciones conforme al Artículo 1116”, y que “[p]or supuesto el Inversor debe probar que esa pérdida o daño fue causado a su participación, y su relación causal con la violación que se denuncia”) (énfasis añadido).

#### **D. Los Demandantes cumplieron con el requisito de renuncia**

64. La Demandada afirma que el Tribunal carece de jurisdicción porque los Demandantes no presentaron una renuncia en nombre de Exmingua, de conformidad con el Artículo 10.18.2(b)(ii) del CAFTA-DR<sup>130</sup>. Además sostiene que Exmingua ha actuado de manera incompatible con esta renuncia inexistente, privando así al Tribunal de jurisdicción sobre las reclamaciones de los Demandantes<sup>131</sup>. La objeción de la Demandada no encuentra sustento en el Tratado. Los Demandantes han cumplido plenamente con la disposición sobre renuncia del CAFTA-DR, como se explica a continuación.

65. El artículo 10.18.2(b) del CAFTA-DR establece que la notificación de arbitraje debe ir acompañada de:

i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y

ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b) de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. No obstante [lo anterior], el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) podrán iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera [trámite] del arbitraje<sup>132</sup>.

66. Los Demandantes presentaron sus reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1(a) y, en consecuencia, de conformidad con el texto claro del Artículo 10.18.2(b)(i), debían presentar una renuncia en su nombre. No se alega que las renunciaciones presentadas por los Demandantes con arreglo al Artículo 10.18.2(b)(i) contengan defectos en ningún aspecto.

---

<sup>130</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 7, 12, 39(c), 69.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párrs. 7, 70.

<sup>132</sup> CAFTA-DR, Art. 10.18.2-3 (CL-0001-ENG/SPA).

67. Por esta y otras razones, la referencia que hace la Demandada al caso *Commerce Group c. El Salvador*<sup>133</sup> en apoyo de su argumento es improcedente. En ese caso, el tribunal determinó que los demandantes habían actuado de manera contraria a la renuncia que habían otorgado dado que no habían finalizado los procesos judiciales relacionados con la medida en los cuales ellos mismos eran partes<sup>134</sup>. En el caso que nos ocupa, los Demandantes no son partes en ningún proceso ante un tribunal judicial o administrativo guatemalteco. En consecuencia, las disposiciones claras del Tratado requieren rechazar la objeción de la Demandada de que los Demandantes han actuado de manera incompatible con la obligación de renuncia establecida en el CAFTA-DR.

68. La afirmación de la Demandada de que *Exmingua* debía haber presentado una renuncia no encuentra respaldo en el Tratado. El Artículo 10.18.2(b)(ii) del CAFTA-DR establece que una empresa debe presentar una renuncia cuando se presenta una reclamación a arbitraje *en representación de la empresa* de conformidad con el Artículo 10.16.1(b). Los Demandantes presentaron su reclamación en virtud del Artículo 10.16.1(a) y, por lo tanto, no estaban obligados a presentar una renuncia en nombre de *Exmingua*. La objeción en contrario de la Demandada es, por lo tanto, incompatible con el texto claro del Tratado. De hecho, la única fuente que la Demandada menciona en apoyo de su posición es un argumento planteado por otro Estado demandado en un arbitraje iniciado en virtud de un tratado distinto (aunque similar), donde el tribunal no se pronunció sobre la objeción<sup>135</sup>.

69. La Demandada recurre a las ventajas percibidas y el objetivo de exigir una renuncia, pero no considera que esos objetivos no pueden alcanzarse en todos los casos, incluso bajo su interpretación y, de cualquier modo, no pueden anteponerse al texto claro del Tratado. La Demandada señala que la renuncia tiene por finalidad evitar que el demandado tenga que defenderse en múltiples procedimientos sustanciados en distintos foros contra la misma medida; evitar decisiones contradictorias, y evitar la doble indemnización del demandante y el consiguiente doble pago del demandado<sup>136</sup>. Si bien estos pueden ser, en efecto, objetivos válidos, la obligación de renuncia (incluso según la interpretación de la Demandada) no puede lograr estos objetivos en todas las situaciones y, cuando ese es el caso, no existe ningún fundamento para imponer requisitos *adicionales* a los Demandantes.

---

<sup>133</sup> Ver Memorial de OP de la Demandada, párr. 67.

<sup>134</sup> *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N. ° ARB/09/17, Laudo del 14 de marzo de 2011, párrs. 100-102 (RL-0021-ENG).

<sup>135</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 44.

<sup>136</sup> *Ibid.*, párr. 65.

70. Como primera cuestión, los tribunales tienen medios a su disposición para prevenir la doble indemnización o doble pago, y numerosos tribunales han confirmado que el riesgo de doble indemnización o doble pago es irrelevante a los efectos de la determinación de la jurisdicción del tribunal<sup>137</sup>. Tal como explicó el tribunal en el caso *Nykomb c. Letonia*, “[e]l riesgo de doble pago es ciertamente un efecto del establecimiento de un mecanismo de arbitraje también por presuntas pérdidas o daños sufridos indirectamente por un inversor, por ejemplo, por violaciones contra su subsidiaria en un país que se ha adherido al Tratado”<sup>138</sup>. El tribunal en *Nykomb* enfatizó, sin embargo, que “claramente, el derecho al arbitraje en virtud del Tratado no queda excluido o limitado en casos donde existe un posible riesgo de doble pago”<sup>139</sup>. Más bien, como explicó el tribunal en el caso *Suez c. Argentina*, donde exista tal riesgo, “un eventual laudo en e[l] caso podría configurarse de manera tal que se impida la doble indemnización” o el doble pago<sup>140</sup>.

71. Con respecto a la multiplicidad de reclamos y la posibilidad de que se dicten decisiones contradictorias, como explica el profesor Schreuer, “[cualquier] dificultad que

---

<sup>137</sup> *Railroad Development c. Guatemala*, Laudo, párr. 265 (CL-0068-ENG) (“El Tribunal observa que tiene la capacidad de otorgar un laudo a medida para minimizar el riesgo de doble indemnización entre las partes. En estas circunstancias, la mejor manera de resolver la situación es exigiendo que la Demandante, tras el pago íntegro y efectivo de la indemnización pagadera por la Demandada, le transfiera a la Demandada o a la persona que esta designe todas sus acciones en FVG”); ver también *Sempra Energy Int’l c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005 (“*Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción”), párr. 102 (CL-0072-ENG/SPA) (“[E]l derecho internacional y la jurisprudencia disponen de numerosos mecanismos para evitar la posibilidad de una doble indemnización”); *Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 51 (CL-0013-ENG) (“[U]n eventual laudo en e[l] caso podría configurarse de manera tal que se impida la doble indemnización”).

<sup>138</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm c. República de Letonia*, Caso CCE, Laudo del 16 de diciembre de 2003 (“*Nykomb c. Letonia*, Laudo”), pág. 9 (CL-0073-ENG).

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Suez e InterAguas c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 51 (CL-0013-ENG); ver también *Hochtief c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, párr. 180 (CL-0046-ENG/SPA) (“Incluso si asumieramos que dicha posibilidad [de doble indemnización] realmente existe, sin embargo, se trata de una cuestión referente a la reparación más que a la reclamación. No constituye un impedimento a la admisibilidad de una reclamación – a menos, tal vez, que se presente como un aspecto de un argumento basado en el principio de la cosa juzgada, que no es el caso aquí”); *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción del 19 de diciembre de 2012, párr. 253 (CL-0074-ENG) (“Sin embargo, ese riesgo [de doble indemnización] es inherente a muchas controversias relativas a inversiones que también plantean, directo o indirectamente, una posible opción de indemnización a nivel puramente interno. Esta configuración de ninguna manera constituye una restricción a la jurisdicción de este Tribunal de conformidad con el TBI Argentina-España”); *Camuzzi Int’l S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/2, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, párr. 91 (CL-0075-ENG/SPA) (la doble indemnización “es un aspecto que pertenece a la consideración del fondo de la controversia”); *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 102 (CL-0072-ENG/SPA) (la doble indemnización “es un aspecto que pertenece a la consideración del fondo de la controversia”); *Eskosol c. Italia*, Decisión de la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5), párr. 170, nota al pie 294 (CL-0058-ENG) (“Si Italia no hubiera prevalecido en el procedimiento anterior, y se le hubiera ordenado pagar una indemnización a los demandantes *Blusun*, el Tribunal, por supuesto, tendría que estar atento de evitar la doble indemnización por parte de Italia por la misma pérdida”).



surja de una multiplicidad de demandantes puede ser resuelta por medio de varios recursos, *pero no requiere que el inversionista sea privado de su legitimación*<sup>141</sup>. Es indiscutible que un accionista minoritario no puede otorgar una renuncia en nombre de una empresa, en cuyo caso el Estado demandado puede tener que defenderse frente a una reclamación de arbitraje presentada por ese accionista, así como una acción judicial presentada por la empresa. Este hecho no puede privar al demandante de su derecho a someter su reclamación a arbitraje<sup>142</sup>.

72. En cuanto a los accionistas mayoritarios, el CAFTA-DR podría haberles exigido que presenten renunciaciones en nombre de sus empresas al presentar una reclamación por pérdida o daño ocasionado al valor de sus acciones en esa empresa, pero los Estados Partes en el Tratado optaron por no hacerlo. En cambio, en el TLCAN, los Estados Partes establecieron el requisito de que, cuando un demandante presenta una reclamación en nombre propio, de conformidad con el Artículo 1116, y esa reclamación es por pérdida o daño derivado de la participación del demandante en una empresa de su propiedad o bajo su control, el demandante debe proporcionar una renuncia en su nombre y a nombre de la empresa<sup>143</sup>. Sin embargo, el Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR *no* contiene un texto equivalente, y no hay ningún fundamento para insertar ese requisito adicional en el Tratado, como insta implícitamente la Demandada.

---

<sup>141</sup> Christoph Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, en COMMON VALUES IN INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTIAN TOMUSCHAT 612 (Pierre-Marie Dupuy y otros eds., 2006) (CL-0076-ENG) (énfasis añadido).

<sup>142</sup> *Ver, por ejemplo, GAMI c. México*, Laudo Definitivo, párrs. 37-38 (CL-0036-ENG/SPA) (“El artículo 1117 del TLCAN habría permitido a GAMI como dueño del 100% de las acciones de GAM buscar reparación por las alegadas infracciones del Tratado por México. No se habría requerido que GAMI hiciera que GAM buscara reparación antes los tribunales mexicanos. Se ha visto anteriormente que el hecho que GAMI sea sólo un accionista minoritario no afecta su derecho de acudir a recursos arbitrales internacionales. ¿Necesita esta conclusión ser reconsiderada debido a las iniciativas de otros accionistas de GAM? Los propietarios del 85,82% de las acciones hubieran podido por razones propias escoger no impulsar a GAM a buscar satisfacción ante los tribunales mexicanos. (Hubieran podido ser simplemente derrotistas. O hubieran podido haber hecho su acuerdo separado con el Gobierno y abandonado todo otro reclamo a cambio de beneficios compensatorios). Esto no le quitaría legitimidad a GAMI. Es difícil ver por qué la posición de GAMI bajo el TLCAN resultaría perjudicada debido a que los accionistas mayoritarios impulsaron a GAMI a buscar reparación ante los tribunales mexicanos...”).

