

EN EL ARBITRAJE CONFORME AL CAPÍTULO DIEZ DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE
REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA, Y ESTADOS UNIDOS, Y LAS REGLAS DE
ARBITRAJE DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
ENTRE

DANIEL W. KAPPES
Y
KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES
Demandantes

Y

REPÚBLICA DE GUATEMALA
Demandada

Caso CIADI No. ARB/18/43

**RESPUESTA DE LA DEMANDADA AL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE
LOS DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES CONFORME AL
ARTÍCULO 10.20.5 DEL CAFTA-DR**

25 de octubre de 2019

Ante:
Sra. Jean E. Kalicki (Presidenta del Tribunal)
Sr. John M. Townsend
Prof. Zachary Douglas, QC

Holland & Knight



Índice de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL MECANISMO PARA PRESENTAR OBJECIONES PRELIMINARES BAJO CAFTA-DR.....	8
III.	LOS DEMANDANTES NO NOTIFICARON NI PRESENTARON RECLAMACIONES POR PÉRDIDA REFLEJA EN LA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN Y EN LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE	12
IV.	CAFTA-DR PROPORCIONA UN MECANISMO ÚNICO PARA SOLICITAR COMPENSACIÓN POR LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR UNA EMPRESA LOCAL BAJO EL ARTÍCULO 10.16.1(B).....	17
A.	LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LAS PÉRDIDAS REFLEJAS	19
B.	LAS RECLAMACIONES POR PÉRDIDAS REFLEJAS SE PERMITIERON A MENUDO EN DISPUTAS SOBRE LA BASE DE TRATADOS ANTIGUOS PORQUE OTORGABAN EL ÚNICO REMEDIO SIGNIFICATIVO PARA QUE LOS ACCIONISTAS PUEDAN RECUPERAR LOS DAÑOS DIRECTOS SUFRIDOS POR SU COMPAÑÍA.	26
C.	EL TLCAN RESOLVIÓ LOS PROBLEMAS ASOCIADOS CON LAS RECLAMACIONES POR PÉRDIDAS REFLEJAS DE LOS ACCIONISTAS AL PROPORCIONARLES LEGITIMACIÓN PARA PRESENTAR RECLAMACIONES DERIVATIVAS, CONDICIONADAS AL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS.....	31
1.	<i>La doctrina ha destacado la singularidad del mecanismo del TLCAN para la presentación de reclamaciones derivativas</i>	32
2.	<i>Las Partes Contratantes del TLCAN concuerdan que el Artículo 1116 no permite que un accionista sea compensado por pérdidas reflejas</i>	33
3.	<i>Permitir reclamaciones por pérdidas reflejas bajo el Artículo 1116 del TLCAN dejaría el mecanismo del Artículo 1117 vacío de significado.....</i>	36
4.	<i>La jurisprudencia del TLCAN nunca ha otorgado pérdidas reflejas bajo el Artículo 1116 del TLCAN</i>	37
D.	EL CAFTA-DR PROPORCIONA LEGITIMACIÓN ACTIVA A UN ACCIONISTA PARA QUE RECLAME LAS PÉRDIDAS DE SU EMPRESA SIEMPRE QUE SE CUMPLAN CIERTOS REQUISITOS. PERMITIR QUE LOS DEMANDANTES RECLAMEN PÉRDIDAS REFLEJAS BAJO AL ARTÍCULO 10.16.1(A) DEL CAFTA-DR ANULARÍA EL MECANISMO DEL TRATADO.....	40
1.	<i>El CAFTA-DR se basa en el TBI Modelo de EE.UU. de 2004, el cual no permite que los accionistas presenten reclamaciones por pérdidas reflejas por su propia cuenta</i>	41
2.	<i>La posición de Guatemala en casos anteriores es completamente consistente con su posición en el presente arbitraje, relativa a que el daño sufrido por una empresa debe ser reclamado bajo el Artículo 10.16.1(b) cuando éste esté disponible</i>	42

3.	<i>Si reclamaciones por pérdidas reflejas fueran permitidas bajo el Artículo 10.16.1(a), los requisitos para presentar reclamaciones derivativas bajo el Artículo 10.16.1(b) carecerían de todo sentido</i>	44
4.	<i>El mecanismo de reclamación derivativa del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR busca proteger a los acreedores</i>	47
5.	<i>En ausencia de una renuncia firmada por Exmingua, Guatemala no dio su consentimiento a arbitrar reclamaciones derivadas de perjuicios directos sufridos por Exmingua.....</i>	50
6.	<i>El Anexo 10-E del CAFTA-DR impide que Exmingua inicie una reclamación por protección y seguridad plenas.....</i>	52
7.	Conclusión relativa a la primera objeción.....	56
V.	LA RECLAMACIÓN POR VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO DE NACIÓN MAS FAVORECIDA DE LOS DEMANDANTES NO SE INCLUYÓ EN LA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN Y DEBE SER DESESTIMADA ..	58
A.	LOS DEMANDANTES ADMITEN QUE OMITIERON LA RECLAMACIÓN DE TRATO DE NMF EN SU NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN.....	59
B.	EL SENTIDO CORRIENTE DEL ARTÍCULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR, EN SU CONTEXTO, EXIGE LA DESESTIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE TRATO DE NMF	62
C.	EL OBJETO Y FIN DEL ARTICULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR EXIGE LA DESESTIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE TRATO DE NMF	70
D.	LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN FRECUENTEMENTE DESESTIMAN LAS RECLAMACIONES QUE INCUMPLEN EL REQUISITO DE NOTIFICACIÓN ESTABLECIDO EN EL CAFTA-DR Y TRATADOS SIMILARES	72
VI.	LA RECLAMACIÓN POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS HA PRESCRITO BAJO EL ARTÍCULO 10.18.1 DEL CAFTA-DR	80
A.	LA NUEVA CARACTERIZACIÓN DE LOS DEMANDANTES DE LA RECLAMACIÓN POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS CON EL FIN DE EVADIR EL ARTÍCULO 10.18.1 DEL CAFTA-DR ES INVÁLIDA E INEFECTIVA	80
B.	LA LEY EXIGE LA DESESTIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS	92
VII.	CONCLUSIÓN.....	104
VIII.	PETITORIO	105

Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates v. República de Guatemala

RESPUESTA DE GUATEMALA SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

De conformidad con la Orden Procesal N° 1, de 10 de septiembre de 2019, la República de Guatemala (“Guatemala”, la “Demandada” o la “República”) a continuación presenta su Respuesta sobre sus Objeciones Preliminares, en respuesta al Memorial de Contestación de los Demandantes presentado el 27 de septiembre de 2019 (el “Memorial de Contestación”). Guatemala presenta junto con esta Respuesta los anexos de autoridades legales numeradas del RL- 0049 al RL- 0109.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los Demandantes se desvinculan de su Notificación de Arbitraje y pretenden reformular sus alegaciones fácticas e incluso alegar hechos nuevos con el fin de subsanar las deficiencias en su Notificación de Arbitraje. Así como la Demandada está limitada por lo alegado en la Notificación de Arbitraje, también lo están los Demandantes. No se puede permitir que los Demandantes reescriban (e incluso contradigan) sus alegaciones fácticas y reclamaciones para evitar la desestimación como cuestión de derecho.

2. Por más que los Demandantes intenten reformular los hechos, alegar nuevos, o citar numerosas decisiones basadas en tratados inaplicables y anticuados (especialmente considerando que los Demandantes admiten que el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (“CAFTA-DR”)¹ es “un tratado moderno y de vanguardia”),² las Objeciones Preliminares presentadas por la Demandada son directas y apropiadas para ser decididas de manera preliminar.

3. Los Demandantes presentan una narrativa falsa que sugiere que hay cuestiones de hecho en disputa (no las hay) y que la desestimación de sus reclamaciones sería incompatible con el objeto y el propósito del CAFTA-DR. Esto no es cierto. La Demandada simplemente pide la desestimación de las reclamaciones de conformidad con los mecanismos específicamente establecidos en el CAFTA-DR para abordar las reclamaciones que deben ser

¹ Todas las citas aquí cumplen con la guía de Cita Universal en Arbitraje Internacional, *Global Arbitration Review*, completada o modificada por la Orden Procesal N° 1, de fecha 10 de septiembre de 2019.

² Memorial de Contestación, ¶ 37.

desestimadas, ya sea como cuestión de derecho o por motivos jurisdiccionales o de admisibilidad. De hecho, en más de la mitad de los casos de CAFTA-DR en los que el Estado demandado se opuso por razones de jurisdicción o de admisibilidad, las reclamaciones fueron desestimadas antes de que se tomara una decisión sobre el fondo.³

4. Las objeciones de la Demandada son de naturaleza completamente jurídica. A los efectos de las Objeciones Preliminares de la Demandada conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR (las “Objeciones Preliminares”), la Demandada no cuestiona ni disputa ninguno de los supuestos hechos alegados en la Notificación de Arbitraje.⁴ Por lo tanto, aunque los Demandantes alegan que la Demandada disputó o no aceptó los hechos presentados por los Demandantes, esto no es cierto.⁵ De hecho, los Demandantes no han identificado ni una sola alegación de hecho que la Demandada dispute en sus Objeciones Preliminares.

5. La decisión del Tribunal debe basarse en los hechos alegados en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje (las “Notificaciones”) y en nada más. Por lo tanto, los intentos indebidos de los Demandantes de enmendar o reformular sus reclamaciones, o de ignorar la clara redacción de las Notificaciones deberían ser rechazados. Al desplazar el objetivo y cambiar las alegaciones de hecho y las reclamaciones a través de su Memorial de Contestación, los Demandantes violan el derecho de la Demandada a un debido proceso. Las afirmaciones falsas de los Demandantes buscan distraer la atención de las cuestiones

³ Hasta la fecha, se han iniciado once casos bajo el CAFTA-DR, incluido éste. *TCW Group, Inc y Dominican Energy Holdings, L.P. c. República Dominicana*, CNUDMI, se transó antes de que el tribunal emitiera cualquier decisión. *Lopez-Goyne Family Trust y otros c. República de Nicaragua*, Caso CIADI No. ARB/17/44, se encuentra en sus etapas iniciales. En *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, y *TECO Guatemala Holdings, LLC v. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, los respectivos demandados decidieron no presentar objeciones preliminares. En *Corona Materials LLC v. República Dominicana*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/14/3, *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N. ARB/09/17, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente Spence International Investments y otros) c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, y *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana*, PCA Caso No. 2016-17, los respectivos tribunales desestimaron las reclamaciones sin entrar a decidir el fondo del asunto. Finalmente, en *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI N.º ARB/09/12, y *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, las objeciones preliminares de los demandados fueron denegadas.