<sup>143</sup> *Ver* TLCAN, Art. 1121(1)(b) (CL-0034-ENG/SPA) (“1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si... (b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente”).

### **E. El Anexo 10-E del CAFTA-DR no es aplicable en este caso**

73. La Demandada afirma que los Demandantes han actuado en contravención del Anexo 10-E del CAFTA-DR, al someter a arbitraje sus reclamaciones en razón de que Guatemala violó su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas, después de que los tribunales guatemaltecos se pronunciaron sobre los recursos de amparo incoados por *Exmingua* en los que solicitaba que se declare que la policía no mantuvo el orden público<sup>144</sup>. La Demandada afirma erróneamente que el Anexo 10-E introduce una cláusula de elección de vías en el CAFTA-DR, que requiere que los demandantes elijan si llevar a cabo un arbitraje internacional o un juicio ante los tribunales nacionales con respecto a la medida impugnada, y que una vez hecha la elección, esta es irrevocable<sup>145</sup>. Debido a que, según la Demandada, los motivos en que se funda la acción sustanciada por *Exmingua* ante los tribunales guatemaltecos y la reclamación por violación del deber de otorgar protección y seguridad plenas de los Demandantes presentada ante este Tribunal son los mismos, la Demandada no ha prestado su consentimiento para someter esta reclamación a arbitraje<sup>146</sup>. La Demandada malinterpreta el Anexo 10-E cuando plantea esta objeción infundada.

74. La Demandada se equivoca cuando afirma que el CAFTA-DR contiene una cláusula de elección de vías, que requiera que el demandante elija si impugna una medida en los tribunales locales o en arbitraje internacional<sup>147</sup>. Como lo indica el Artículo 10.18, el CAFTA-DR es uno de varios tratados que contienen una disposición general que impide volver atrás, en lugar de una cláusula de elección de vías. El CAFTA-DR, como casi todos los tratados modernos de inversión, no requiere el agotamiento de los recursos locales antes de que se pueda someter una reclamación a arbitraje internacional<sup>148</sup>. Sin embargo, el CAFTA-DR, al igual que el TLCAN, *alienta* a recurrir a los tribunales locales antes de iniciar el procedimiento de arbitraje. En ese sentido, contiene una disposición que requiere que el demandante presente una renuncia a iniciar o *continuar* los procesos judiciales locales relacionados con la medida impugnada solo una vez que el demandante decide someter la

---

<sup>144</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 72-75.

<sup>145</sup> *Ibid.*, párr. 74.

<sup>146</sup> *Ibid.*, párr. 78.

<sup>147</sup> *Ibid.*, párr. 74.

<sup>148</sup> *Ver, por ejemplo*, Christoph Schreuer, *Consent to Arbitration*, en THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 830, pág. 846 (Peter Muchlinski y otros, eds., 2008) (CL-0077-ENG) (“Las disposiciones por las que se otorga el consentimiento para el arbitraje de inversiones no requieren, en general, el agotamiento de los recursos locales antes de iniciar procedimientos internacionales. Uno de los propósitos del arbitraje entre inversores y Estados es evitar los vaivenes de los procedimientos ante los tribunales del Estado receptor”).

reclamación a arbitraje internacional<sup>149</sup>. También permite expresamente al demandante continuar ciertos tipos de procedimientos ante los tribunales judiciales o administrativos locales incluso después de haber comenzado el arbitraje internacional<sup>150</sup>. En consecuencia, un demandante puede primero recurrir a los tribunales locales y luego, dentro del plazo requerido, puede someter una reclamación a arbitraje internacional impugnando esa misma medida. No obstante, una vez hecho esto, no puede presentar o volver a presentar un reclamo ante los tribunales locales.

75. El Anexo 10-E contiene una excepción limitada a esta regla general de no volver atrás<sup>151</sup>, que establece que:

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, 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*<sup>152</sup>.

76. Tal como establece claramente la redacción del texto, el Anexo solo impide que un inversionista someta sus reclamaciones a arbitraje internacional “si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado esa *violación de una obligación establecida en la*

---

<sup>149</sup> CAFTA-DR, Art. 10.18.2 (CL-0001-ENG/SPA).

<sup>150</sup> *Ibid.*, Art. 10.18.3.

<sup>151</sup> Otra excepción a la prohibición de volver atrás es con respecto a las reclamaciones por incumplimiento de acuerdos o autorizaciones de inversión. *Ver* CAFTA-DR, Art. 10.18.4 (CL-0001-ENG/SPA) (“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje: (a) alegando una violación de una autorización de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(B), o (b) alegando una violación de un acuerdo de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(C), si el demandante (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, para adjudicación o resolución”).

<sup>152</sup> *Ibid.*, Anexo 10-E (énfasis añadido).

*Sección A [del Capítulo 10 del CAFTA-DR]... en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana”*<sup>153</sup>.

77. En consecuencia, no todos los procedimientos interpuestos por un inversionista o una empresa ante los tribunales locales son objeto del Anexo 10-E del CAFTA-DR. Solo los procedimientos locales en los que se alegue el incumplimiento de la obligación de un Estado conforme a la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR entran dentro de ese alcance.

78. Esto se corresponde con el objeto y fin del Tratado. El Anexo 10-E se incluyó en el CAFTA-DR porque, en algunos países con sistemas de derecho civil, los tratados surten efecto de forma automática, lo que significa que se convierten en parte de la ley nacional sin necesidad de promulgar ninguna ley reglamentaria y las personas pueden presentar demandas ante los tribunales por una violación del tratado en sí. Este es el caso de México, por ejemplo, a diferencia de los Estados Unidos o Canadá. En consecuencia, el TLCAN contiene el Anexo 1120.1, que es similar al Anexo 10-E del CAFTA-DR, excepto que se aplica expresamente solo a México<sup>154</sup>, el único de los tres países signatarios del TLCAN donde los tratados surten efecto en forma automática. Esto se explica en la Declaración de Acto Administrativo de los Estados Unidos, que se presenta al Congreso de los Estados Unidos, un documento que acompaña al proyecto de ley reglamentaria del tratado de comercio pertinente, donde se señala lo siguiente:

Debido a que el TLCAN dará lugar a derechos de acción privados conforme al derecho mexicano, el Anexo 1120.1 evita someter al Gobierno mexicano a una posible ‘doble exposición’ al estipular que no se puede someter a arbitraje una reclamación en virtud del Capítulo Once cuando se haya presentado ante un tribunal judicial o administrativo mexicano<sup>155</sup>.

79. El Anexo 10-E del CAFTA-DR también contiene una cláusula de elección de vías aplicable a los inversionistas estadounidenses que presenten reclamaciones sobre violaciones del Tratado ante tribunales locales, dado que todos los Estados Parte del Tratado, excepto los Estados Unidos, son países con sistemas de derecho civil. Como sostuvo el tribunal en el caso *Corona c. República Dominicana*:

---

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> TLCAN, Anexo 1120.1 (CL-0034-ENG/SPA).

<sup>155</sup> *Ver* Mensaje del Presidente de los Estados Unidos que comunica el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los Textos del Tratado, el Proyecto de Ley Reglamentaria, la Declaración de Acto Administrativo y las Declaraciones de Apoyo Requeridas, Declaración de Acto Administrativo, 3 de noviembre de 1993, H. Do c. 103-159, Vol. 1, 450, pág. 595 (C-0001-ENG).

[E]l Artículo 10.18.4 del DR-CAFTA establece la cláusula de ‘elección de vías’. *Pero esto es aplicable solamente a reclamaciones de una presunta violación en virtud de la Sección A del Capítulo 10 en actuaciones ante un tribunal judicial o administrativo de un Estado Parte centroamericano o la República Dominicana.* El Anexo 10-E sólo es aplicable a reclamaciones de inversionistas estadounidenses. *Esta ‘elección de vías’ claramente está prevista para tratar la situación en determinados países con ordenamientos jurídicos de tradición romanista donde los tratados internacionales tienen efecto directo y, por lo tanto, la presunta violación de un tratado internacional puede conformar una causa en virtud del derecho interno de estos Estados*<sup>156</sup>.

80. Como se establece en el Anexo 10-E, en el caso de reclamaciones presentadas por un demandante estadounidense de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), esas reclamaciones solo están prohibidas cuando *ese demandante* haya presentado reclamaciones en las que haya alegado una violación de la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR ante un tribunal judicial o administrativo local<sup>157</sup>. Dado que ni siquiera se alega que los *Demandantes* hayan presentado *algún* reclamo ante los tribunales guatemaltecos, el Anexo 10-E es completamente inaplicable en este caso.

81. Además, en cualquier caso, tampoco se alega que Exmingua haya presentado ningún reclamo ante un tribunal judicial o administrativo guatemalteco en el que se alegue una violación de alguna disposición de la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR. La afirmación de la Demandada de que los “motivos en que se fundan” las anteriores acciones de amparo de Exmingua por las que se solicita se ordene a la policía mantener el orden público y las reclamaciones por violación de la obligación de protección y seguridad plenas de los Demandantes ante este Tribunal son los mismos<sup>158</sup>, es irrelevante. Incluso suponiendo, como hipótesis, que éste fuera el caso, la Demandada pasa por alto el texto claro del Anexo 10-E, así como el objeto y fin del Tratado, que solo prohíbe las reclamaciones arbitrales

---

<sup>156</sup> *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADIN. ° ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA del 31 de mayo de 2016 (“*Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada”), párr. 269 (RL-0002-ENG) (énfasis añadido, se omiten las citas); *ver también Nissan Motor Co., Ltd. c. República de la India*, Caso CPA N. ° 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de abril de 2019 (“*Nissan Motor c. India*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 214 (CL-0078-ENG) (“[U]tilizando los términos que el propio CEPA define expresamente, no se puede dar lugar a la excepción a la jurisdicción opuesta por la India. Está claro que la acción declarativa (*writ proceedings*) no presenta ningún reclamo de incumplimiento del CEPA, sino que cuestiona la constitucionalidad de la modificación de la Ley de IVA de TN efectuada por Tamil Nadu. No se trata de una “controversia relativa a inversiones” según su definición en el CEPA. El hecho de que la acción declarativa pueda involucrar ciertos hechos que se superponen con el reclamo en virtud del CEPA no cambia el análisis del texto claro del artículo 96(6)”).

<sup>157</sup> CAFTA-DR, Anexo 10-E, párr. 1(a) (CL-0001-ENG/SPA).

<sup>158</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 75-78.

cuando se hayan presentado demandas en las que se alegue “*esa violación de una obligación establecida en la Sección A [del Capítulo 10 del CAFTA-DR]... en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo*”<sup>159</sup>. Debido a que en todas las acciones incoadas por Exmingua ante los tribunales guatemaltecos se alegaron violaciones de las leyes de Guatemala, y no se alegó ninguna violación de la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR, de ningún modo sus acciones pueden tornar operativa la cláusula de elección de vías del Anexo 10-E.

### **III. LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN DE TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DE LOS DEMANDANTES ES ADMISIBLE**

82. La Demandada argumenta que la reclamación de violación del estándar de protección de NMF del Artículo 10.4 del CAFTA-DR es inadmisble dado que los Demandantes no pudieron identificar dicha reclamación en su Notificación de Intención<sup>160</sup>. La Demandada afirma que el Artículo 10.16.2 del Tratado requiere notificación de “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación” y afirma que, aunque los Demandantes esgrimieron la existencia de un incumplimiento del estándar de Trato Nacional conforme el Artículo 10.3 del CAFTA-DR, no reclamaron la existencia de una violación del trato de NMF<sup>161</sup>. Según la Demandada, la reclamación de violación del trato NMF por parte de los Demandantes planteada en su Notificación de Arbitraje es, por lo tanto, inadmisble. La objeción de la Demandada carece de mérito.

83. En su Notificación de Intención, los Demandantes establecen los hechos esenciales y el fundamento jurídico para su reclamación en relación con el trato de NMF. En particular, los Demandantes explicaron que los tribunales guatemaltecos y el MEM han actuado de manera inconsistente y arbitraria con respecto al trato a Exmingua en comparación con el trato dispensado a las inversiones de titularidad de terceros. Específicamente, la Notificación de Intención analizaba la suspensión de la licencia de explotación del Proyecto Progreso VII por parte de la Corte Suprema mientras se encontraba pendiente la finalización de las consultas por parte de la Demandada; el hecho de que el MEM ni siquiera había comenzado a realizar las consultas; y cómo la apelación de Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad continuaba pendiente de resolución más de dos años después de su presentación<sup>162</sup>. Los

---

<sup>159</sup> CAFTA-DR, Anexo 10-E, párr. 1 (CL-0001-ENG/SPA).

<sup>160</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 87.

<sup>161</sup> CAFTA-DR, Art. 10.16.2 (CL-0001-ENG/SPA); Memorial de OP de la Demandada, párrs. 87-88, 91.

<sup>162</sup> Notificación de Intención, págs. 2-3.

Demandantes luego explicaron que, en contraposición, la Corte de Constitucionalidad determinó que las inversiones de Oxec, S.A. y Oxec II, S.A. – de propiedad indirecta de nacionales guatemaltecos – podían continuar operando mientras las consultas por parte del Estado siguieran pendientes; que la Corte de Constitucionalidad resolvió ese caso, que había sido planteado después del de Exmingua, en tres meses; y que el MEM comenzó y completó rápidamente sus consultas con relación a ese proyecto<sup>163</sup>. Todo esto dio lugar a los fundamentos de hecho y de derecho de la reclamación de Trato Nacional de los Demandantes.

84. Algunos meses después de que los Demandantes presentaran su Notificación de Intención, la Corte de Constitucionalidad intervino en el caso *Escobal* en la apelación contra una orden de suspensión presentada con relación a la mina San Rafael. Si bien dicha apelación se presentó más de un año después de la de Exmingua, la Corte emitió su decisión hace más de un año, mientras que la apelación de Exmingua *todavía* se encuentra pendiente de resolución<sup>164</sup>. Esto confirma el trato arbitrario y discriminatorio de la Demandada. Los Demandantes hicieron referencia a estos hechos en su Notificación de Arbitraje y, dado que la mina San Rafael era operada por la subsidiaria guatemalteca de Tahoe Resources, una sociedad canadiense, los Demandantes incluyeron una reclamación en relación con el trato de NMF en su Notificación de Arbitraje. Concordantemente, los fundamentos de hecho de esta reclamación – incluida la naturaleza de las medidas que dan lugar a la reclamación en relación con el trato de NMF, que concierne el trato diferencial dispensado por los tribunales de la Demandada – se incluyeron en la Notificación de Intención de los Demandantes, y la Demandada no puede sugerir con verosimilitud que no tenía conocimiento de estos reclamos.

85. Como se explicará más adelante, por estos y otros motivos, la objeción de la Demandada debería desestimarse. Desestimar la reclamación en relación con el trato de NMF de los Demandantes resultaría contrario al sentido ordinario y al objeto y fin del Tratado. Esto es especialmente cierto en circunstancias en las que, como en este caso, la Demandada no ha sufrido perjuicio alguno por la supuesta “deficiencia” en la Notificación de Intención de los Demandantes.

---

<sup>163</sup> *Ibid.* pág. 3; *ver también* Notificación de Arbitraje, párrs. 61-62, 67-68.

<sup>164</sup> Notificación de Arbitraje, párrs. 63, 67-68.

**A. El sentido ordinario del Artículo 10.16.2, en su contexto, confirma que la reclamación en relación con el trato de NMF de los Demandantes es admisible**

86. La Demandada observa que la letra del Artículo 10.16.2 dispone que una Notificación de Intención deberá incluir “por cada reclamación, la disposición de[l CAFTA-DR] ... presuntamente violado” y “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación”<sup>165</sup>. Luego afirma, sin texto respaldatorio alguno, que la reclamación en relación con el trato de NMF de los Demandantes debería desestimarse porque estos omitieron incluir el fundamento jurídico de la reclamación sobre trato de NMF en su Notificación de Intención. Esta conclusión se contradice con el texto del Tratado.

87. El Artículo 10.16.2 no establece que su cumplimiento sea una precondition para el consentimiento por parte de la Demandada a arbitrar ciertas reclamaciones, o que su incumplimiento implique desestimar una reclamación. Esto se confirma analizando el contexto del Artículo, que también incluye a las demás disposiciones del Tratado<sup>166</sup>. Otras disposiciones del CAFTA-DR revelan que, cuando los Estados Partes tuvieron la intención de condicionar la presentación de una reclamación al cumplimiento de ciertos requisitos, lo hicieron expresamente:

- “*Siempre que* hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación...”<sup>167</sup>.
- “*Ninguna reclamación podrá someterse* a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación...”<sup>168</sup>.
- “*Ninguna declaración podrá someterse* a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: (a) el demandante consienta por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y (b) la notificación de arbitraje se acompañe [de las renunciaciones correspondientes]”<sup>169</sup>.
- “*Ninguna declaración podrá someterse* a arbitraje: (a) alegando una violación de una autorización de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(B), o (b) alegando una violación de un acuerdo de

---

<sup>165</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 88.

<sup>166</sup> Convención de Viena, Art. 31(2) (CL-0005-ENG/SPA); *VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES, A COMMENTARY* 582 (Oliver Dörr y Kirsten Schmalenbach, editores, 2018) (CL-0079-ENG).

<sup>167</sup> CAFTA-DR, Artículo 10.16.3 (CL-0001-ENG/SPA) (énfasis añadido).

<sup>168</sup> *Ibid.*, Artículo 10.18.1 (énfasis añadido).

<sup>169</sup> *Ibid.*, Artículo 10.18.2 (énfasis añadido).



inversión en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(C)...”<sup>170</sup>.

88. La ausencia de frases tales como “ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje” o “siempre que ‘x’, la demandante podrá presentar una reclamación” indica que el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las reclamaciones.

89. El tribunal del caso *B-Mex c. México* confirmó esta premisa en su interpretación del Artículo 1119 del TLCAN, que es idéntico al Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR en todos los aspectos pertinentes<sup>171</sup>. En el caso en cuestión, México argumentó que, dado que en la notificación de arbitraje se nombraron 32 demandantes adicionales que no se mencionaron en la notificación de intención, México no había prestado su consentimiento para arbitrar las reclamaciones de esos 31 demandantes adicionales. Siguiendo un análisis del sentido ordinario del artículo sobre la notificación de intención, en este contexto, el tribunal sostuvo lo siguiente:

El Artículo 1119 impone una obligación al inversionista, pero la existencia de una obligación no implica la expresión de las consecuencias que acarrearía el incumplimiento de dicha obligación.

El Tratado no establece expresamente la sanción de desestimación. Tal como se indicara *supra*, a diferencia de las disposiciones de los Artículos 1116, 1117, 1120 y 1121(1), ni el Artículo 1119 ni ninguna otra disposición del Tratado establecen que una reclamación puede ser sometida a arbitraje “sólo si” o “siempre que” se hubieren cumplido los requisitos del Artículo 1119. ... A la luz de que en el Tratado no hay expresión alguna que así lo establezca, el Tribunal no puede deducir un *derecho* de desestimación de la reclamación solo porque para algunos esto podría resultar deseable<sup>172</sup>.

90. Análogamente, en *ADF c. Estados Unidos*, el tribunal rechazó el argumento de la demandada que sostenía que la existencia de un defecto procesal en una notificación de intención implicaba la desestimación de la reclamación. En ese caso, la demandante primero

---

<sup>170</sup> *Ibid.*, Artículo 10.18.4 (énfasis añadido).

<sup>171</sup> TLCAN, Artículo 1119 (CL-0034-ENG/SPA) (“El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente: (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa; (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”).

<sup>172</sup> *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial del 19 de Julio de 2019 (“*B-Mex c. México*, Laudo Parcial”), párrs. 122-123 (CL-0080-ENG/SPA) (énfasis en el original).

planteó una reclamación sobre el trato de NMF en su memorial de contestación, luego de omitir mencionarlo tanto en la notificación de intención como en la notificación de arbitraje<sup>173</sup>. Al admitir el reclamo, el tribunal consideró el lenguaje ordinario de las disposiciones pertinentes del TLCAN y concluyó que una irregularidad procesal en la notificación de intención no afectaba el consentimiento a arbitrar de una parte del TLCAN NAFTA, y por lo tanto no privaba al tribunal de su jurisdicción<sup>174</sup>. El tribunal explicó:

Volviendo al Artículo 1119(b) ... Nos parece difícil concluir que la omisión por parte del inversionista de crear una lista exhaustiva de ‘otras disposiciones pertinentes’ en su Notificación de Intención de Presentar una Demanda de Arbitraje deba resultar en la pérdida de jurisdicción para considerar y respaldarse en cualquier disposición del TLCAN no incluida en la lista pero pertinente en el proceso de resolución de la controversia<sup>175</sup>.

91. Debería llegarse a la misma conclusión en este caso. Desestimar la reclamación relativa al trato de NMF de los Demandantes solo porque su Notificación de Intención no hace referencia expresa a ella sería inconsistente con el lenguaje sencillo de las disposiciones de notificación del CAFTA-DR interpretadas en su contexto.

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

92. La Demandada afirma que el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR consiste en permitir que se intente llegar a acuerdos amistosos entre las partes y otorgar al Estado demandado tiempo para preparar su defensa<sup>176</sup>. Además alega que admitir la reclamación de los Demandantes en relación con el trato de NMF contradiría el objeto y fin del Tratado dado que el hecho de que los Demandantes hayan omitido la reclamación de trato de NMF de su Notificación de Intención (i) la privó de la oportunidad de evaluar el coste-beneficio de llegar a un acuerdo y de participar de un “diálogo significativo” con los Demandantes<sup>177</sup>; y (ii) dañó su capacidad de preparar y argumentar su defensa<sup>178</sup>. Los argumentos de la Demandada carecen de mérito.

---

<sup>173</sup> *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/00/1, Laudo del 9 de enero de 2003 (“*ADF c. Estados Unidos*, Laudo”), párr. 127 (CL-0081-ENG).

<sup>174</sup> *Ibid.*, párr. 120 (CL-0081-ENG).

<sup>175</sup> *Ibid.*, párr. 134 (CL-0081-ENG).

<sup>176</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 92-94.

<sup>177</sup> *Ibid.*, párrs. 93-94.

<sup>178</sup> *Ibid.*, párr. 92.