⁴ Aunque la Demandada niega ningún hecho alegado en la Notificación de Arbitraje, hay una diferencia importante entre los Artículos 10.20.4 y 10.20.5. El art. 10.20.4 del CAFTA-DR requiere que el Tribunal asuma que los alegatos fácticos de los Demandantes son verdaderos al abordar las objeciones como una cuestión de derecho. El art. 10.20.5 no exige que el Tribunal asuma las alegaciones fácticas como verdaderas para objeciones en cuanto a la competencia. *Comparar* el Artículo 10.20.4 con el Artículo 10.20.5. *Ver también* Objeciones Preliminares, ¶ 34. En cualquier caso, los Demandantes no están pidiendo al Tribunal que considere alegaciones fácticas nuevas o diferentes a aquéllas en la Notificación de Arbitraje.

⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 3, 9.

planteadas en las Objeciones Preliminares, y demuestran la falta de fundamento legal de sus argumentos.

6. La ley aplicable a los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje exige que se desestimen todas las reclamaciones afirmadas en la Notificación de Arbitraje. Específicamente, las reclamaciones deben desestimarse porque: a) los Demandantes están intentando ser compensados por pérdidas directas sufridas por Exmingua en violación de los requisitos procesales del CAFTA-DR;⁶ b) los Demandantes están intentando interponer una reclamación por violación al estándar de trato de Nación Más Favorecida (“NMF”) sin cumplir con los requisitos de notificación del Tratado; y c) la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas ha prescrito conforme el Tratado y el Tribunal no tiene jurisdicción para decidirla.

7. En relación con la objeción sobre pérdidas reflejas, el CAFTA-DR establece un mecanismo moderno para abordar la antigua cuestión de si un accionista extranjero puede reclamar daños directamente sufridos por su empresa y cómo debe hacerlo. Los Estados signatarios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) dieron el primer paso para proporcionar a los inversores y accionistas un mecanismo para presentar reclamaciones derivativas (*derivative claims*) en nombre de las empresas locales mientras protege a los Estados y a otros respecto de la doble compensación, ganancias injustificadas y la evasión de acreedores. Los Estados Parte del CAFTA-DR dieron un paso más al proporcionar a los inversores una vía más clara para recuperar en nombre de una empresa local, y a la vez reducir el riesgo de doble compensación o de un perjuicio injusto a los acreedores.

8. Se solicita al Tribunal que haga cumplir el moderno mecanismo del CAFTA-DR, que brinda a los inversores solo dos vías: 1) la posibilidad de que el inversor recupere las pérdidas directas que ha sufrido, o 2) la posibilidad de que el inversor presente, en nombre de una empresa local de su propiedad o que está bajo su control, una acción derivativa (*derivative claim*) para ser compensado por las pérdidas sufridas por la empresa. La historia del CAFTA-DR, su redacción clara, y el propósito detrás del mecanismo—como han explicado los Estados

⁶ Los Demandantes no solicitaron daños derivativos en su Notificación de Intención y Notificación de Arbitraje. Ver Sección III *infra*. Incluso si lo hubiesen hecho, estos daños no pueden reclamarse en virtud del Art. 10.16.1(a) del CAFTA-DR. Ver Sección IV *infra*.

signatarios y numerosos comentaristas—no deja dudas sobre cómo se diseñó el funcionamiento del Tratado.

9. Este es un caso sencillo en el que el Tribunal no necesita abordar cuestiones complejas relacionadas con accionistas desprotegidos o minoritarios. Los Demandantes son propietarios y controlan directa e indirectamente a Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A. (“Exmingua”) y, por lo tanto, debido a que tratan de recuperar las pérdidas sufridas por Exmingua, debían presentar sus reclamaciones derivativamente en nombre de Exmingua y de acuerdo con los requisitos del CAFTA-DR. No lo hicieron. Además, los Demandantes no solicitaron pérdidas reflejas. Solicitaron daños sufridos por Exmingua sin cumplir los requisitos establecidos en el CAFTA-DR. Por consiguiente, todas sus reclamaciones deben ser desestimadas.

10. En cuanto a la objeción a la reclamación de trato de NMF, el Tribunal también debe determinar si los Demandantes cumplieron con el requisito de notificación de intención del CAFTA-DR. No lo hicieron. El CAFTA-DR exige que un demandante entregue una notificación de intención escrita en la que especifique cada reclamación al menos 90 días antes de someter una reclamación a arbitraje. Aunque los Demandantes entregaron una notificación de intención (la “Notificación de Intención”), admiten que “*incluyeron una reclamación en relación con el trato de NMF en su Notificación de Arbitraje*”⁷ que no se incluyó -y mucho menos se especificó- en la Notificación de Intención. Debido a que los Demandantes no cumplieron con el requisito de notificación de intención del CAFTA-DR, la reclamación por violación al trato de NMF de los Demandantes es inadmisibles y, como tal, debe ser desestimada.

11. Finalmente, en lo concerniente a la objeción sobre la reclamación de protección y seguridad plenas, el Tribunal debe decidir si la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas ha prescrito en virtud del Artículo 10.18.1 de CAFTA-DR. Sí ha prescrito. La redacción de la Notificación de Arbitraje lo deja claro. Sabiendo esto, los Demandantes intentan ahora ignorar sus propias alegaciones, reformularlas de manera engañosa o realizar alegaciones completamente nuevas. Así, donde los Demandantes alegaron que “Exmingua y sus consultores [...] no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las *continuas y sistemáticas protestas y bloqueos* en el sitio desde el

⁷ Memorial de Contestación ¶ 84 (énfasis añadido).

2012,”⁸ alegan ahora de manera engañosa en el Memorial de Contestación que la reclamación “no se basa en una única violación continua”,⁹ sino que sólo se relaciona con “*las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016.*”¹⁰ Los Demandantes no pueden usar su Memorial de Contestación para enmendar y contradecir la Notificación de Arbitraje con el objeto de eludir el periodo de prescripción aplicable. De cualquier modo, la reclamación, tal y como fue alegada tanto en la Notificación de Arbitraje como en el Memorial de Contestación, debe ser desestimada porque ha prescrito.

12. En resumen, y como se explica en detalle a continuación, los Demandantes pretenden ocultar las deficiencias fatales y evidentes en la Notificación de Arbitraje y que exigen la desestimación de todas las reclamaciones en esta etapa preliminar. En lugar de abordar estas deficiencias fatales de frente, los Demandantes tergiversan y distorsionan los argumentos de la Demandada, reformulan sus alegaciones y reclamaciones, alegan nuevas acusaciones, bombardean al Tribunal con decenas de decisiones que no tienen aplicación en el presente caso y que surgen de tratados que son inaplicables, y mezclan conceptos legales básicos, como la diferencia entre jurisdicción y admisibilidad.

II. EL MECANISMO PARA PRESENTAR OBJECIONES PRELIMINARES BAJO CAFTA-DR

13. Los Demandantes argumentan 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 un pronunciamiento previo.”¹¹ En apoyo de este argumento, los Demandantes citan el Artículo 10.20.4 (c) del CAFTA-DR, que establece:¹²

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) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de

⁸ Notificación de Arbitraje, ¶ 48 (énfasis añadido).

⁹ Memorial de Contestación, ¶ 127.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Memorial de Contestación ¶ 3; *ver* alegación similar en Memorial de Contestación, ¶ 9 (“Por lo tanto, la objeción de la Demandada no sólo 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.”).

¹² Art. 10.20.4 del CAFTA-DR, **RL-0001-024-ENG** (énfasis añadido).

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.

14. En sus Objeciones Preliminares, la Demandada no cuestionó ninguno de los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje, sino que asumió explícitamente, *arguendo*, que las alegaciones de hecho en la Notificación de Arbitraje son ciertas.¹³ Los Demandantes no logran identificar un solo hecho que la Demandada haya cuestionado en las Objeciones Preliminares.¹⁴ No existe ninguno. Las Objeciones Preliminares involucran cuestiones estrictamente jurídicas que no requieren que el Tribunal decida ninguna cuestión de hecho.

15. El argumento de los Demandantes también es jurídicamente erróneo porque la Demandada presentó sus Objeciones Preliminares conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, el cual permite dos tipos de objeciones, esto es, “una objeción de conformidad con el párrafo 4 y cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal.”¹⁵ Aunque “al decidir acerca de una objeción de conformidad con [el] párrafo [4], 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,”¹⁶ este requisito no aplica a “cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal”¹⁷ bajo el Artículo 10.20.5

¹³ Objeciones Preliminares, ¶ 53 (“Sin embargo, las propias alegaciones de los Demandantes, suponiendo *arguendo* que son ciertas, confirman que su aseveración es errónea.”); *id.* ¶ 81 (“asumiendo ‘como ciertos los alegatos de hecho presentados por [los Demandantes] con el objeto de respaldar cualquier reclamación’, como cuestión de derecho, las Reclamaciones no son peticiones respecto de las cuales ‘se pueda dictar un laudo favorable para [los Demandantes] en virtud del Artículo 10.26’ y otras disposiciones del CAFTA-DR.”) (se omiten las referencias internas).

¹⁴ Ver Memorial de Contestación, ¶ 3, incluyendo las referencias a decisiones inapropiadas, y no a alegaciones en las Objeciones Preliminares de la Demandada. Ver también *id.* ¶ 9 sin soporte alguno.

¹⁵ Art. 10.20.5 de CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-ENG-024**. Ver *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 106 (“En cuanto al procedimiento expedito previsto en el artículo 10.20.5, el cual es *idéntico al procedimiento previsto en el artículo 10.20.4 excepto por un motivo adicional de objeción en cuanto a competencia [...]*”) (énfasis añadido), **RL -0003- 057-ENG**.

¹⁶ Art. 10.20.4 (c) de CAFTA –DR, **RL-0001-024-ENG**.

¹⁷ Art. 10.20.5 de CAFTA-DR, **RL-0001-024-ENG** (énfasis añadido). Ver *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 106 (“En cuanto al procedimiento expedito previsto en el artículo 10.20.5, el cual es *idéntico al procedimiento previsto en el artículo 10.20.4 excepto por un motivo adicional de objeción en cuanto a competencia*”) (énfasis añadido), **RL -0003-057-ENG**.

del CAFTA-DR, es decir, a objeciones a la jurisdicción del tribunal o la admisibilidad de las reclamaciones.¹⁸

16. Como se explica en el resumen de las Objeciones Preliminares de la Demandada a continuación, el Tribunal sólo necesita asumir como verdaderas las alegaciones de hecho de los Demandantes en relación con la primera objeción de la Demandada.