93. La interpretación de los Demandantes sobre las disposiciones de notificación en el CAFTA-DR están en absoluta consonancia con el objeto y fin de permitir que se realicen intentos para lograr soluciones amistosas<sup>179</sup>. La Notificación de Intención de los Demandantes tampoco impidió a la Demandada entablar un diálogo significativo con los Demandantes. Y si bien la Demandada no ha logrado demostrar que el objeto y fin de la disposición de notificación sea preparar una defensa, el contenido de la Notificación de Intención de los Demandantes no la privó de la posibilidad de hacerlo.

94. Siempre que se ha satisfecho el objeto y fin de una disposición de notificación, es decir, informar a la Demandada acerca de la controversia y otorgar tiempo para realizar intentos de arribar a un acuerdo, los tribunales han rehusado, correctamente, desestimar reclamaciones sobre la base de un defecto en la notificación. En el caso *B-Mex*, por ejemplo, al negarse a desestimar las reclamaciones de los 31 demandantes que no habían sido nombrados en la notificación de intención, el tribunal consideró que la información que se le había proporcionado a la demandada en dicha notificación de intención era suficiente como para que esta participara de negociaciones significativas en miras a un acuerdo<sup>180</sup>. El tribunal destacó que “[r]esulta posible cumplir ese objetivo [por ejemplo, una solución amistosa] incluso cuando la notificación de intención no incluya toda la información requerida”<sup>181</sup>. La cuestión es si la notificación “le proporcionaba a la Demandada información suficiente relativa a la controversia para permitir un esfuerzo de negociación que fuera significativo”<sup>182</sup>.

95. Asimismo, en el caso *Al-Bahloul c. Tayikistán*, en el que el demandante presentó su solicitud de arbitraje dos semanas antes de que venciera el período de espera de tres meses, el

---

<sup>179</sup> Ver, por ejemplo, *Supervision y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/12/4, Laudo del 18 de enero de 2017 (“*Supervision c. Costa Rica*, Laudo”), párr. 339 (RL-0032-ENG) (“En efecto, una notificación adecuada le permite al Estado examinar y posiblemente resolver la disputa a través de la negociación”); *Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/04/2, Resolución del 16 de marzo de 2006, párr. 5 (RL-0033-ENG) (“La notificación adecuada es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje, ya que le permite al Estado, actuando a través de sus órganos competentes, examinar y posiblemente resolver la disputa mediante negociaciones”); *Alps Finance and Trade AG c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo del 5 de marzo de 2011, párr. 209 (CL-0082-ENG) (“Este es precisamente el fundamento del requisito del TBI, es decir, evitar que se demande a un Estado ante un tribunal internacional de inversiones de forma repentina, sin darle la oportunidad de analizar la cuestión con la otra parte”); ver también Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre Notificación de la Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje bajo el Artículo 1119 del TLCAN del 7 de octubre de 2003, párr. 2 (RL-0034-ENG) (“La notificación de intención naturalmente sirve de base para las consultas o las negociaciones entre el inversionista contendiente y las autoridades competentes de una Parte”).

<sup>180</sup> *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, párr. 132 (CL-0080-ENG/SPA).

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 130.

<sup>182</sup> *Ibid.*, párr. 132.

tribunal se centró en la cuestión de si “se le había dado o no al Estado, efectivamente, la oportunidad de negociar (y este simplemente había fallado en su intento)” y sostuvo que, “[e]n los casos en los que el Estado no reacciona a la notificación de la controversia, los tribunales han considerado que desestimar la reclamación y pedirle al demandante que la vuelva a presentar sería una formalidad innecesaria. Este enfoque resulta sumamente sensato”<sup>183</sup>.

96. Ninguno de los casos en los que se basa la Demandada indican otra cosa o respaldan la nefasta consecuencia que esta intenta imponer a los Demandantes. La Demandada, por ejemplo, utiliza el caso *Pac Rim c. El Salvador*<sup>184</sup> para justificar su afirmación de que el CAFTA-DR impone un mayor requisito para identificar el fundamento jurídico y fáctico de cada reclamación con el fin de facilitar los análisis de acuerdos transaccionales<sup>185</sup>. El tribunal del caso *Pac Rim*, sin embargo, no consideró siquiera el efecto del incumplimiento de un

---

<sup>183</sup> *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso de la CCE N.º V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 2 de septiembre de 2009, párr. 154 (CL-0083-ENG); *ver también Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADIN.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, párr. 102 (CL-0084-ENG) (“El Tribunal observa demás que Pakistán no efectuó propuesta alguna para participar de negociaciones con Bayindir después de la notificación de Bayindir... [S]i Pakistán hubiera tenido voluntad de participar de negociaciones con Bayindir, conforme el espíritu del Artículo VII del TBI, habría tenido numerosas oportunidades de hacerlo durante los seis meses posteriores a la notificación del 4 de abril de 2002. ... [I]mpedir el comienzo de los procedimientos de arbitraje hasta seis meses después de la notificación del 4 de abril de 2002, bajo las circunstancias de este caso, equivaldría a un enfoque demasiado formalista que no serviría para proteger interés legítimo alguno de las Partes...”); *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N.º ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de Julio de 2001 (“*Salini Costruttori c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción”), párr. 19 (RL-0036-ENG) (“La misión de este Tribunal no consiste en establecer normas estrictas que las Partes deberían haber seguido; el Tribunal se conforma con determinar si es posible deducir de la totalidad de las acciones de las Partes si, aunque hayan respetado el plazo de seis meses, los Demandantes efectivamente tomaron las medidas necesarias y apropiadas para contactar a las autoridades pertinentes en miras de alcanzar un acuerdo, para poner así punto final a su controversia”); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADIN.º ARB/05/22, Laudo del 24 de Julio de 2008, párrs. 343-346 (CL-0085-ENG) (en el que se determina que el “objeto subyacente” de la disposición sobre notificación pertinente “consiste en facilitar oportunidades para llegar a un acuerdo amistoso. Su propósito no es el de impedir u obstruir los procedimientos arbitrales cuando tal acuerdo no sea posible. El incumplimiento del plazo de seis meses, por lo tanto, no impide que este Tribunal Arbitral proceda”); *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998, párrs. 84-85 (CL-0086-ENG) (donde se observa que “[n]o se le han dado motivos al Tribunal para considerar que cualquier ‘consulta o negociación’ en virtud del Artículo 1120... era siquiera posible”, y por lo tanto se desestima la objeción basada en notificación insuficiente porque hacer algo diferente “perjudicaría, en lugar de facilitar, el objeto y fin del TLCAN”); Christoph Schreuer, *Consent to Arbitration*, en *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 830, pág. 846 (Peter Muchlinski y otros, editores, 2008) (CL-0077-ENG) (“Parecería que la cuestión de si un período de espera obligatorio es jurisdiccional o procesal es de importancia secundaria. Lo que importa es si había o no una oportunidad prometedora de acuerdo. No tendría mucho sentido rechazar la jurisdicción y enviar a las partes nuevamente a la mesa de negociación si estas negociaciones fueran obviamente vanas. Las negociaciones continúan siendo posibles en la medida en que los procedimientos arbitrales se encuentran pendientes”).

<sup>184</sup> *Pac Rim c. El Salvador*, Decisión sobre Objeciones Preliminares (RL-0003-ENG).

<sup>185</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 93.

requisito de notificación. Por el contrario, la demandada en *Pac Rim* cuestionó la *notificación de arbitraje* de la demandante porque, según argumentó, esa notificación no contenía detalles fácticos que sustanciaran las reclamaciones de la demandante por violación de la obligación de trato nacional, de trato de NMF y de obligaciones de autorización de inversiones<sup>186</sup>. En respuesta, la demandante afirmó que había incluido esos hechos en su notificación de intención y que había solicitado que esta última se incorporara a la notificación de arbitraje. El tribunal acordó, y sobre esa base, resolvió, que las reclamaciones habían sido suficientemente alegadas<sup>187</sup>.

97. Además, las decisiones en los casos *Tulip c. Turquía*<sup>188</sup> y *Salini c. Marruecos*<sup>189</sup>, en los que se basó la Demandada<sup>190</sup>, respaldan de manera adicional la interpretación *de los Demandantes* sobre las disposiciones de notificación. Los tribunales en esos casos adoptaron un enfoque flexible respecto de las disposiciones de notificación en los TBI aplicables, y determinaron que, a pesar de que los demandantes no habían utilizado las “formas más perfectas” de notificación, las reclamaciones de los demandantes resultaban admisibles<sup>191</sup>.

98. Ninguno de los casos que menciona la Demandada apoya una conclusión en contrario. En el caso *Supervision y Control c. Costa Rica*, por ejemplo, la demandante intentó presentar nuevas reclamaciones en su memorial, a pesar de que solo algunas de ellas se relacionaban con las reclamaciones planteadas en la notificación de intención<sup>192</sup>. El tribunal tuvo en cuenta el fin de la notificación, que “permitía al Estado examinar y posiblemente resolver la

---

<sup>186</sup> *Pac Rim c. El Salvador*, Decisión sobre Objeciones Preliminares, párr. 189 (RL-0003-ENG).

<sup>187</sup> *Ibid.*, párrs. 220-222, 248. En cuanto a las reclamaciones de autorización de inversión, el tribunal observó que “estos reclamos plantean cuestiones de derecho salvadoreño que (sean tratadas como cuestiones de hecho o de derecho) no pueden resolverse finalmente en esta etapa a favor de la Demandada; y concordantemente, el Tribunal no acepta la Objeción de la Demandada con arreglo al Artículo 10.20.4 del CAFTA”. *Ibid.*, párr. 249.

<sup>188</sup> *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/11/28, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional del 5 de marzo de 2013 (“*Tulip Real Estate c. Turquía*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional”) (RL-0029-ENG).

<sup>189</sup> *Salini Construttori c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción (RL-0036-ENG).

<sup>190</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 102.

<sup>191</sup> *Tulip Real Estate c. Turquía*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, párr. 121 (RL-0029-ENG) (donde se determinó la admisibilidad de la reclamación a pesar de las “correspondencias confusas” de la demandante y que la demandante “claramente omitió emplear las formas más perfectas al momento de notificar a la Demandada sobre la controversia”); *Salini Construttori c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 18-19 (RL-0036-ENG) (donde se determinó que emitir la notificación al Ministro de Infraestructura en su calidad de presidente de una compañía operadora privada que era parte del contrato de concesión, en lugar de hacerlo en su capacidad de Ministro, cumplía con el requisito de notificación porque “[l]a misión de este Tribunal no consiste en establecer normas estrictas que las Partes deberían haber seguido”, sino determinar si “los Demandantes efectivamente tomaron las medidas necesarias y apropiadas para contactar a las autoridades pertinentes en miras de alcanzar un acuerdo, para poner así punto final a su controversia”).

<sup>192</sup> *Supervision c. Costa Rica*, Laudo, párrs. 342, 344-345 (RL-0032-ENG).

controversia mediante negociación”<sup>193</sup>. Con esa idea en mente, determinó que las nuevas reclamaciones que estaban “directamente relacionadas” con los asuntos incluidos en la carta de notificación eran admisibles, mientras que aquellas que no lo estaban resultaban inadmisibles<sup>194</sup>. Asimismo, el tribunal del caso *Goetz c. Burundi* rechazó nuevas reclamaciones con respecto al pago de impuestos y derechos dado que se determinó que no estaban relacionadas con las reclamaciones que se habían notificado, que versaban sobre la legalidad y las consecuencias legales de retirar un “certificado de zona franca”<sup>195</sup>. Análogamente, en el caso *Burlington c. Ecuador*, el tribunal concluyó que la reclamación de la demandante sobre protección y seguridad plenas, que se basaba en la supuesta omisión por parte del Estado de proporcionar seguridad contra grupos de oposición, resultaba inadmisibile, pero solo porque esa reclamación carecía de toda relación con las reclamaciones notificadas, las cuales alegaban incumplimientos de una ley nacional sobre participación en beneficios<sup>196</sup>.