Recl.	Argumento	Causales de desestimación	CAFTA-DR	¿Necesita el Tribunal asumir que los hechos son ciertos?	¿Ha asumido la Demandada que los hechos son ciertos?
Todas	Los Demandantes no han cumplido los requisitos del CAFTA-DR para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua	Como cuestión de derecho, no puede dictarse un laudo a favor de los Demandantes	10.16.1 10.20.4	Sí	Sí
	Los Demandantes no tienen legitimación activa para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua	Las reclamaciones son inadmisibles	10.16.1 10.20.5	No	Sí
	El Demandado no consintió a arbitrar reclamaciones por pérdidas de Exmingua sin la renuncia de Exmingua	El Tribunal carece de jurisdicción	10.18.2(b)(ii) 10.20.5	No	Sí
NMF	Los Demandantes no incluyeron la reclamación de NMF en su Notificación de Arbitraje	La reclamación es inadmisibile	10.16.2 10.20.5	No	Sí
FPSP	La Demandada no consintió a arbitrar la reclamación por falta de protección y seguridad plenas de los Demandantes. Los supuestos bloqueos “continuos y sistemáticos” han ocurrido desde 2012.	El Tribunal carece de jurisdicción porque la reclamación ha prescrito	10.18.1 10.20.5	No	Sí

17. Los Demandantes también argumentan que “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 dependen de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de hecho y de derecho.’”¹⁹ Al formular este argumento, los Demandantes se basan en la Decisión sobre Objeciones Preliminares en *Pac Rim*.²⁰

18. El argumento y la referencia de los Demandantes a *Pac Rim* son incorrectos:

¹⁸ Esta redacción está ausente en el Art. 10.20.5 del CAFTA-DR, **RL-0001-024-ENG**. Ver también *The Renco Group Inc. c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014, ¶ 220 (“El Tribunal **no está convencido** por la sugerencia del Profesor Reisman de que **objeciones preliminares** en las que **pueden existir cuestiones de hecho controvertidas** (según el Artículo 22(3) del Reglamento de la CNUDMI, y el **Artículo 10.20.5 del Tratado**, y a diferencia del Artículo 10.20.4 del Tratado) **de alguna forma son incapaces de ser determinadas de forma expedita**”) (énfasis añadido), **RL-0004-053-ENG**. *Renco* se decidió bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú, que incluye una disposición idéntica al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, **RL-0001-024-ENG**. Ver Objeciones Preliminares, ¶ 34.

¹⁹ Memorial de Contestación ¶ 5.

²⁰ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada bajo los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010, **RL-0003-ENG**.

- a. En primer lugar, aquí no hay “cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de derecho y de hecho”, porque la Demandada asume, a los efectos de sus Objeciones Preliminares, que todos los hechos en la Notificación de Arbitraje son ciertos.
- b. En segundo lugar, el Tratado no limita las objeciones preliminares a cuestiones de derecho “simples”. El Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR se basa en una disposición similar del Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de EE.UU. (“TBI Modelo de EE.UU.”) de 2004, el cual, para acelerar la desestimación de las reclamaciones, exige que los “tribunales aborden, como cuestión preliminar, una objeción de que una reclamación debe ser desestimada como cuestión de derecho.”²¹ Razones de economía y de eficiencia favorecen la desestimación temprana de las reclamaciones que no pueden otorgarse como cuestión de derecho o que están de otra forma fuera de la jurisdicción del Tribunal o son inadmisibles tal y como fueron presentadas.²²
- c. En cualquier caso, no hay nada “complejo” en las Objeciones Preliminares de la Demandada. En esencia, los Demandantes no cumplieron con los requisitos expresos del Tratado, y el análisis fáctico de la Demandada se basa por completo en la Notificación de Arbitraje (o Notificación de Intención, según sea el caso). El intento de los Demandantes de complicar el asunto al reestructurar o cambiar sus alegaciones de hecho y la reparación solicitada,²³ citando decenas de casos irrelevantes basados en tratados inaplicables,²⁴ y

²¹ A. Menaker, *Benefiting from Experience: Development in the United States’ Most Recent Investment Agreement*, 12 U.C. Davis J. Int’l L. Pol. ‘Y 121, pág. 127, **RL-0049-007-ENG**. Ver también D. Gantz, *Settlement of Disputes Under the Central America- Dominican Republic-United States Free Trade Agreement*, 30 B.C. Int’l & Comp. L. Rev. 331, pág. 377 (“Esta disposición está presumiblemente diseñada para desalentar las acciones “frívolas” de los demandantes particulares y para asegurar (o al menos alentar) a los tribunales a que decidan cuáles son efectivamente las peticiones para desestimar o las peticiones de juicio sumario en lenguaje estadounidense como asuntos preliminares, en lugar de combinarlos con decisiones sobre el fondo”), **RL-0050-048-ENG**; *Renco*, Memorial de los Estados Unidos de América, 10 de septiembre de 2014, ¶ 3 (“En todos sus acuerdos de inversión posteriores concluidos hasta la fecha, Estados Unidos ha negociado mecanismos de revisión expedita que permiten a un Estado demandado presentar objeciones preliminares de manera eficiente.”), **RL-0051-002-ENG**.

²² *Renco*, Memorial de los Estados Unidos de América, 10 de septiembre de 2014, ¶ 11 (“De hecho, las razones económicas y de eficiencia a menudo sopesarán a favor de que las objeciones de competencia se resuelvan preliminarmente y al mismo tiempo que las objeciones formuladas en virtud del párrafo 4. Esto es consistente con el texto, el contexto, el objeto y el propósito del Acuerdo”), **RL-0051-004-ENG**.

²³ Ver ¶¶ 21-28, 120 *et seq.*, 157 *et seq. infra*.

²⁴ Ver e.g. ¶¶ 55-56 *infra*.

caracterizando erróneamente los problemas a resolver por este Tribunal, no debería ser tolerado.²⁵

19. Además, incluso en *Pac Rim*—en el cual se apoyan los Demandantes para sustentar su errado argumento—el tribunal aclaró que sólo las alegaciones incluidas en la notificación de arbitraje deben ser asumidas como ciertas en virtud del Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR:²⁶

Solamente la notificación [...] de arbitraje la que se beneficia de la presunción de veracidad: aquí no habrá tal asunción de la veracidad en cuanto a los alegatos de hecho efectuados en otros lugares, por ejemplo en otras presentaciones escritas u orales hechas por el demandante al tribunal de conformidad con el procedimiento para abordar la objeción preliminar de la demandada.

20. La ironía es que son los Demandantes—y no la Demandada—quienes han alegado nuevos hechos en sus presentaciones escritas sobre las Objeciones Preliminares. De hecho, en un intento vano de enmendar las alegaciones y reclamaciones de la Notificación de Arbitraje para tratar de abordar las deficiencias legales que ésta contiene, los Demandantes han adjuntado dieciséis nuevas pruebas fácticas a su Memorial de Contestación.²⁷ Por supuesto, como el tribunal en *Pac Rim* explicó, al decidir las Objeciones Preliminares, el Tribunal sólo puede analizar los hechos y alegaciones que los Demandantes incluyeron en la Notificación de Arbitraje, y debe rechazar cualquier alegación nueva o prueba que los Demandantes traten de introducir tardíamente.

III. LOS DEMANDANTES NO NOTIFICARON NI PRESENTARON RECLAMACIONES POR PÉRDIDA REFLEJA EN LA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN Y EN LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE

21. Los Demandantes argumentan ahora falsamente que sus reclamaciones son “en nombre propio por la pérdida de valor de su participación directa e indirecta en Exmingua”²⁸, en marcado contraste con lo que alegaron o reclamaron en las Notificaciones. En las Notificaciones, los Demandantes alegaron los siguientes daños y perjuicios:

²⁵ Ver e.g. ¶ 135 *infra*.

²⁶ *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 90, **RL -0003-054-ENG**.

²⁷ Ver **C-0001 a C-0016**.

²⁸ Memorial de Contestación, ¶ 12

- 1) “El Proyecto Progreso VII, con un *valor actual neto* estimado de aproximadamente US\$ 150 millones en 2017”²⁹. Esta cuantía fue actualizada a “[d]años de no menos de US\$ 175 millones”³⁰ en 2018.
- 2) “El Proyecto Santa Margarita no ha recibido una licencia de explotación, [...] pero con base en la *cantidad y calidad* de los recursos minerales, las medidas de Guatemala han resultado en pérdidas de al menos, y muy probablemente por encima de, el monto del Proyecto Progreso VII.”³¹ Esta cuantía fue actualizada a “[d]años de no menos de US\$ 175 millones”³² en 2018.
- 3) “Tres *embarques* de concentrados *con un valor de* US\$ 500.000 fueron incautados abruptamente”³³. Esta cuantía fue presentada como “[d]años de no menos de US\$ 500,000 por los tres embarques de concentrados incautados por el Estado”³⁴ en 2018.

22. En ningún sitio los Demandantes alegan ni reclaman pérdida alguna en el valor de i) su participación en Exmingua, ii) sus acciones, o iii) cualquier otro tipo de pérdida refleja. Mientras que el término “pérdida refleja” se menciona 39 veces en el Memorial de Contestación, no aparece ni una vez en las Notificaciones. De manera similar, la palabra “acción” no se menciona ni una vez en la Notificación de Intención y las únicas referencias a ella en la Notificación de Arbitraje están en la sección de antecedentes para establecer la participación accionaria de los Demandantes en Exmingua.³⁵ Por el contrario, en las Notificaciones los Demandantes hacen referencia expresa al “valor actual neto estimado”³⁶ de Progreso VII, a las “pérdidas” sufridas por el Proyecto Santa Margarita dada la “cantidad y calidad de los recursos minerales”³⁷ y a “los embarques de concentrados con un valor de US\$ 500.000”³⁸. En ningún lugar los Demandantes alegan el impacto que el perjuicio directo a los proyectos y activos de Exmingua (por el valor expresamente indicado en las Notificaciones) tuvo en el valor de la inversión de los Demandantes en Guatemala, esto es, su participación en

²⁹ Notificación de Intención, pág. 4.

³⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

³¹ Notificación de Intención, pág. 4

³² Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

³³ Notificación de Intención, pág. 4.

³⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

³⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 8, 20, 35.

³⁶ Notificación de Intención, pág. 4.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Exmingua. El perjuicio a los activos y proyectos de Exmingua y el perjuicio a la participación de los Demandantes en Exmingua son dos conceptos y reclamaciones diferentes.³⁹ Los Demandantes no reclamaron pérdidas reflejas contra Guatemala en su Notificación de Arbitraje y no deberían poder hacerlo por medio su Memorial de Contestación.

23. Cuando un demandante confunde daños sobre su propiedad y daños sobre la propiedad de la compañía en la que el demandante tiene participación accionaria, los tribunales han desestimado reclamaciones. Por ejemplo, en *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Argelina Democrática y Popular*, el tribunal sostuvo que la reclamación presentada por el demandante, Orascom TMT Investments, era inadmisibles porque no era por pérdidas sufridas por el demandante, sino por la empresa local.⁴⁰

En conclusión, a pesar de los intentos del Demandante de retratar los daños reclamados como compensación por daños que se le han causado a él mismo, y no a OTH, las reclamaciones ante el Tribunal en realidad buscan reparación por pérdidas cubiertas por las solicitudes de reparación planteadas en el Arbitraje de OTH o por pérdidas que el demandante (propiedad de y manejado por un empresario experimentado como el Sr. Sawiris) debe o debería haber

³⁹ Un inversor no tiene derechos exigibles sobre los activos o proyectos que pertenecen a una empresa en la que el inversor posee acciones. *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, ¶ 278 (“Ha sido sostenido en repetidas oportunidades por tribunales arbitrales **que un inversor no posee un derecho exigible en arbitraje sobre los activos y contratos pertenecientes a la compañía en la que posee acciones.**”), **RL-0052-081-ENG**; *id.* ¶282 (“[U]n inversor cuyas inversiones consisten en acciones no puede reclamar por ejemplo, que los activos de la compañía son su propiedad y solicitar una compensación por la interferencia con dichos activos [...]”) (énfasis añadido), **RL-0052-081-082-ENG**. Las acciones de Exmingua son la inversión protegida y no los activos o los proyectos de Exmingua. Alegar la conexión entre el daño directo a los activos de Exmingua y el daño indirecto a las acciones de los Demandantes en Exmingua es base fundamental de cualquier reclamación por pérdida refleja. Ver *Postova Banka, A.S. c. República Helénica*, CIADI Caso Núm. ARB/13/8, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶¶ 231-34 (“La afirmación de los Demandantes tampoco encuentra apoyo en decisiones anteriores de tribunales de arbitraje de inversión. Por el contrario, los tribunales, como el de *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria* - han sostenido constantemente que ‘un inversor no tiene ningún derecho exigible en el arbitraje sobre los activos y contratos pertenecientes a la empresa en la que posee acciones [...]’ La respuesta proporcionada por el tribunal de *El Paso v. Argentina* fue directa: mientras que las acciones del demandante en las empresas argentinas eran inversiones protegidas bajo el TBI entre Estados Unidos y Argentina, *las licencias y otros contratos otorgados a las empresas argentinas no eran inversiones protegidas* “), **CL-0056-ENG**; *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2013-15, Laudo, 30 de agosto de 2018, ¶ 800 (concluyendo que el accionista no tenía un derecho exigible contra los activos de la compañía, incluidas las concesiones mineras y las inversiones realizadas en el proyecto por la compañía. El accionista solo puede iniciar reclamaciones cuando éstas estén basadas en medidas adoptadas contra los activos de la compañía que afectan el valor de sus acciones), **RL-0053-238-ENG**.

⁴⁰ *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 518, **RL-0054-149-ENG**. Ver también *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo, 10 de enero de 2005 (concluyendo que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la reclamación en cuestión, y desestimando las reclamaciones indirectas), **RL-0055-ENG**.

considerado en la venta de su inversión a VimpelCom. Bajo las circunstancias, el Tribunal no puede sino concluir que las reclamaciones son inadmisibles.

24. El intento tardío de los Demandantes de enmendar sus reclamaciones ahora y caracterizar los daños reclamados como pérdidas reflejas para eludir las objeciones de la Demandada no puede permitirse. El Tribunal debe analizar las reclamaciones tal y como fueron presentadas en la Notificación de Arbitraje (y anunciadas en la Notificación de Intención) y como tal son inadmisibles. Permitir a los Demandantes re-caracterizar sus reclamaciones ahora sobre la base de nuevas alegaciones que contradicen las Notificaciones violaría el derecho al debido proceso de la Demandada, la integridad del procedimiento, y la estructura del CAFTA-DR. Esto frustraría las políticas normativas adoptadas en CAFTA-DR sobre la notificación temprana de reclamaciones, la eficiente resolución de disputas y la posibilidad de abordar objeciones preliminares.

25. Los Demandantes alegan que “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 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”.⁴¹ Para respaldar esta alegación, los Demandantes se refieren a la publicación de Mark Kantor, “*Valuation for Arbitration*”,⁴² y al laudo en *Hochtief AG c. República Argentina*.⁴³ Pero ninguna de estas fuentes sirve de fundamento a la afirmación de los Demandantes. En el fragmento que citan, el profesor Kantor simplemente reconoce que para calcular la pérdida refleja, se debe descontar la deuda de la empresa.⁴⁴ De forma similar, el tribunal de *Hochtief* reconoció que “se tuvo que asumir el pago de la deuda efectivamente adeudada a los [acreedores] antes de que los fondos pudieran ser liberados como dividendos a los accionistas”⁴⁵. Descontar la deuda para calcular la pérdida refleja no significa que “el resarcimiento al accionista por pérdida refleja será igual”⁴⁶ que las

⁴¹ Memorial de Contestación, ¶ 50.

⁴² *Id.* ¶ 49.

⁴³ *Id.* ¶ 50 fn. 98.

⁴⁴ M. Kantor, *Valuation for Arbitration*, pág. 197 (2008), CL-0066-ENG; Memorial de Contestación, ¶ 49.

⁴⁵ *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Laudo, 21 de diciembre de 2016, ¶ 84, CL-0067-ENG/SPA; Memorial de Contestación, ¶ 50.

⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶ 50.

pérdidas de Exmingua. En *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. la República de Letonia*, el tribunal abordó la cuestión así:⁴⁷

La Demandada ha argumentado, y el Tribunal Arbitral debe estar de acuerdo, que el reducido flujo de ingresos en [la empresa] obviamente no causa una pérdida idéntica a Nykomb como inversor.

Si uno compara esto con una situación en la que Latvenergo habría pagado la doble tarifa a [la empresa], está claro que *los pagos más altos por electricidad no habrían fluido total y directamente [al inversor]. El dinero habría estado sujeto a impuestos en Letonia, etc... habría sido utilizado para cubrir los costos [de la empresa] y los pagos iniciales de los préstamos [de la empresa], etc...y los desembolsos al accionista estarían sujetos a restricciones bajo el derecho societario de Letonia sobre pago de dividendos. Una evaluación de la pérdida en o el daño a la inversión del Demandante basada directamente en la reducción del flujo de ingresos a [la empresa] es infundada y debe ser rechazada.*

26. Asimismo, los Demandantes ignoran que una diferencia clave entre una reclamación por pérdida refleja y una por daño directo sufrido por la compañía es que en ésta última, los acreedores efectivamente reciben su pago.

27. En cualquier caso, la Demandada está de acuerdo en que ésta no es la etapa para cuantificar o probar los daños de los Demandantes. Ésta es una etapa prevista por el CAFTA-DR para determinar si los Demandantes han alegado una reclamación válida. De hecho, la Demandada no está cuestionando la cuantía de los daños en esta etapa. Una reclamación de un inversor por pérdida refleja es diferente a una reclamación por las pérdidas de la empresa local, y, como tal, los Demandantes no pueden argumentar ahora que sus reclamaciones por las pérdidas de Exmingua en las Notificaciones son en realidad las mismas que si las interpusieron por pérdidas reflejas. No lo son. El Tratado sí requiere que los Demandantes especifiquen la “reparación que se solicita”⁴⁸ bajo sus reclamaciones en la Notificación de Intención. El Tratado también establece que un demandante puede someter una reclamación a arbitraje en la que alegue que “el demandante ha sufrido pérdidas o daños” bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, y no que “la empresa ha sufrido pérdidas o daños”, reclamación que debe iniciarse bajo el Artículo 10.16.1(b). Los Demandantes sólo anunciaron reclamaciones por presuntas pérdidas sufridas por Exmingua en ciertos proyectos y activos, y no por ningún

⁴⁷ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Letonia*, Caso SSC, Laudo, 16 de diciembre de 2003, pág. 39, **CL-0073-ENG**.

⁴⁸ Art. 10.16.2 (d) del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**.

impacto que esas pérdidas directas de Exmingua tuvieran sobre el valor de las acciones de los Demandantes en Exmingua o en Minerales KC Guatemala Ltda.⁴⁹ Este impacto nunca fue mencionado, mucho menos alegado, en las Notificaciones.

28. El Tribunal debería rechazar el intento de los Demandantes de reformular sus Notificaciones en esta etapa, y decidir las Objeciones Preliminares de la Demandada sobre la base de las alegaciones contenidas en la Notificación de Arbitraje. Los Demandantes presentaron reclamaciones para tratar de obtener compensación directa por las pérdidas de Exmingua sin cumplir con los requisitos del CAFTA-DR. Las cuatro reclamaciones de los Demandantes deben, por lo tanto, ser desestimadas.

IV. CAFTA-DR PROPORCIONA UN MECANISMO ÚNICO PARA SOLICITAR COMPENSACIÓN POR LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR UNA EMPRESA LOCAL BAJO EL ARTÍCULO 10.16.1(b).

29. Aunque el Tribunal permitiera a los Demandantes reformular sus reclamaciones por daños (y no debería hacerlo), los Demandantes no pueden recuperar pérdidas reflejas bajo el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR.

30. Estados, tribunales y doctrina han identificado y reconocido las preocupantes consecuencias de otorgar reclamaciones por pérdidas reflejas en procedimientos de arbitraje entre inversores y Estados, a menudo en relación con las cuestiones de política normativa que prohíben las reclamaciones por pérdida refleja bajo los regímenes de derecho mercantil doméstico.⁵⁰ Sin embargo, estas consecuencias han sido a menudo descartadas por tribunales arbitrales en arbitrajes entre inversores y Estados porque, bajo la estructura de la mayoría de los tratados, la compensación por pérdida refleja se consideraba el único remedio disponible para que ciertos accionistas fueran compensados por los daños sufridos por sus compañías locales⁵¹. Ante la ausencia de una regulación específica respecto de la legitimación activa de

⁴⁹ *Postova Banka AS*, Laudo Final, 9 abril 2015, ¶ 233-34 (“[En *El Paso c. Argentina*] [...] En otras palabras, el tribunal tuvo que examinar si ciertos activos de las compañías en las que el demandante tenía una participación calificaba como inversiones protegidas bajo el tratado [...] La respuesta proporcionada por el tribunal de *El Paso c. Argentina* fue directa: mientras que las acciones del demandante poseía en las empresas argentinas eran inversiones protegidas bajo el TIB entre Estados Unidos y Argentina, las licencias y otros contratos otorgados a las empresas argentinas no eran inversiones protegidas.”), CL-0056-ENG; *Id.* ¶ 236 (“El tribunal de *El Paso c. Argentina* dispuso que ‘lo que está protegido son ‘las acciones, todas las acciones, y nada más que las acciones.’”), CL-0056-ENG.

⁵⁰ Ver ¶¶ 35 et seq. *infra*.