99. En cuanto al objeto de permitir que la Demandada cuente con tiempo suficiente para preparar su defensa, los tribunales que lo han considerado también han adoptado un enfoque pragmático. En el caso del TLCAN *Chemtura c. Canadá*, por ejemplo, la demandante argumentó por primera vez *en su memorial* que la cláusula de trato de NMF podría utilizarse para importar una disposición de trato justo y equitativo desde otro tratado<sup>197</sup>. Aunque el tribunal reconoció que este argumento no había sido incluido en ninguna de las tres notificaciones de intención o en la notificación de arbitraje, concluyó que “los hechos mencionados [en dos de las notificaciones de intención] son esencialmente iguales a los que se citan posteriormente en el memorial de la demandante para respaldar la reclamación con arreglo al Artículo 1103”<sup>198</sup>. Sobre esa base, el tribunal sostuvo que omitir la reclamación en las notificaciones de intención y arbitraje no perjudicó el derecho de la demandada de responder:

---

<sup>193</sup> *Ibid.*, párr. 339.

<sup>194</sup> *Ibid.*, párrs. 345-346.

<sup>195</sup> *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADIN.º ARB/95/3, Laudo del 10 de febrero de 1999 (“*Antoine Goetz c. Burundi*, Laudo”), párrs. 91-93 (RL-0035-FR/ENG).

<sup>196</sup> *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador (anteriormente Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador))*, Caso CIADIN.º ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010 (“*Burlington Resources c. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción”), párrs. 263, 308-309 (RL-0037-ENG).

<sup>197</sup> *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo del 2 de agosto de 2010 (“*Chemtura c. Canadá*, Laudo”), párr. 92 (CL-0087-ENG).

<sup>198</sup> *Ibid.*, párr. 103.

Lo que es más importante; el hecho de que la Demandante pueda haber introducido argumentos en su Memorial que no se mencionaron en sus presentaciones anteriores con relación al Artículo 1103 [NMF] no ha causado perjuicio alguno a la capacidad de la Demandada de responder a tales argumentos. En efecto, la Demandada ha tenido muchas oportunidades para manifestar su postura, y así lo ha hecho en sus escritos y durante las audiencias<sup>199</sup>.

100. Análogamente, en *ADF c. Estados Unidos*, el tribunal “observ[ó] que la Demandada no ha demostrado haber sufrido perjuicio alguno por no haber mencionado específicamente el Artículo 1103 [NMF] como una de las disposiciones supuestamente violadas por la Demandada. Aunque el Inversionista mencionó primero su reclamación respecto del Artículo 1103 en su *Réplica* al Memorial de Contestación de la Demandada, la Demandada tuvo numerosas oportunidades de abordar y plantear, y efectivamente abordó y planteó, esa reclamación y los argumentos respaldatorios del Inversionista, en su *Dúplica*”<sup>200</sup>. En *Aven c. Costa Rica*, contrariamente, los demandantes hicieron referencia por primera vez a la obligación de protección y seguridad plenas solo de pasada en su memorial, y recién plantearon esa reclamación al cierre de la audiencia sobre el fondo<sup>201</sup>. El tribunal, concordantemente, declaró la inadmisibilidad de la reclamación<sup>202</sup>.

101. En el caso que nos ocupa, se han satisfecho el objeto y fin de la disposición de notificación. En primer lugar, como se demostró precedentemente, los Demandantes no buscan presentar una reclamación completamente separada y diferenciada de las medidas que se impugnan en su Notificación de Intención. Los fundamentos fácticos para su reclamación relacionada con el trato de NMF – el trato arbitrario y discriminatorio otorgado por las Cortes y el MEM – que consistieron en permitir que otros proyectos continuaran operando mientras que el MEM efectuaba las consultas; en resolver apelaciones de otros casos iniciados mucho después que la demanda de Exmingua; y en comenzar y finalizar las consultas en otros casos, fueron detallados en la Notificación de Intención de los Demandantes<sup>203</sup>. Por lo tanto, la Notificación de Intención de los Demandantes cumplió indiscutidamente con el objeto y fin

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, párr. 104.

<sup>200</sup> *ADF c. Estados Unidos*, Laudo, párr. 138 (CL-0081-ENG) (énfasis añadido).

<sup>201</sup> *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º UNCT/15/3, Laudo Final del 18 de septiembre de 2018 (“*David R. Aven c. Costa Rica*, Laudo Final”), párrs. 343, 345 (RL-0031-ENG).

<sup>202</sup> *Ibid.*, párrs. 343, 346 (donde se determinó la inadmisibilidad del reclamo de las demandantes “[por incumplimiento de la obligación de protección y seguridad plenas] por haberlo hecho recién al cierre [de la audiencia sobre jurisdicción y fondo]”, puesto que se le negó al demandado una oportunidad para que “prepare y argumente su defensa”).

<sup>203</sup> Notificación de Intención, págs. 2-3.

del Artículo 10.16.2, dado que proporcionó a la Demandada información suficiente para embarcarse en negociaciones con los Demandantes con el fin de llegar a acuerdos amistosos.

102. Los Demandantes, efectivamente, realizaron esfuerzos considerables para participar de un diálogo significativo con la Demandada, lo que incluyó viajar a Guatemala para encontrarse en persona con sus representantes<sup>204</sup>. Desafía la lógica sugerir – como lo hace la Demandada – que si bien esas negociaciones fueron completamente infructuosas, el resultado podría haber sido diferente si la Notificación de Intención de los Demandantes hubiera hecho referencia al Artículo 10.4 del CAFTA-DR. El obstáculo real para un diálogo “significativo”<sup>205</sup> fue el enfoque de la Demandada respecto de las discusiones para llegar a un acuerdo, y no el contenido de la Notificación de Intención de los Demandantes. Efectivamente, la Demandada contó con ocho meses adicionales desde la fecha de Notificación de Arbitraje hasta la constitución del Tribunal para llevar a cabo esas discusiones con el fin de llegar a un acuerdo<sup>206</sup>, pero no hizo esfuerzo alguno durante ese período ni en cualquier otro momento posterior.

103. *En segundo lugar*, el hecho de que los Demandantes hayan omitido la reclamación sobre el trato de NMF en su Notificación de Intención no infringió el derecho de defensa de la Demandada. La Demandada ha tenido y tendrá numerosas oportunidades de responder la reclamación sobre trato de NMF planteada por los Demandantes. Como se explicó, los hechos que dan lugar a una reclamación sobre trato de NMF fueron descritos en la Notificación de Intención, y la violación del Artículo 10.4 del CAFTA-DR se planteó expresamente en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes. No se prevé que la Demandada presente su Memorial de Contestación sobre el Fondo hasta el 14 de septiembre de 2020 – casi *dos años* después de la presentación de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes<sup>207</sup>. Claramente, la Demandada no ha sufrido perjuicio alguno y, en la medida

---

<sup>204</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 28.

<sup>205</sup> *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, párrs. 132, 137 (CL-0080-ENG/SPA).

<sup>206</sup> Notificación de Arbitraje de los Demandantes del 9 de noviembre de 2018; Resolución Procesal N.º 1 del 10 de septiembre de 2019, párr. 2.1 (“El Tribunal se constituyó el 2 de julio de 2019 de conformidad con el Convenio del CIADI, el Reglamento de Arbitraje del CIADI y el DR-CAFTA”); *B-Mex c. México*, Laudo Parcial, párr. 137 (CL-0080-ENG/SPA) (“En primer lugar, si, tal como sucede aquí, la Notificación efectivamente contenía información suficiente para dar lugar a negociaciones significativas con anterioridad al arbitraje, no se configura un perjuicio discernible causado a la Demandada. En segundo lugar, incluso si no hubiera sido este el caso, cuando las partes todavía tenían más de cinco meses para perseguir los esfuerzos de negociación previa a la constitución del Tribunal, la sanción apropiada no sería la de desestimación”).

<sup>207</sup> Resolución Procesal N.º 1 del 10 de septiembre de 2019, Anexo B.



en que el objeto y fin de la disposición de notificación sea otorgar a la Demandada una oportunidad adecuada de defenderse, se considera que ese objetivo ha sido cumplido.

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

104. En sus Objeciones Preliminares, la Demandada alega que la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes “ha prescrito porque fue presentada después del agotamiento del plazo de prescripción” del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, que requiere que la presentación de la reclamación se realice dentro de los tres años posteriores a la fecha en la que el Demandante tuvo, o debió tener, conocimiento de la violación, y que como resultado haya sufrido pérdidas o daños<sup>208</sup>. Guatemala afirma que los Demandantes reclaman una violación “continua” o “una ‘serie de acciones similares y relacionadas’ u omisiones” que comenzó con la supuesta falta de respuesta de la Demandada a las protestas y los bloqueos en las instalaciones del proyecto en 2012, como fundamento de la violación a la obligación de protección y seguridad plenas<sup>209</sup>. Sobre esa base, la Demandada esgrime que, dado que los Demandantes “conocían bien más de seis años antes de esa fecha [es decir, la fecha de presentación de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes] las supuestas omisiones de Guatemala”, el Tribunal no tiene jurisdicción para entender en esta reclamación<sup>210</sup>.

105. Como se analizará seguidamente, la objeción de la Demandada ignora o bien tergiversa el derecho, y desvirtúa la reclamación de los Demandantes. La Demandada argumenta erróneamente que la reclamación de los Demandantes emerge de la falta de acción por parte de Guatemala de proporcionar protección y seguridad plenas con respecto a las protestas y los bloqueos que comenzaron en 2012<sup>211</sup>, cuando la violación alegada por los Demandantes efectivamente consiste en un incumplimiento distinto que se produjo por primera vez y provocó daños en 2016. La crítica de la Demandada a la teoría de la “violación continua” es, por lo tanto, jurídicamente irrelevante, dado que la reclamación de los Demandantes no sugiere que eso haya ocurrido. Incluso si así fuera, no obstante, la reclamación no habría prescrito, dado que el plazo de prescripción comienza a correr únicamente a partir de la fecha de cese de la violación continua.

---

<sup>208</sup> Memorial de OP de la Demandada, párrs. 106-107.

<sup>209</sup> *Ibid.*, párrs. 117-119.

<sup>210</sup> *Ibid.*, párr. 107.

<sup>211</sup> *Ibid.*, párr. 117 (énfasis añadido).

## A. La Demandada tergiversa el derecho

106. La Demandada malinterpreta el enfoque que adoptaron los tribunales al decidir sobre la puntualidad de una reclamación que involucra una serie de acciones por parte del Estado demandado. Los casos en los que se basa para respaldar su argumento de que el plazo de prescripción no comienza a correr desde el último incumplimiento en una serie de acciones se relacionan con violaciones individuales que son, por lo tanto, distinguibles. Además, la Demandada malinterpreta el Artículo 10.18.1 y omite analizar casos clave que abordan la cuestión del efecto que tiene una violación continua sobre un plazo de prescripción.