⁵¹ Ver ¶¶ 50 et seq. *infra*.

un accionista para interponer una reclamación contra el Estado anfitrión por daños a su compañía, los tribunales tradicionalmente se centraron en la definición de “inversor” e “inversión” bajo el tratado aplicable⁵². Si el accionista demandante era un inversor protegido en virtud del tratado y su participación accionarial era una inversión protegida, los tribunales internacionales permitían que las reclamaciones por pérdidas reflejas procedieran, rechazando seguir el ejemplo del derecho mercantil doméstico. En otras palabras, la pérdida refleja era el menor de dos males. Dado que la pérdida refleja era el único remedio disponible para inversores que de otro modo estaban cubiertos [por el tratado aplicable] de obtener alguna reparación significativa por el perjuicio a su empresa local, los tribunales ignoraban las formalidades societarias y las preocupantes consecuencias de ignorar las consideraciones de política normativa y permitían reclamaciones por pérdidas reflejas.

31. Pero el moderno tratado aplicable en el presente caso, el CAFTA-DR, diseñó un mecanismo específicamente para tratar este asunto. El Tratado mantiene definiciones de “inversión” e “inversor” similares a las que se encuentran en tratados anteriores, pero otorga legitimación activa a los accionistas para recuperar las pérdidas sufridas por sus empresas locales, siempre que se cumpla con ciertos requisitos. Estos requisitos pretenden abordar las mismas preocupaciones de política normativa por las que se prohíben las reclamaciones por pérdida refleja en la mayoría de los regímenes de derecho mercantil doméstico, esto es, buscan evitar la doble compensación, procedimientos múltiples y resultados contradictorios, así como también proteger a los acreedores y otras partes con un interés en la empresa local.

32. El Tribunal debe decidir este caso sobre la base del régimen específico acordado por las Partes del CAFTA-DR (*lex specialis*), y no basarse en la interpretación por parte de otros tribunales de tratados antiguos con una estructura diferente.

33. Aquí, los Demandantes presentaron reclamaciones por supuestos daños sufridos por los activos de Exmingua y por dos de sus proyectos, esto es, perjuicios sufridos directamente por Exmingua. CAFTA-DR brinda a los Demandantes un mecanismo para reclamar compensación por sus daños al interponer una reclamación en nombre de Exmingua. Al hacerlo, se compensa a los Demandantes indirectamente (a través de Exmingua) por cualquier pérdida indirecta a su participación accionarial. A través de este procedimiento, los acreedores de Exmingua también reciben los pagos que les corresponden y el riesgo de una

⁵² Ver ¶¶ 57 *infra*.

potencial doble compensación y de resultados inconsistentes o contradictorios a través de diferentes procedimientos se resuelve definitivamente. Sin embargo, para solicitar dicho remedio, los Demandantes deben: (i) presentar las reclamaciones en nombre de Exmingua, (ii) presentar una renuncia firmada por Exmingua, (iii) desistir del litigio local en marcha relacionado con las medidas que se alegan constituyen un incumplimiento al CAFTA-DR en este Arbitraje, (iv) solicitar que cualquier laudo se otorgue a favor de Exmingua, y (v) abstenerse de volver a litigar reclamaciones ya decididas por los tribunales guatemaltecos a solicitud de Exmingua.

34. Debido a que los Demandantes no han cumplido con los requerimientos para reclamar las pérdidas de Exmingua, todas las reclamaciones deben ser desestimadas.

A. Las consecuencias negativas de las pérdidas reflejas

35. Los sistemas de derecho mercantil avanzados, incluidos el de Estados Unidos (nacionalidad de los Demandantes), Australia, Francia, Alemania, Hong Kong, los Países Bajos, y el Reino Unido, prohíben las reclamaciones por pérdidas reflejas,⁵³ en gran parte debido a los graves problemas asociados con permitir que tales reclamaciones procedan.⁵⁴ Guatemala también prohíbe las reclamaciones por pérdidas reflejas.⁵⁵ Este tipo de

⁵³ D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, págs. 15-17, **RL-0056-015-017-ENG**; V. Korzun, *Shareholder Claims for Reflective Loss: How Investment Law Changes Corporate Law and Governance*, U. PA J. Int '1 L. 189 (2018), pág. 201-08, **RL-0057-013-020-ENG**.

⁵⁴ Nota de la Secretaría del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, *Posible Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SICE), Reclamaciones de los Accionistas y Pérdidas Reflejas*, 9 de agosto de 2019, ¶ 5 (“Los tribunales nacionales de Estados con sistemas avanzados de derecho societario suelen rechazar las reclamaciones de accionistas por pérdidas reflejas—en gran medida por razones normativas relacionadas con la coherencia, la previsibilidad, la necesidad de evitar el doble resarcimiento y la economía procesal—. Los accionistas pueden presentar reclamaciones por perjuicios directos, pero no por las pérdidas reflejas que sufran. Solo la sociedad que haya sufrido un perjuicio directo puede presentar una reclamación. La interposición de una sola reclamación por una sociedad comercial y el resarcimiento a ésta por los perjuicios ocasionados se considera una solución más eficaz y más justa para los demandados y otros interesados del ámbito empresarial, incluidos los acreedores y los accionistas. Existen pocas reclamaciones de accionistas por pérdidas reflejas contra Estados en los tribunales nacionales; esos pocos casos suelen desestimarse por considerarse que solo la sociedad comercial puede presentar una reclamación.”), **RL-0058 -002-003-ENG/SPA**.

⁵⁵ Ver Decreto 2-70, Código de Comercio de la República de Guatemala, Diario Oficial: Tomo 188, 22 April 1970, Art. 14 (“La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados...”), **RL-0059-SPA/ENG**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 4497-2011, 28 de marzo de 2012, pág. 7 (“Con base en la normativa citada puede afirmarse que Jorge José Rojas Arzú, al intentar comparecer en su calidad de accionista a defender los intereses de la entidad anteriormente referida, no ostenta la legitimación activa necesaria para accionar en amparo, debido a que la sociedad mercantil legalmente constituida tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados, por lo que la calidad de socio no es fundamento para comparecer a defender un derecho que no le

reclamaciones pretenden recuperar las pérdidas que los accionistas sufrieron indirectamente como resultado de un daño directo sufrido por su compañía. Este tipo de compensación, que ignora las formalidades corporativas, es muy problemática. Puede conducir a una compensación doble o a resultados contradictorios en diferentes procedimientos, a una ganancia injustificada, e ignora por completo a los intereses de terceros (y, en el caso de los acreedores, un interés prioritario) en cualquier recuperación potencial.⁵⁶ El principio de prohibición de pérdidas reflejas se basa en la asunción de que la empresa tiene una alternativa disponible para reclamar la pérdida.⁵⁷

36. Como se explica a continuación, en el ámbito internacional, las organizaciones de derecho de inversión, Estados contratantes, académicos y tribunales han identificado las numerosas e indeseables consecuencias que surgen de las reclamaciones por pérdidas reflejas.⁵⁸

asiste en forma individual, sino que, se aduce, pertenece a la sociedad como persona jurídica.”), **RL-0060-SPA/ENG**; Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3841-2010, 11 de febrero de 2011, pág. 4 (“De ahí que el accionante pretende ejercer un agravio personal y directo que le corresponde al representante legal de la entidad relacionada, ya que la persona jurídica (Inmobiliaria Koltov, Sociedad Anónima) es una entidad distinta de los miembros que la conforman (socios accionistas), por lo que al no ser el titular de los derechos denunciados y actuar únicamente en calidad de socio accionista fundador de dicha entidad, carece de legitimación activa para promover la presente acción constitucional. (...”), **RL-0110-004-SPA**; Decreto Ley 106, Código Civil de la República de Guatemala, Art. 16 (“La persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados.”), **RL-0061-SPA/ENG**; *id.* Art. 1434 (“[l]os daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”), **RL-0061-SPA/ENG**.

⁵⁶ D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, pág. 29 (“En la legislación nacional y en el derecho internacional general, la prohibición general sobre las reclamaciones de los accionistas por *reflective loss* es impulsada por políticas normativas. [...] Las sentencias sobre las reclamaciones de los accionistas por *reflective loss* en la legislación nacional revisan regularmente los intereses normativos que sopesan dichas reclamaciones, incluidas las riesgos de acciones múltiples y resultados inconsistentes, doble compensación y el impacto de éstas sobre los acreedores y otros accionistas”), **RL-0056-029-ENG**.

⁵⁷ *Id.* pág. 19 (“La prohibición de reclamaciones de accionistas se basa en la premisa de que la compañía tiene el poder de recuperar la pérdida. La reclamación de la compañía se considera más eficiente: evita múltiples reclamaciones (y esfuerzos complejos y costosos para distribuir las pérdidas reflejas). También se considera más justo: todas las partes interesadas que sufren pérdidas reflejas se beneficiarán automáticamente de acuerdo con sus intereses relativos en cualquier flujo de activos a la empresa.”), **RL-0056-019-ENG**.

⁵⁸ D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, págs. 21 *et seq.*, **RL-0056-021-ENG**; V. Korzun, *Shareholder Claims for Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law and Governance*, págs. 221-24, **RL-0057-033-036-ENG**; Nota de la Secretaría de la CNUDMI Grupo de Trabajo III, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Reclamaciones de los Accionistas y Pérdidas Reflejas*, 9 de agosto de 2019, ¶¶ 13-24, **RL-0058-005-007-SPA/ENG**; D. Gaukrodger, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment,

37. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional constituyó un grupo de trabajo para abordar la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (“SCIE”). La Secretaría recibió instrucciones de emprender un trabajo preparatorio sobre una serie de cuestiones, incluidas las reclamaciones indirectas, las reclamaciones de los accionistas y las pérdidas reflejas. La Secretaría identificó varios de los problemas asociados con las reclamaciones por pérdidas reflejas, como el gran número de casos y procedimientos múltiples, el impacto en el coste y la duración de los procedimientos de SCIE, la falta de resultados e interpretaciones consistentes, y la doble compensación—que posiblemente conduce a daños excesivos, y la distorsión del derecho mercantil y financiero. La nota de la Secretaría que resultó de estas consideraciones resumió cómo las reclamaciones de los inversores que reclaman las pérdidas de una compañía impactan negativamente en los procedimientos de SCIE:⁵⁹

Considerados en su conjunto, los elementos mencionados anteriormente relativos a las reclamaciones de accionistas por pérdidas reflejas podrían contribuir a minar la previsibilidad y la seguridad jurídica para los Estados, los inversionistas y los accionistas por igual, y redundar en un aumento de los costos del sistema de SCIE.

38. La Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión 18 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”), celebrada el 20 de marzo de 2013 en París, “reconoció que en general las reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas plantean importantes cuestiones de política normativa relacionadas con la consistencia”⁶⁰. La Comisión Europea y las Secretarías del CIADI y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

No. 2014/02, **RL-0062-ENG**; M. Clodfelter and J. Klingler, *Reflective Loss and Its Limits under International Investment Law*, en C. Beharry (ed.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and valuation in International Investment Arbitration* (2018), **RL-0009-ENG**; M. Kinneer, A. K. Bjorklund, et al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* (2006), pág. 1116-8, **CL-0035-ENG**; E. Ferran, *Litigation by Shareholders and Reflective Loss*, 60(2) CLJ 231, **RL-0063-ENG**; J. Arato, K. Claussen, et al., *Reforming Shareholder Claims in ISDS*, Academic Forum on ISDS Working Paper 2019/9, ¶¶ 9-15, **RL-0064-005-008-ENG**.