107. *En primer lugar*, a los efectos de determinar la puntualidad de una reclamación, es “posible y apropiado ... separar una serie de hechos en diferentes componentes ...”<sup>212</sup>. En *Grand River c. Estados Unidos*, caso que cita la Demandada, por ejemplo, el tribunal observó que las reclamaciones “involuc[raban] una serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado”<sup>213</sup>. El tribunal resolvió que la impugnación de un acuerdo transaccional maestro, que se había suscrito más de tres años antes de que comenzara el arbitraje, había prescrito<sup>214</sup>. Sostuvo, sin embargo, que la impugnación de la demandante de la obligación legal de depositar sus fondos en un fideicomiso, la cual se había sancionado dentro del plazo de tres años, no había prescrito a pesar del hecho de que las normas del fideicomiso habían sido contempladas en el acuerdo prescrito y se habían sancionado de conformidad con él<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 17 de marzo de 2015 (“*Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad”), párrs. 266-269 (CL-0088-ENG); ver también *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción del 20 de Julio de 2006 (“*Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción”), párrs. 86-87 (RL-0039-ENG) (“[E]l Tribunal tiene dificultad para analizar cómo pueden interpretarse los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN para impedir la consideración de cuestiones de fondo de reclamaciones apropiadamente presentadas que impugnan disposiciones legales importantes cuya sanción se produjo dentro de los tres años de la presentación del reclamo y que supuestamente causaron daños significativos, incluso si esas disposiciones están relacionadas con hechos previos. ... La adopción e implementación de legislación complementaria/leyes de contrabando a fines de 2001 o 2002 (es decir, menos de tres años antes de que se presentara la reclamación) se identificaron claramente como incluidas en la reclamación de la Notificación de Arbitraje y el Escrito de Demanda Detallado. Concordantemente, las reclamaciones de los Demandantes con respecto a esas adopciones aún aguardan ser consideradas en la etapa del fondo”); *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium c. Bulgaria)*, *Objeción Preliminar*, Decisión del 4 de abril de 1939, CPJI Serie A/B.N.º 77, párr. 87 (CL-0089-ENG) (“Es verdad que una controversia puede presuponer la existencia de alguna situación o hecho anterior, pero no puede deducirse que la controversia surge con relación a tal situación o hecho”).

<sup>213</sup> *Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, párr. 81 (RL-0039-ENG).

<sup>214</sup> *Ibid.*, párr. 83.

<sup>215</sup> *Ibid.*, párrs. 86-87.

108. Este caso es diferente a otros citados por la Demandada, en los que había una medida singular en juego que dio lugar a una violación y daño fuera del plazo de prescripción. En *Corona Materials c. República Dominicana*, por ejemplo, la impugnación se relacionaba con una medida central – la negativa del Ministerio del Medioambiente a otorgar una licencia ambiental<sup>216</sup> – lo que ocurrió antes de la fecha crítica<sup>217</sup>. El tribunal rechazó el argumento de la demandante de que el hecho de que la demandada no *reconsiderara* su solicitud de licencia constituía “un incumplimiento autónomo”, y determinó que no generaba “consecuencias separadas en su inversión distintas de aquéllas que ya se habían originado a causa de la decisión inicial”<sup>218</sup>. Análogamente, en *Berkowitz c. Costa Rica*, el tribunal desestimó el argumento de la demandante de que algunas de las supuestas violaciones – es decir, el hecho de que la demandada no proporcionara una indemnización rápida y adecuada por la expropiación de las propiedades residenciales de los demandantes – eran “violaciones continuas” dado que no eran “susceptibles de acción independiente” y “separables” de “la conducta anterior a la entrada en vigor en que se encuentran profundamente enraizadas”, o sea, la emisión de un decreto de expropiación<sup>219</sup>.

109. *En segundo lugar*, los Demandantes pueden mencionar y los tribunales pueden tener en cuenta medidas que ocurrieron antes del plazo de prescripción como antecedentes de hecho y contexto, sin contraponerse al plazo de prescripción del Tratado. Los tribunales han resuelto de manera consistente que el predicado fáctico de una reclamación es diferente de la ocurrencia de la violación y la generación de una pérdida relacionada con dicha violación. Como explicó el tribunal del caso *Eli Lilly c. Canadá*:

Numerosos tribunales anteriores bajo el TLCAN [ ] han determinado que es apropiado considerar hechos anteriores que proporcionen antecedentes de hecho a una reclamación oportuna. Como indicó el tribunal en *Glamis Gold c. Estados Unidos*, un demandante puede citar ‘predicados fácticos’ que ocurren

---

<sup>216</sup> *Corona c. República Dominicana*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada, párr. 219 (RL-0002-ENG).

<sup>217</sup> *Ibid.*, párr. 237.

<sup>218</sup> *Ibid.*, párr. 212.

<sup>219</sup> *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente, Spence International Investments y otros) c. República de Costa Rica*, Caso CIADIN.º UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido) del 30 de mayo de 2017, párrs. 252, 264 (RL-0038-ENG). El tribunal sostuvo que otras reclamaciones no habían prescrito. *Ver ibid.*, párrs. 270, 286 (“[E]l Tribunal concluye, y también resuelve, que goza de jurisdicción sobre las alegaciones de las Demandantes de que, por vía de referencia a las sentencias pertinentes y aplicables de los tribunales costarricenses, el cálculo de la indemnización con respecto a los Lotes B3, B8, A 40, SPG1 y SPG2 constituye un supuesto de arbitrariedad manifiesta y/o injusticia evidente contrario al Artículo 10.5 del CAFTA”).

fuera del plazo de prescripción, incluso si estos no son necesariamente el fundamento jurídico de su reclamación<sup>220</sup>.

Efectivamente, el tribunal de *Mondev* confirmó que esos hechos no solo pueden citarse, sino que además los “hechos o conductas anteriores a la entrada en vigencia de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes para determinar si el Estado posteriormente incumplió la obligación”<sup>221</sup>.

110. *En tercer lugar*, el Artículo 10.18(1) del CAFTA-DR establece claramente que el plazo de prescripción de tres años no comienza a correr hasta que el demandante tenga o deba haber tenido conocimiento de la violación y haya sufrido pérdidas o daños<sup>222</sup>. Si bien no es necesario que el demandante tenga conciencia de la totalidad del daño para que comience el plazo de prescripción, la mera sospecha o expectativa de que *pueda* producirse ese daño resulta insuficiente para que se inicie ese plazo. Como sostuvo el tribunal del TLCAN en el caso *Mobil c. Canadá*:

Sospechar que algo sucederá no es en absoluto lo mismo que saber que sí lo hará. El conocimiento implica mucho más que una sospecha o preocupación y

---

<sup>220</sup> *Eli Lilly and Co. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, Caso CIADIN.º UNCT/14/2, Laudo Definitivo del 16 de marzo de 2017 (“*Eli Lilly c. Canadá*, Laudo Definitivo”), párr. 172 (RL-0040-ENG); *ver también Clayton c. Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párr. 282 (CL-0088-ENG) (“Si bien el Artículo 1116(2) establece la prescripción de incumplimientos respecto de hechos que tuvieron lugar más de tres años antes de que se planteara la reclamación, los hechos anteriores al plazo de prescripción de tres años ... no resultan en modo alguno irrelevantes. Pueden proporcionar antecedentes o contexto necesarios para determinar si los incumplimientos ocurrieron durante el período de tiempo elegible”); *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, CNUDMI, Laudo del 8 de junio de 2009, párrs. 348-350 (RL-0041-ENG) (“Tanto demandante como demandado afirman que una reclamación planteada sobre la base de un hecho que se encuentre adecuadamente dentro del límite temporal del Artículo 1117(2) puede citar hechos anteriores como ‘antecedentes de hecho’ o ‘predicados fácticos’. El Tribunal está de acuerdo con esta postura”); *Grand River c. Estados Unidos*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, párr. 86 (RL-0039-ENG) (“[E]l Tribunal tiene dificultad para analizar cómo pueden interpretarse los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN para impedir la consideración de cuestiones de fondo de reclamaciones apropiadamente presentadas que impugnan disposiciones legales importantes cuya sanción se produjo dentro de los tres años de la presentación del reclamo y que supuestamente causaron daños significativos, incluso si esas disposiciones están relacionadas con hechos previos”).

<sup>221</sup> *Mondev c. Estados Unidos*, Laudo Definitivo, párr. 70 (RL-0018-ENG).

<sup>222</sup> *Ver* CAFTA-DR, Art. 10.18(1) (CL-0001-ENG/SPA) (“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños”) (énfasis añadido). El TLCAN contiene disposiciones sustancialmente idénticas. *Ver* TLCAN, Art. 1116(2) (CL-0034-ENG/SPA) (“El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños”); *ibíd.*, Art. 1117(2) (“Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños”).

requiere un grado de certeza. Si bien el Tribunal coincide con Canadá en que no es necesario conocer el quantum de la pérdida o el daño, es claro que el inversionista debe tener al menos un grado razonable de certeza de que sufrirá algún tipo de pérdida o daño<sup>223</sup>.

111. La Demandada sostiene que la jurisprudencia confirma que “cuando la supuesta violación se basa en acciones u omisiones similares y relacionadas, tal conocimiento [sobre la violación y el daño] no se puede adquirir de forma recurrente”<sup>224</sup>. Al hacerlo, la Demandada ignora que el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que la demandante tenga o deba haber tenido conocimiento sobre la pérdida o el daño que se sufre como resultado de la medida específica que, según alega, constituye la violación, y sobre los daños que de ella resultan. Como explicó el tribunal del caso *UPS c. Canadá*:

Una línea de conducta continua puede generar *pérdidas de diferentes dimensiones en diferentes momentos*. Les incumbe a los Demandantes establecer los daños asociados con las violaciones afirmadas y para la conducta continua que debe incluir la demostración de los daños no desde el comienzo de la línea de conducta sino solo desde que se produjo la conducta dentro del período permitido por el artículo 1116(2) [del NAFTA]<sup>225</sup>.

112. Asimismo, en la reciente decisión en el caso *Nissan c. India*, la demandada esgrimió que las reclamaciones de la demandante habían prescrito ya que la demandante habría tenido conocimiento de que sus incentivos no habían sido pagados más de tres años antes de la presentación de la reclamación al arbitraje<sup>226</sup>. El tribunal determinó que la demandante había aclarado que solo planteaba una reclamación por falta de pago de incentivos que surgió *después* de la fecha de corte pertinente<sup>227</sup>. El tribunal concluyó que la demandada no había

---

<sup>223</sup> *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 13 de Julio de 2018, párr. 155 (CL-0090-ENG); ver también *Eli Lilly c. Canadá*, Laudo Definitivo, párr. 169 (RL-0040-ENG) (donde se sostiene que el plazo de prescripción del TLCAN “n[o] requiere que los inversionistas inicien reclamaciones por posibles incumplimientos futuros sobre la base de potenciales (y, por lo tanto, necesariamente hipotéticas) pérdidas en sus inversiones o del incremento en el riesgo de tales pérdidas”); *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo con relación a la Moción Preliminar del Gobierno de Canadá del 24 de febrero de 2000, párr. 12 (CL-0091-ENG) (“[E]l requisito crítico es que *se haya producido* la pérdida y que esta fuera o pudiera haber sido conocida por el Inversionista. No que fuera o pudiera haber sido conocido el hecho de que la *pérdida ocurriría o podría ocurrir*”) (énfasis añadido); *Resolute Forest Prods. Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 30 de enero de 2018, párr. 178 (CL-0092-ENG) (“En opinión del Tribunal, el Demandante no sabía, y no podía saber razonablemente, en diciembre de 2012, que ya había sufrido pérdidas o daños debido al supuesto incumplimiento. ... *A fortiori* esto no alcanza para dar inicio al plazo de prescripción”).

<sup>224</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 131.

<sup>225</sup> *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 30 (CL-0037-ENG) (énfasis añadido).

<sup>226</sup> *Nissan Motor c. India*, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 57, 285 (CL-0078-ENG).

<sup>227</sup> *Ibid.*, párr. 327.

“repudiado categóricamente su obligación de pago” antes de la fecha de corte<sup>228</sup>. Al rechazar la afirmación de la demandada de que admitir la reclamación “efectivamente despojaría [al Artículo] de su fin esencial’ permitiendo así que los inversionistas evitaran el efecto de la prescripción simplemente mediante la renuncia a las reclamaciones de pérdidas incurridas antes de la fecha crítica”<sup>229</sup>, el tribunal explicó:

El plazo de prescripción aún tiene un fin importante, dado que restringe las reclamaciones – y por lo tanto, cualquier exposición de daños al Estado demandado – solo a aquellas instancias en las que el inversionista pueda demostrar que sufrió una instancia cualitativamente nueva de ‘pérdida o daño’ después de la fecha crítica a causa de un nuevo acto del Estado que supuestamente constituyó una violación del tratado<sup>230</sup>.

113. *En cuarto lugar*, la Demandada asevera que los Demandantes reclaman una violación continua y que una “violación continua’ no renueva el plazo de prescripción de tres años...”<sup>231</sup>. Esto no es correcto, ni fáctica ni jurídicamente. En el caso *UPS c. Canadá*, por ejemplo, el tribunal del TLCAN que interpretó el mismo plazo de prescripción presente en el CAFTA-DR reconoció que las “líneas de conducta permanente constituyen violaciones continuas de las obligaciones jurídicas y, en consecuencia, extienden el plazo de prescripción”<sup>232</sup>. El tribunal explicó que “[e]l uso del término ‘tuvo conocimiento por primera vez’ no se contradice con ello, dado que eso lógicamente significaría que el conocimiento de la conducta supuestamente ofensiva más el conocimiento de la pérdida dan inicio al plazo de prescripción, incluso si el inversionista adquiriera posteriormente más información que confirme la conducta o permita un cálculo más preciso de la pérdida”<sup>233</sup>.

114. Lejos de ser la única entre los casos de “*jurisprudence constante*”<sup>234</sup>, la determinación del tribunal del caso *UPS* resulta congruente con la de otros tribunales. En el caso *Feldman c. México*, por ejemplo, el tribunal reconoció la reclamación de la demandante sobre lucro cesante durante un período posterior a vigencia del TLCAN aunque la reclamación se

---

<sup>228</sup> *Ibid.*, párr. 328.

<sup>229</sup> *Ibid.*, párr. 329.

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 130.

<sup>232</sup> *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 28 (CL-0037-ENG).

<sup>233</sup> *UPS c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo, párr. 28 (CL-0037-ENG).

<sup>234</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 130. Si bien la Demandada expresamente hace referencia a la “*jurisprudence constante*” con arreglo al CAFTA-DR, omite mencionar que la disposición de prescripción del CAFTA-DR es idéntica a la del TLCAN y a la jurisprudencia en contrario bajo ese Tratado así como otras decisiones que aplican el derecho internacional.

relacionaba con medidas adoptadas por México antes de que el tratado entrara en vigencia<sup>235</sup>. El tribunal observó que “si ha habido un curso permanente de acción de la parte demandada iniciado antes del 1° de enero de 1994 [es decir, la fecha de entrada en vigencia del TLCAN] y continuado después de esa fecha y que, por lo tanto, ‘se convirtieron en violaciones’ ... del Capítulo XI del TLCAN ... esa parte posterior al 1° de enero de 1994 de la supuesta actividad de la parte demandada *sí está* sujeta a la jurisdicción del Tribunal”<sup>236</sup>.

115. Esto coincide con el derecho internacional que aplican otros tribunales y otras cortes internacionales. En el caso *Agrotexim c. Grecia*, por ejemplo, los solicitantes reclamaron que la expropiación de su propiedad violaba el Artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>237</sup>. En su rechazo de la objeción de prescripción de la demandada, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que “las quejas de las solicitantes se relacionan con una situación continua y, en esas circunstancias, el plazo de seis meses comienza a correr desde que finaliza la situación en cuestión”<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADIN.º ARB(AF)/99/1, Laudo Arbitral del 16 de diciembre de 2002, párr. 199 (CL-0093-ENG/SPA); ver también *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000 (“*Marvin Roy c. México*, Laudo sobre Jurisdicción”), párr. 43 (CL-0094-ENG/SPA).

<sup>236</sup> *Marvin Roy c. México*, Laudo sobre Jurisdicción, párr. 62 (CL-0094-ENG/SPA) (énfasis en el original).

<sup>237</sup> *Agrotexim Hellas S.A. y otros c. Grecia*, Decisión de la Comisión del 12 de febrero de 1992 (“*Agrotexim c. Grecia*, Decisión de la Comisión”), DR 72, págs. 5, 9 (CL-0095-ENG).

<sup>238</sup> *Ibid.* pág. 9; ver también, *Varnava y otros c. Turquía*, Gran Cámara, Solicitudes N.º 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, Sentencia del 18 de septiembre de 2009, ECHR 2009, párr. 159 (CL-0096-ENG) (“No obstante, se ha dicho que el plazo de prescripción de 6 meses no se aplica como tal a situaciones continuas (se omiten las citas); esto es porque, si existe una situación de incumplimiento continuo, el plazo de prescripción vigente comienza de nuevo cada día y solo cuando la situación termina puede comenzar a correr el plazo final de seis meses hasta el final”); *Cone c. Rumania*, ECtHR (solicitud N.º 35935/02), Sentencia del 24 de junio de 2008, párr. 22 (CL-0097-FR/ENG) (“[C]uando la supuesta violación consiste en una situación continua, el plazo de prescripción de seis meses empieza a correr únicamente desde el momento en el tiempo en que dicha situación continua llega a su fin”) (se omiten las citas); CONSEJO DE EUROPA, ANUARIO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Vol. 34 (1991), en *De Becker c. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Solicitud No. 214/56 (9 de junio de 1958), pág. 244 (CL-0098-ENG) (“[C]uando la Comisión recibe una solicitud sobre ... una situación permanente ... el problema del plazo de prescripción de seis meses que se especifica en el Artículo 26 puede surgir únicamente después de que dicha situación deja de existir; mientras que en las circunstancias, es exactamente como si la supuesta violación se repitiera diariamente, impidiendo así el transcurso del período de seis meses”); *McDaid y otros c. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Solicitud No. 25681/94 del 9 de abril de 1996, pág. 5 (CL-0099-ENG) (“En la medida en que los solicitantes reclaman que son víctimas de una violación continua respecto de la cual el plazo de seis meses resulta inaplicable, la Comisión recuerda que el concepto de ‘situación continua’ hace referencia a una circunstancia que se traduce en actividades continuas del Estado o de parte de él con el fin de hacer que los solicitantes se conviertan en víctimas”).

## **B. La Demandada malinterpreta la naturaleza de la reclamación de los Demandantes**

116. Al hacer una referencia selectiva de la descripción fáctica que los Demandantes incluyeron en su Notificación de Arbitraje, Guatemala desvirtúa la reclamación de los Demandantes respecto de la falta de protección y seguridad plenas, en tanto la relaciona con las “protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos ... desde 2012”<sup>239</sup> y la falta “continua”<sup>240</sup> por parte de Guatemala de brindar protección a las inversiones de los Demandantes. La reclamación de los Demandantes por la falta de protección y seguridad plenas, sin embargo, no emerge de hechos ocurridos en 2012. Más bien, la reclamación de los Demandantes surge del hecho de que la Demandada no proporcionó protección y seguridad plenas con respecto a las protestas y los bloqueos que estallaron a principios de 2016, luego de que la Corte Suprema de Guatemala otorgara, el 11 de noviembre de 2015, un amparo contra el MEM. Esta violación causó daños a los Demandantes en la medida en que Exmingua no pudo obtener una licencia de explotación para Santa Margarita dado que no le fue posible realizar consultas para completar su EIA. Los Demandantes, por lo tanto, no tuvieron conocimiento de la violación de la Demandada y del daño resultante de ella hasta principios de 2016.

117. Como se describe en la Notificación de Arbitraje, en 2012 surgieron protestas contra el proyecto minero de los Demandantes y se bloqueó el acceso a la mina<sup>241</sup>. A pesar de las múltiples súplicas por parte de Exmingua y los Demandantes al Gobierno, la Demandada no tomó medidas razonables para otorgar a los Demandantes y su inversión acceso al lugar del proyecto<sup>242</sup>. Esto redundó en una demora de aproximadamente dos años (desde febrero de 2012 hasta mayo de 2014), durante la cual los Demandantes y Exmingua fueron negados el acceso a su propiedad y no pudieron comenzar las actividades de construcción u operación<sup>243</sup>.

118. Como también se explicó en la Notificación de Arbitraje, en mayo de 2014, la policía nacional de la Demandada atravesó el bloqueo y desalojó a los manifestantes del lugar<sup>244</sup>. Los Demandantes y Exmingua pudieron, entonces, acceder a las instalaciones, y se dio

---

<sup>239</sup> Memorial de OP de la Demandada, párr. 118.

<sup>240</sup> *Ibid.*, Sección VII, párr. 117.

<sup>241</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 42.

<sup>242</sup> *Ibid.*, párr. 45.

<sup>243</sup> *Ibid.*, párr. 50.

<sup>244</sup> *Ibid.*, párr. 45.



comienzo a la etapa de construcción, rápidamente seguida de las actividades de operación<sup>245</sup>. Si bien las protestas del año 2012 y el hecho asociado de que la Demandada no haya protegido las inversiones de los Demandantes retrasaron el inicio de las actividades de explotación en las instalaciones de Progreso VII más de dos años – y a pesar de que la Demandada nunca indemnizó a los Demandantes por la demora y los daños sufridos – los Demandantes no han alegado y no alegan la existencia de una violación por ese motivo. Los Demandantes tampoco pretenden una indemnización por los daños sufridos como resultado de ese retraso de dos años.

119. Como explicaron en su Notificación de Arbitraje, la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes surge del hecho de que la Demandada no protegió las inversiones de los Demandantes de las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016, casi dos años *después* del inicio de las operaciones en Progreso VII, y que causaron daños específicos y separados a los Demandantes.

120. Puntualmente, como se observó en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, el 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala concedió el amparo provisional contra el MEM, en virtud del cual “dej[ó] en suspenso ... el otorgamiento de la licencia de explotación minera ... PROGRESO VII”<sup>246</sup>. El 23 de febrero de 2016, Exmingua apeló la resolución de la Corte Suprema de Justicia ante la Corte de Constitucionalidad<sup>247</sup>. Curiosamente, al principio el MEM se negó a dar cumplimiento a la resolución de la Corte Suprema. Según el MEM, la decisión de la Corte Suprema carecía de “materia”<sup>248</sup> puesto que la licencia había sido otorgada en 2011 y no había sido cuestionada en ese momento<sup>249</sup>. Como observó el MEM, el otorgamiento de la licencia ya se había “consumado”<sup>250</sup>. Poco tiempo después, el 10 de marzo de 2016, el MEM presentó una petición ante la Corte

---

<sup>245</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 45.