⁵⁹ Nota de la Secretaria del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, *Posible Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SICE), Reclamaciones de los Accionistas y Pérdidas Reflejas*, 9 de agosto de 2019, ¶ 24, **RL-0058-007-SPA/ENG**.

⁶⁰ Mesa Redonda sobre Libertad de Inversión 18, Resumen de las discusiones de la Mesa Redonda por la Secretaría de la OCDE, 20 de marzo de 2013, pág. 7, **RL-0065-007-ENG**.

Comercio y Desarrollo (CNUCYD) participaron en la Mesa Redonda. El resumen de la Mesa Redonda indicó lo siguiente:⁶¹

Se alentó la contribución adicional de gobiernos en esta área, pero hubo consenso sobre la prohibición ampliamente aplicada en la legislación nacional. *El principio general contra la pérdida refleja también se aplica en el derecho internacional consuetudinario y bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

39. Los Estados contratantes han expresado constantemente su preocupación sobre el impacto que las reclamaciones por pérdidas reflejas pueden tener sobre los procedimientos internacionales. Por ejemplo, en *Suez c. República de Argentina*, un caso citado por los Demandantes, Argentina expresó su preocupación sobre permitir reclamaciones por pérdida refleja.⁶²

El derecho de incoar una acción por un supuesto daño corresponde a la sociedad misma, no a sus accionistas. Asimismo, la Demandada señala que el otorgamiento de una indemnización monetaria a las Demandantes en cuanto accionistas, así como a AASA en cuanto entidad directamente perjudicada, daría lugar a una doble reparación injusta y, además, otorgaría una indemnización sólo a determinados accionistas, con lo que se perjudicaría a los demás accionistas de AASA, así como a sus acreedores.

40. La doctrina también ha analizado y comentado el desafío que presentan las reclamaciones por pérdidas reflejas en el derecho de inversiones internacional. El Dr. Michael Waibel resumió sus preocupaciones de la siguiente manera:⁶³

Cuando las reclamaciones derivativas de los accionistas y las acciones por pérdidas reflejas son admisibles sin limitación en el derecho internacional, existe un grave riesgo de que procedimientos paralelos tengan lugar. En derecho internacional de inversiones, cualquier resarcimiento otorgado se paga a quien haya presentado la reclamación con éxito. Los incentivos para que los accionistas presenten reclamaciones derivativas son mucho mayores que en el derecho mercantil doméstico. Sostengo que, hasta ahora, las limitaciones a las reclamaciones derivativas y por pérdidas reflejas

⁶¹ *Id.*, pág. 5, **RL-0065 -005-ENG**.

⁶² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006, ¶ 46, **CL-0014-SPA/ENG**.

⁶³ M. Waibel, *Coordinating Adjudication Processes*, en Z. Douglas (eds.), *International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (2014), pág. 511, **RL-0066-013-ENG**.

se han descartado incorrectamente en derecho internacional de inversiones.

41. Meg Kinnear y Andrea Kay Bjorklund también identificaron los problemas relacionados con las pérdidas reflejas, en su publicación sobre Disputas de Inversión bajo el TLCAN:⁶⁴

Los daños derivativos generan preocupaciones sobre doble compensación. Si una empresa en efecto sufriera pérdidas o daños debido a una violación de la Sección A del Capítulo 11, la indemnización podría otorgarse a la empresa de conformidad con el Artículo 1117. *Si un inversor que presenta una reclamación en su propio nombre pudiera ser también compensado por la disminución en el valor del interés del que es titular, el daño podría ser compensado dos veces.*

Los daños derivativos también generan preocupaciones en relación con la estructura societaria básica. Si una empresa sufre un daño, pero el resarcimiento se otorga directamente a los accionistas con legitimación activa para presentar una reclamación bajo un tratado de inversión como el Capítulo 11 del TLCAN, ¿cuál es el efecto sobre los otros accionistas de la sociedad y sobre los acreedores? ¿Se ignoran efectivamente sus derechos por medio del pago de daños directamente a otros accionistas?

42. El profesor Gabriel Bottini, en su momento coordinador del Departamento Internacional de la Procuraduría General de la República Argentina, identificó el problema de la siguiente manera:⁶⁵

Aunque, en principio, las acciones indirectas son beneficiosas para los inversores extranjeros, quienes aumentan sus posibilidades de presentar demandas contra medidas que afectan a sus inversiones, también conllevan *serias complejidades legales*. Quizás la más grave es la posibilidad de la *doble compensación* ya que, si bajo teorías legales distintas se establece que *la misma medida con un solo impacto económico afecta tanto a los derechos de la empresa como a los derechos de los accionistas, el estado que adoptó la medida podría teóricamente estar obligado a pagar una indemnización a ambos.*

⁶⁴ M. Kinnear, A. Bjorklund y otros, *Article 1116 - Claim by an Investor of a Party on its Own Behalf* en *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide To NAFTA Chapter 11* (2006), pág. 1116-8, **CL-0035-ENG**.

⁶⁵ G. Bottini, *Indirect Claims under the ICSID Convention*, 29 U. Pa. J. Int'l L. 563 (2008), pág. 566, **RL-0067 - 004-ENG**.

43. Los tribunales de arbitraje entre inversores y Estados también han reconocido las dificultades que surgen de las reclamaciones por pérdidas reflejas. En *GAMI*, un caso muy citado por los Demandantes⁶⁶, el Tribunal consideró extensamente las dificultades asociadas con las reclamaciones por pérdidas reflejas al examinar la reclamación de expropiación del demandante, incluyendo los riesgos de sentencias inconsistentes y doble compensación.⁶⁷ En las palabras del Tribunal:⁶⁸

¿Qué efecto le darían los tribunales mexicanos al laudo del TLCAN?
¿De qué manera podría ser reducida la compensación [de la empresa] por el pago al [inversor]? [La empresa] es la propietaria de los bienes expropiados. Nunca ha pagado dividendos. Habría sido poco probable la distribución de beneficios en la cantidad recuperada por [el inversor]. De cualquier modo tal decisión había requerido una deliberación por parte de los órganos mercantiles de [la empresa]. Los acreedores tendrían preferencia. Y otros accionistas tendrían igualdad de derechos con respecto a la distribución. Obviamente [la compañía] afirmararía que es un propietario expropiado y que su pérdida resarcible bajo la ley mexicana no podría ser disminuida por la cantidad pagada a uno de sus accionistas.

Estas dificultades son atribuibles a la naturaleza derivativa de la petición del [inversor]. Pueden transportar rápidamente el análisis a un área frágil. Es necesario volver a proposiciones básicas.

44. Aunque el tribunal de *GAMI* concluyó que tenía jurisdicción sobre las reclamaciones del demandante, éstas fueron desestimadas en su totalidad, por lo tanto, nunca se otorgaron daños por pérdidas reflejas.

45. En *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Letonia*, el Tribunal reconoció el riesgo de la doble compensación asociado con el hecho de que el inversor presentó demandas por violaciones sufridas por su subsidiaria:⁶⁹

El riesgo de doble pago es, sin duda, un efecto del establecimiento de un mecanismo de arbitraje por presuntas pérdidas o daños sufridos indirectamente por un inversor, por ejemplo, por violaciones contra su filial en un país que se ha adherido al Tratado.

⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 32, nn. 53, 54, 105, 142.

⁶⁷ *GAMI Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 15 de noviembre de 2004, ¶¶ 116-121, **CL-0036-ENG/SPA**.

⁶⁸ *Id.*, ¶ 119 (encontrando que “[l]a abrumadora falta de plausibilidad de la resolución simultánea del problema por las jurisdicciones nacional e internacional lleva a considerar el escenario de resoluciones no sincronizadas como prácticamente cierto.”) (énfasis añadido), **CL-0036-SPA/ENG**.

⁶⁹ *Nykomb*, Caso SSC, Laudo, 16 de diciembre de 2003, pág. 9, **CL-0073-ENG**.

No se han desarrollado soluciones definitivas todavía, pero claramente el derecho a arbitraje basado en el Tratado no es excluido o limitado en casos en los que existe un posible riesgo de doble pago. Es probable que este riesgo de doble pago solo se resuelva a través del desarrollo posterior del derecho en esta área por medio de nuevas sentencias, decisiones, orientación u otros desarrollos relevantes.

46. En *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. República Democrática Popular de Argelia*, el Tribunal reconoció los peligros asociados con las reclamaciones por pérdidas reflejas así:⁷⁰

Si bien la Demandada reconoce que decisiones previas han admitido reclamaciones indirectas de accionistas basadas en el TBI a fin de proteger a “la verdadera parte interesada”, también señala que los tribunales arbitrales y la doctrina también han insistido en la importancia de limitar el número de accionistas con derecho a reclamar, especialmente teniendo en cuenta los peligros asociados con la proliferación de procedimientos arbitrales iniciados por diferentes accionistas y basados en los mismos hechos.

47. En *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, el Tribunal explicó que las reclamaciones por pérdidas reflejas y las reclamaciones por daños directos a la empresa pueden conducir a la doble compensación del demandante:⁷¹

[L]os inversores no pueden beneficiarse por partida doble. La pérdida de valor de las acciones de El Paso se debe, en gran medida, a las medidas adoptadas contra los derechos legales y contractuales de las Sociedades Argentinas. *Si se admitieran los reclamos de El Paso por ambas razones, por la pérdida de valor de sus acciones en las sociedades y por el perjuicio sufrido por estas últimas, la Demandante recibiría una doble compensación.*

48. El Tribunal de *Orascom* reconoció que compensar a la compañía por su pérdida también restituye cualquier pérdida indirecta que los accionistas puedan haber sufrido:⁷²

En la medida en que OTH hubiera recuperado el valor de su compañía a través de procedimientos de arbitraje bajo el TBI, todas las compañías más arriba en la cadena corporativa, incluyendo el Demandante, también habrían sido resarcidas. De hecho, su pérdida depende de la disminución en el valor de sus acciones en OTH, que depende del valor de OTH (que a su vez es una función del valor de OTH). Si valor de OTH es restablecido, los accionistas de OTH no

⁷⁰ *Orascom*, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 388, **RL-0054 -101-ENG**.

⁷¹ *El Paso Energy International Company c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 204 (énfasis añadido), **CL-0047-ENG/SPA**.

⁷² *Orascom*, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 498, **RL-0054 -141-ENG**.

sufren pérdidas, a menos que hayan incurrido en una pérdida personal que sea independiente al valor de OTH.

49. Los problemas asociados con las pérdidas reflejas son, por lo tanto, reales⁷³ y reconocidos ampliamente por árbitros, profesionales y académicos.

B. *Las reclamaciones por pérdidas reflejas se permitieron a menudo en disputas sobre la base de tratados antiguos porque otorgaban el único remedio significativo para que los accionistas puedan recuperar los daños directos sufridos por su compañía.*

50. A pesar de reconocer los problemas asociados con las reclamaciones de un inversor por las pérdidas de una compañía, los tribunales internacionales a menudo los han pasado por alto⁷⁴ en parte porque este tipo de reclamaciones es el único remedio significativo disponible para que los accionistas puedan recuperar los daños sufridos por su compañía bajo los respectivos tratados.

51. David Gaukrodger, Jefe de Unidad y Asesor Jurídico Principal de la División de Inversión de la OCDE, ha estudiado las particularidades y las consecuencias de las reclamaciones de accionistas en el derecho de inversiones. Gaukrodger atribuye la consideración limitada que los tribunales de inversión han prestado a las graves consecuencias de las reclamaciones por pérdidas reflejas a la falta de alternativas disponibles para los inversores:⁷⁵

Las leyes nacionales e internacionales que prohíben las reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas a menudo se basan explícitamente en consideraciones de política normativa relacionadas con la coherencia, la previsibilidad, la evitación de la doble compensación y la economía judicial. Limitar la recuperación a la empresa se considera más eficiente y más justo para todas las partes interesadas. Por el contrario, los *tribunales y comentaristas del ISDS generalmente han considerado las consecuencias de*

⁷³ Estos problemas son especialmente reales en este caso. Ver ¶ 118 *infra*.

⁷⁴ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), pág. 455 (“La característica notable e inquietante de la jurisprudencia de los tratados de inversión es que los tribunales han renunciado tan fácilmente a su responsabilidad de considerar adecuadamente los factores enumerados en [la norma que trata sobre los requisitos que deben cumplirse para que una reclamación del accionista sea admisible]. El argumento común no es más sofisticado que “no es nuestro problema”), **RL-0068-012-ENG**; D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, pág. 8 (“Los tribunales de ISDS han dado una consideración limitada a los aspectos de la política normativa y las consecuencias de permitir reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas”), **RL-0056-008-ENG**.

⁷⁵ D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, págs. 3, 26, **RL-0056-0003-ENG**.

política normativa de permitir reclamaciones de los accionistas por pérdidas reflejas de manera limitada. [...]

Los accionistas generalmente no pueden recuperar la pérdida refleja directamente. A excepción del caso especial de los tratados de tipo TLCAN y el art. 25(2)(b) del CIADI (ver la sección F.1 a continuación), los TBI generalmente no prevén la recuperación de la compañía en ISDS como una solución para la pérdida refleja de los accionistas. Los tribunales del ISDS han otorgado daños y perjuicios por la pérdida refleja de los accionistas al accionista demandante en lugar de a la empresa.

52. Del mismo modo, el profesor Gabriel Bottini abordó una serie de casos de inversión en los que los tribunales, a pesar de reconocer los graves problemas planteados por las reclamaciones por pérdida refleja, no ofrecieron otra alternativa:

*Sin embargo, el aspecto más preocupante de esta jurisprudencia es que deja sin resolver los problemas más agudos planteados por las reclamaciones indirectas. A este respecto, varios tribunales han reconocido el peligro de una doble compensación al ordenar el pago de una indemnización a un accionista por medidas dirigidas contra la empresa en la que el accionista tiene acciones. Sin embargo, ninguno ha sugerido una solución satisfactoria, y las alternativas que se han mencionado son bastante *ad hoc*, dependen de los hechos de cada caso y no se basan en principios legales.⁷⁶*

53. Varios tribunales de arbitraje de inversiones han reconocido que la pérdida refleja era el único remedio disponible en virtud del tratado aplicable para que el accionista pudiera recuperar la pérdida directa sufrida por su empresa. Por ejemplo, en *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. República de Italia*, un caso citado por los Demandantes⁷⁷, el tribunal sostuvo que las reclamaciones por pérdidas reflejas eran admisibles solo después de reconocer que el tratado aplicable, el Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”), no ofrece ninguna alternativa para abordar dos de las preocupaciones de política normativa asociadas con las reclamaciones por pérdidas reflejas, esto es, la multiplicidad de procedimientos y la

⁷⁶ G. Bottini, *Indirect Claims under the ICSID Convention*, 29 U. Pa. J. Int'l L. 563, pág. 638, **RL-0067-076-ENG**.

⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶ 41 n. 78.

posibilidad de doble compensación, y que las reclamaciones por pérdidas reflejas son el único remedio disponible para el accionistas de la empresa local. En palabras del tribunal:⁷⁸

[N]i el sistema del CIADI como está diseñado actualmente, ni el TCE en sí, incorporan vías claras (mucho menos un requisito) para unir en un solo procedimiento a todos los interesados potencialmente afectados por el resultado. En ausencia de dicho sistema, que los Estados tienen el poder de crear si así lo desean, no sería apropiado que los tribunales impidieran el arbitraje de inversores cualificados, simplemente porque otros inversores cualificados pueden haber procedido antes que ellos sin su participación. La posibilidad de que sistemas legales nacionales otorguen potenciales remedios- por ejemplo, reclamaciones de accionistas minoritarios o administradores concursales contra accionistas mayoritarios que lleven a cabo acciones no autorizadas en contra de leyes domésticas- no es base suficiente para impedir que un inversor cualificado ejerza su derecho fundamental de acceso al sistema del CIADI.

54. Algunos tribunales de inversión han rechazado las reclamaciones por pérdidas reflejas, incluso si los accionistas no disponían de otra alternativa en virtud del tratado aplicable, dadas las preocupantes consecuencias asociadas con este tipo de compensación.⁷⁹

55. Los Demandantes argumentan que “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”.⁸⁰ En apoyo de esta afirmación, los Demandantes citan trece laudos.⁸¹ Sin embargo, en ninguno de esos casos, el tratado aplicable ofrecía un mecanismo para reclamar por el daño sufrido directamente por la empresa local, como lo dispone el CAFTA-DR.⁸² Por lo tanto, a diferencia de los Demandantes aquí, la única forma para que los inversores en los casos argentinos recuperaran el daño que sufrieron indirectamente era a través de reclamaciones por pérdidas reflejas. Por ejemplo, en *Siemens c. Argentina*, el tribunal concluyó que las reclamaciones tenían que ser admisibles, ya que de lo

⁷⁸ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. República Italiana*, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5), 20 de marzo de 2017, ¶ 170, **CL-0058-ENG**.

⁷⁹ *Consorzio Groupement*, Laudo, 10 de enero de 2005 (concluyendo que el Tribunal no tenía jurisdicción sobre la disputa en cuestión, y rechazando ciertos tipos de reclamaciones indirectas), **RL-0055-ENG**.

⁸⁰ Memorial de Contestación ¶ 38.

⁸¹ *Id.* ¶ 38 n. 72.

⁸² Ver Anexo 1.

contrario los inversores se quedarían sin remedio alguno bajo el tratado aplicable. El tratado aplicable en *Siemens* no incluía un mecanismo para presentar reclamaciones en nombre de la empresa local de Siemens. El tribunal indicó⁸³:

Si se interpretase el Tratado como ha alegado Argentina y se excluyera de su aplicación cualquier situación específica que no haya sido incluida, podríamos concluir que, en casos de discriminación, medidas arbitrarias, o tratamiento injusto, no habría ningún derecho a compensación en virtud del Tratado – un resultado que no puede ser el deseado por las Partes Contratantes dado el propósito del Tratado.

56. Los Demandantes también sostienen que las reclamaciones por pérdidas reflejas se han permitido de manera similar “conforme a otros tratados de inversión.”⁸⁴ Afirman que, “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 Austria-República Eslovaca, el TBI Eslovaquia-Grecia, así como en virtud del TCE, los tribunales han arribado a la misma conclusión”.⁸⁵ En soporte de este argumento, los Demandantes se apoyan en nueve laudos emitidos en virtud de los tratados antes mencionados.⁸⁶ Pero nuevamente, a diferencia del CAFTA-DR, ninguno de esos tratados incluye un mecanismo para presentar reclamaciones por la pérdida directamente sufrida por la compañía local.⁸⁷ Por lo tanto, nuevamente, una reclamación por pérdidas reflejas era el único mecanismo que los inversores tenían disponible para obtener un remedio significativo bajo los tratados. Pero éste no es el caso de los Demandantes porque CAFTA-DR sí incluye tal mecanismo.

57. Los Demandantes argumentan además que este Tribunal debería permitir que lo que ellos ahora llaman reclamaciones por pérdidas reflejas continúen porque otros tribunales de inversión lo han hecho en el pasado, alegando que “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

⁸³ *Siemens AG c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, ¶ 140, **CL-0018-ENG/SPA** (énfasis añadido).

⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 41.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Id.* ¶ 41 n. 78.

⁸⁷ See [Annex 2](#).

restrictivo”.⁸⁸ En los casos citados por los Demandantes en apoyo de este argumento, tales como *Siemens*⁸⁹ o *Waste Management II*⁹⁰, la demandada solicitó la desestimación de reclamaciones indirectas por falta de jurisdicción basándose en la definición de “inversión”. Los tratados aplicables en esos casos no otorgaban legitimación activa a los accionistas para presentar reclamaciones en representación de su empresa local perjudicada. Como resultado, los tribunales han concentrado su análisis tradicionalmente en la definición de “inversor” e “inversión” del tratado aplicable para admitir reclamaciones por pérdidas reflejas, a falta de disposiciones específicas que otorgaran legitimación activa a un accionista para presentar demandas contra el Estado anfitrión por daños a su empresa local. Pero de nuevo, el argumento y los casos citados por los Demandantes están fuera de lugar, ya que el CAFTA-DR proporciona legitimación a un accionista para presentar una reclamación en representación de su empresa. En esta etapa de este procedimiento, la Demandada no ha argumentado que la participación accionaria directa o indirecta de los Demandantes en Exmingua no constituye una “inversión” bajo el CAFTA-DR.⁹¹ En cambio, la Demandada afirma que:

- a. Las cuatro reclamaciones deben ser desestimadas *como cuestión de derecho* porque los Demandantes no las presentaron en nombre de Exmingua bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR y no cumplieron los requisitos del Tratado;
- b. Las cuatro reclamaciones son *inadmisibles* porque, según el Tratado, los Demandantes carecen de legitimación activa para presentar reclamaciones en su propio nombre por las pérdidas de Exmingua⁹²; y

⁸⁸ *Id.* ¶ 17.

⁸⁹ *Id.* ¶ 17 (“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.”)