<sup>246</sup> *Ibid.*, párr. 54; *ver también* Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Sentencia N.º 1592-2014, Sentencia que otorga el amparo provisional, 11 de noviembre de 2015, pág. III (C-0004-SPA/ENG).

<sup>247</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 54; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Sentencia N.º 1592-2014, Apelación por Exmingua contra la Sentencia que otorga el amparo provisional, 23 de febrero de 2016 (C-0005-SPA/ENG).

<sup>248</sup> María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá proyecto”, *La Prensa Libre*, 1 de marzo de 2016 (C-0006-SPA/ENG).

<sup>249</sup> Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *La Prensa Libre*, 11 de marzo de 2016 (C-0007- SPA/ENG).

<sup>250</sup> María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá proyecto”, *La Prensa Libre*, 1 de marzo de 2016 (C-0006-SPA/ENG).

Suprema de Justicia de Guatemala en la que solicitó aclaraciones respecto de las acciones que se le exigía tomar a la luz de la resolución<sup>251</sup>.

121. La resolución de la Corte Suprema de Justicia y la negativa inicial del MEM de suspender la licencia de Exmingua provocó confusión y polémica, lo que dio lugar a una nueva ola de protestas a comienzos de 2016<sup>252</sup>. Los manifestantes “pid[ieron] a las autoridades el cierre de las operaciones” del Proyecto Progreso VII<sup>253</sup>. En contraste, durante una conferencia de prensa, la Cámara de Industria de Guatemala (“CIG”) apoyó públicamente la “correcta posición jurídica” del MEM respecto de que no podía “suspender la licencia otorgada” porque “el acto de solicitud de otorgamiento, en su momento, nunca fue impugnado por ninguna persona”<sup>254</sup>. La CIG sostuvo que sería “ilegal” suspender actividades que se habían desarrollado por años en virtud de una licencia válidamente otorgada<sup>255</sup>. En razón de una “amenaza a la certeza jurídica de Guatemala”, la CIG solicitó a la Corte de Constitucionalidad que resolviera esa cuestión a la brevedad, e instó al MEM “a no ceder a las medidas de hecho de manifestantes que violan la libre locomoción y el acceso de los funcionarios a su lugar de trabajo”<sup>256</sup>.

122. Esta nueva ola de protestas y bloqueos, así como el hecho asociado de que la Demandada no proporcionara protección y seguridad plenas, impidió que Exmingua realizara las consultas sociales y completara el EIA para Santa Margarita para cumplir con su solicitud de licencia de explotación.

123. Como se explicó en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, el 21 de diciembre de 2016 el MEM emitió la Providencia N.º 4056 mediante la cual instruyó a Exmingua a presentar el EIA para el Proyecto Santa Margarita debidamente aprobado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”) dentro del plazo de 30

---

<sup>251</sup> Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Sentencia N.º 1592-2014, Presentación del Ministerio de Energía y Minas con relación al cumplimiento del amparo provisional, 10 de marzo de 2016, pág. 5 (C-0008-SPA/ENG).

<sup>252</sup> María Rosa Bolaños, “MEM no suspenderá proyecto”, *La Prensa Libre*, 1 de marzo de 2016 (C-0006-SPA/ENG); Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *La Prensa Libre*, 11 de marzo de 2016 (C-0007-SPA/ENG); Geovani Contreras, “Pobladores de La Puya continuarán de protesta”, *La Prensa Libre*, 13 de marzo de 2016 (C-0009-SPA/ENG); Jerson Ramos y Jose Rosales, “Manifestantes de La Puya queman muñeco del ministro de Energía”, *La Prensa Libre*, 26 de marzo de 2016 (C-0010-SPA/ENG); Nelton Rivera, “El nuevo campamento de la resistencia pacífica de La Puya”, *Prensa Comunitaria Km. 169*, 19 de mayo de 2019 (C-0011-SPA/ENG).

<sup>253</sup> Natiana Gándara, “CIG insta al MEM a no ceder ante medidas de presión”, *La Prensa Libre*, 11 de marzo de 2016 (C-0007-SPA/ENG).

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> *Ibid.*

<sup>256</sup> *Ibid.*

días<sup>257</sup>. En respuesta, mediante una carta del 22 de marzo de 2017, Exmingua informó al MEM que “se ha sufrido de bloqueo al acceso” y que Exmingua y su asesor “no ha[n] podido culminar con el estudio de impacto ambiental para el proyecto”<sup>258</sup>. Exmingua explicó que las “intimidaciones” de las comunidades que se manifiestan contra el Proyecto “pone[n] en riesgo” la seguridad del propio personal de Exmingua y de su asesor ambiental, quienes no pudieron ingresar al área<sup>259</sup>. Concordantemente, Exmingua solicitó al MEM suspender el requisito de los estudios sociales, incluida la aprobación de parte del MARN, hasta que fuera posible completar las consultas<sup>260</sup>. La carta de Exmingua adjuntaba un acta notarial emitida por un notario público que había visitado las instalaciones del Proyecto Santa Margarita unos días antes, y había certificado la existencia de bloqueos y protestas en la entrada a las instalaciones, en el Municipio de San Pedro Ayampuc<sup>261</sup>.

124. El 5 de abril de 2017, el MEM emitió la Providencia N.º 1191, mediante la que rechazó la solicitud de Exmingua de suspender el requisito del EIA de llevar a cabo las consultas locales e instruyó a Exmingua a presentar el EIA para el Proyecto Santa Margarita dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación de la providencia a Exmingua<sup>262</sup>. La Providencia N.º 1191 del MEM fue notificada a Exmingua el 21 de septiembre de 2017<sup>263</sup>.

125. Con estos antecedentes, el 7 de abril de 2017, Exmingua presentó al MARN (con copia al MEM) el EIA de Santa Margarita que había sido preparado muchos años atrás, antes de que los trabajos se detuvieran con el fin de focalizarse en las instalaciones de Progreso VII, *sin* el apartado sobre los estudios sociales<sup>264</sup>. En su carta de presentación al MARN, Exmingua explicó que los grupos que se oponían a las actividades mineras de Exmingua

---

<sup>257</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 49; *ver también* Cédula N.º 497 del MEM a Exmingua, en la que se adjunta la Providencia N.º 4056, 21 de diciembre de 2016 (C-0012-SPA/ENG).

<sup>258</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 49; *ver también* Carta de Exmingua al MEM, en la que se adjunta el Acta Notarial autorizada del 21 de marzo de 2012 (C-0013-SPA/ENG).

<sup>259</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 49; *ver también* Carta de Exmingua al MEM, en la que se adjunta el Acta Notarial autorizada del 21 de marzo de 2012 (C-0013-SPA/ENG).

<sup>260</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 49; *ver también* Carta de Exmingua al MEM, en la que se adjunta el Acta Notarial autorizada del 21 de marzo de 2012 (C-0013-SPA/ENG).

<sup>261</sup> Carta de Exmingua al MEM, en la que se adjunta el Acta Notarial autorizada del 21 de marzo de 2012, pág. 3 (C-0013-SPA/ENG) (donde se indica que al entrar al caso urbano del Municipio de San Pedro de Ayampuc, “se pueden encontrar varias pancartas y mantas [...], que manifiestan en contra de la actividad minera”, una de las cuales reza “Esta municipalidad no quiere minería”) (énfasis eliminado).

<sup>262</sup> Cédula N.º 5099 del MEM a Exmingua, en la que se adjunta la Providencia N.º 1191 del 5 de abril de 2017 (C-0014-SPA/ENG).

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Carta de Exmingua al MARN del 7 de abril de 2017 (C-0015-SPA/ENG); Carta de Exmingua al MEM del 7 de abril de 2017 (C-0016-SPA/ENG).

estaban promoviendo un clima de “conflicto social”, lo que hacía “imposible” desarrollar la “socialización del proyecto [Santa Margarita]” como lo requerían las normas y reglamentaciones aplicables<sup>265</sup>. En consecuencia, Exmingua pidió al MARN que proporcione “lineamientos” y “recomendaciones” para completar las consultas públicas para el EIA<sup>266</sup>. Exmingua no recibió respuesta alguna del MARN.

126. Como se indicó en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes y como se explicó con más detalle *supra*, la reclamación de los Demandantes conforme el Artículo 10.5 del CAFTA-DR por falta de protección y seguridad plenas emerge, por lo tanto, del hecho de que la Demandada, desde comienzos de 2016 y después de la resolución de la Corte Suprema de Justicia, “no adopt[ó] medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita”<sup>267</sup>. Este incumplimiento “[ha] impedido que los asesores de Exmingua puedan completar los estudios sociales requeridos para el EIA y así completar la solicitud de licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita”<sup>268</sup>.

127. La reclamación por falta de protección y seguridad plenas de los Demandantes, por lo tanto, no se basa en una única violación continua. Más bien, se relaciona con el incumplimiento de la Demandada de la obligación de proporcionar protección y seguridad plenas con respecto a las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016, luego de la resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, y que impidieron que Exmingua completara los estudios sociales con el fin de que el EIA de Santa Margarita obtuviera un permiso de explotación.

128. La descripción de los hechos de los Demandantes incluida en su Notificación de Arbitraje con relación a las protestas del año 2012, así como la falta de protección asociada, por parte de Guatemala, de las inversiones de los Demandantes, se proporcionó como un antecedente de hecho. Aun si el Tribunal fuera a considerar que el incumplimiento relevante por el cual los Demandantes reclaman pérdidas y daños consistió en una violación continua que comenzó en 2012 – algo que no ocurrió –, la reclamación de los Demandantes no habría

---

<sup>265</sup> Carta de Exmingua al MARN del 7 de abril de 2017 (C-0015-SPA/ENG); Carta de Exmingua al MEM del 7 de abril de 2017 (C-0016-SPA/ENG).

<sup>266</sup> Carta de Exmingua al MARN del 7 de abril de 2017 (C-0015-SPA/ENG); Carta de Exmingua al MEM del 7 de abril de 2017 (C-0016-SPA/ENG).

<sup>267</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 74.

<sup>268</sup> *Ibid.*

prescripto tampoco dado que el plazo de prescripción se habría renovado con las violaciones continuas que se produjeron tanto en el año 2016 como posteriormente.

## V. CONCLUSIÓN

129. Por todos los motivos que se detallaron *supra*, los Demandantes solicitan respetuosamente al Tribunal que se desestimen las objeciones preliminares de la Demandada en su totalidad y se la condene al pago de todos los gastos, honorarios y costas asociados con la preparación de este memorial de contestación sobre objeciones preliminares presentado en su contra en virtud del Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR.

Respetuosamente presentado,

[Firma]

---

Andrea J. Menaker

Rafael Llano

Eckhard Hellbeck

Ronan O'Reilly

Mariele Coulet-Diaz

Agnieszka Zarówna

Alexa Romanelli

**WHITE & CASE** LLP

5 Old Broad Street

London EC2N 1DW

United Kingdom

*Abogados de los Demandantes*

27 de septiembre de 2019