⁹⁰ *Id.* ¶ 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 [...].”)

⁹¹ Sin embargo, la Demandada ha reservado su derecho a formular objeciones a la jurisdicción del tribunal sobre motivos adicionales. Objeciones Preliminares, n. 9.

⁹² El principal fundamento legal para el argumento de la Demandada sobre la carencia de legitimación no es el principio tradicional del derecho internacional que dice que “una empresa tiene una personalidad jurídica distinta a la de sus accionistas”. *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia, 30 de noviembre de 2010, 2010 Informe de la CIJ, 639, ¶ 155 (*citando a Barcelona Traction*), **RL-0015-054-ENG**. La Demandada basa su argumento en el propio lenguaje del Tratado, en el que, según el Artículo 10.16.1(b), los accionistas pueden presentar reclamaciones cuando la “empresa ha sufrido pérdidas o daños” siempre que se cumpla con ciertos requisitos. **RL-0001**. Ciertamente el Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR fue redactado teniendo en cuenta ese principio de derecho internacional, entre otros. Ver L. Caplan y J. Sharpe, *Commentary on the 2012 U.S. Model BIT*, en C. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (2013), pág. 825 (“El Artículo 24(1)(b) [idéntico al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR] crea un derecho de presentar reclamaciones derivativas, permitiendo a un inversor reclamar por pérdidas o daños sufridos no

- c. El Tribunal carece de *jurisdicción* para decidir las reclamaciones porque son por las pérdidas de Exmingua y ésta no firmó una renuncia, como lo exige el CAFTA-DR⁹³.

58. A la vista de lo anterior, la cuestión de si la inversión directa e indirecta de los Demandantes en Exmingua es una “inversión” protegida bajo el CAFTA-DR es completamente irrelevante para esta discusión. A los fines de sus Objeciones Preliminares, la Demandada asume que sí es.

59. En resumen, a diferencia de los tratados aplicables en los casos citados por los Demandantes, el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR proporciona un mecanismo específico para que los accionistas recuperen su supuesta pérdida interponiendo reclamaciones en nombre de la empresa local que sufrió el daño directamente (aquí, Exmingua), siempre que se cumplan ciertas condiciones. Como se explica abajo,⁹⁴ este mecanismo fue inicialmente diseñado por EE.UU. y negociado por el TLCAN, y luego mejorado en el CAFTA-DR. Los Demandantes no pueden ignorar el Tratado o sus requisitos.

C. El TLCAN resolvió los problemas asociados con las reclamaciones por pérdidas reflejas de los accionistas al proporcionarles legitimación para presentar reclamaciones derivativas, condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos.

60. El TLCAN ofreció una solución única para abordar las preocupaciones de política normativa relacionadas con reclamaciones por pérdidas reflejas al otorgarle legitimación activa a los accionistas para presentar reclamaciones derivativas, es decir, reclamaciones en nombre de su compañía local, siempre que se cumplan algunos requisitos. Al respecto, el TLCAN incluyó un “sistema significativamente más desarrollado para reclamaciones de los accionistas”⁹⁵ que la mayoría de los tratados de inversión vigentes en ese momento.

directamente por él, sino por una compañía organizada localmente que está bajo el control directo o indirecto del inversor. El derecho a reclamar ‘en representación de una empresa’ resuelve dos problemas que surgen del derecho internacional consuetudinario. El primero, como fue pronunciado en *Barcelona Traction*, que las corporaciones tienen una personalidad jurídica distinta a la de sus accionistas [...].”, **RL-0069-065-ENG.**

⁹³ El Artículo 10.18.2(b) del CAFTA-DR *condiciona el consentimiento a arbitraje de Guatemala* a que la notificación de arbitraje se “acompañe” “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) [...]”, siendo esta la vía para presentar reclamaciones cuando “la empresa ha sufrido pérdidas o daños.”, **RL-0001-022-ENG.**

⁹⁴ Ver Sección IV.C *infra*.

⁹⁵ D. Gaukrodger, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency: A preliminary framework for policy analysis*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/3, pág.

1. La doctrina ha destacado la singularidad del mecanismo del TLCAN para la presentación de reclamaciones derivativas

61. La doctrina ha destacado la singularidad del enfoque del TLCAN y cómo su solución con respecto a las reclamaciones derivativas fue la primera de este tipo negociada e incluida en un acuerdo comercial moderno. Por ejemplo, el profesor Gabriel Bottini comentó que el hecho que el TLCAN permita reclamaciones indirectas bajo el Artículo 1117 es evidencia fehaciente de la intención de los Estados contratantes de regular expresamente dichas reclamaciones⁹⁶:

De hecho, existen tratados que contemplan las reclamaciones indirectas, pero a través de disposiciones específicas que autorizan expresamente a los accionistas a iniciarlas, y que están sujetas a condiciones muy importantes. Por ejemplo, el [...] TLCAN, en su Artículo 1117, autoriza las reclamaciones indirectas por parte de accionistas mayoritarios, sujeto a ciertos requisitos, incluidos los establecidos en el Artículo 1135, que estipulan que cualquier compensación que se otorgue no sea pagadera al accionista sino a la compañía en nombre de la cual se presentó la reclamación.

[...]

Estas disposiciones son una fuerte evidencia de que cuando los estados tienen la intención de permitir reclamaciones indirectas por parte de los accionistas, lo hacen expresamente. Una interpretación distinta haría que tales disposiciones fueran superfluas, resultado que es contrario a los principios básicos de la interpretación de tratados.

62. De manera similar, el Dr. Michael Waibel sostuvo que: “el TLCAN, a diferencia de la mayoría de los acuerdos de inversión, tiene un mecanismo establecido para coordinar reclamaciones de accionistas y empresas”.⁹⁷

63. Los Demandantes citan la Guía al Artículo Once del TLCAN⁹⁸ por las Sras. Meg Kinnear y Andrea Bjorklund para sustentar su argumento de que “jurisprudencia sobre el

52 (“[el] TLCAN contiene un sistema significativamente más desarrollado que la mayoría de los tratados de inversión respecto de las reclamaciones de accionistas. Dos provisiones separadas gobiernan la legitimación de los accionistas para iniciar reclamaciones”), **RL-0056-052-ENG**.

⁹⁶ G. Bottini, *Indirect Claims under the ICSID Convention*, 29 U. Pa. J. Int'l L. 563, pág. 572 (énfasis añadido), **RL-0067-010-ENG**.

⁹⁷ M. Waibel, *Coordinating Adjudication Processes*, en Z. Douglas, et. al. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (2014), pág. 514, **RL-0066-016-ENG**.

⁹⁸ M. Kinnear, A. Bjorklund, et al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* (2006), **CL-0035-ENG**.

TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas⁹⁹. Los Demandantes, sin embargo, citaron selectivamente el párrafo de las autoras y omitieron la explicación sobre el perjuicio sufrido por la empresa, las cuales son indemnizables *solo* bajo el artículo 1117. La totalidad el párrafo dice lo siguiente¹⁰⁰:

El Artículo 1116 permite que un inversor de una Parte presente una reclamación alegando que ha sido perjudicado por causa del perjuicio sufrido por su inversión, incluida una inversión que es en sí misma una empresa. Qué constituye perjuicio *sufrido por el inversor como tal* que es indemnizable en virtud del Artículo 1116, y *perjuicio sufrido por la inversión que es una empresa, indemnizables solamente de conformidad con el artículo 1117, debe determinarse caso por caso.*

64. Además, en párrafos posteriores de su libro, Meg Kinnear y Andrea Bjorklund reconocen que “los daños derivativos generan preocupaciones sobre la doble compensación” y que “los daños derivativos también generan preocupaciones sobre la estructura mercantil básica”, y concluyen que “estas preguntas aún no han sido abordadas a fondo en la jurisprudencia del TLCAN”¹⁰¹.

2. Las Partes Contratantes del TLCAN concuerdan que el Artículo 1116 no permite que un accionista sea compensado por pérdidas reflejas

65. Los tipos de daño que los Artículos 1116 y 1117 cubren son distintos. Al presentar la cuestión al Congreso de Estados Unidos antes de la implementación del TLCAN, el poder ejecutivo de Estados Unidos describió la diferencia entre los artículos 1116 y 1117 de la siguiente manera¹⁰²:

Los artículos 1116 y 1117 establecen los tipos de reclamaciones que pueden someterse a arbitraje: *respectivamente*, alegaciones de *daño directo* a un inversor y alegaciones de *daño indirecto* a un inversor *causado por un daño a una empresa* en el país anfitrión que es propiedad o está controlada por un inversor.

66. Estados Unidos siempre ha sostenido que el Artículo 1116 no permite la compensación por pérdida refleja. Este tipo de daño, Estados Unidos ha insistido, debe

⁹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 30.

¹⁰⁰ M. Kinnear, A. Bjorklund, et al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* (2006), **CL-0035-ENG**.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Ley de Implementación, Declaración de Acción Administrativa, H.R. Doc. No. 103-159, Vol. I, 103 Cong., 1ª Sesión., en 145 (1993), **RL-0070-146-ENG**.

solicitarse por medio de una reclamación en virtud del Artículo 1117 después de que se cumplan ciertos requisitos. En *Pope & Talbot*, Estados Unidos aclaró que cualquier daño a la empresa será una pérdida derivativa para el inversor y debe recuperarse bajo el Artículo 1117 del TLCAN¹⁰³:

Los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN tienen distintos propósitos. *El Artículo 1116 proporciona un recurso para que un inversor recupere pérdidas o daños sufridos por él. El Artículo 1117 permite que un inversor presente una reclamación en nombre de una inversión por pérdidas o daños sufridos por esa inversión.*

Cuando la inversión es una entidad legal separada, como una empresa, cualquier daño a la inversión será una pérdida derivativa para el inversor, y el inversor tendrá derecho a presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 1117. Cuando la inversión no es una entidad legal separada, cualquier daño a la inversión será una pérdida directa para el inversor, y el inversor tendrá derecho a presentar una reclamación de conformidad con el Artículo 1116.

Cuando un inversor presenta una reclamación bajo el Artículo 1116 por pérdidas directas sufridas por él, solo aquellas pérdidas que fueron sufridas por ese inversor en su calidad de inversor son indemnizables.

67. De manera similar, en *GAMI*, Estados Unidos señaló claramente que “el Artículo 1116 establece la legitimación para daños *directos*; el Artículo 1117 establece la

¹⁰³ *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, Séptima Contestación de los Estados Unidos de América, 6 de noviembre de 2001, ¶¶ 3-5 (énfasis añadido), **RL-0071-002-ENG**.

legitimación para daños *indirectos*".¹⁰⁴ Estados Unidos adoptó posiciones similares en *SD Myers*¹⁰⁵ y *UPS*.¹⁰⁶

68. Más recientemente, en *Clayton*, Estados Unidos reiteró su posición (una posición que el tribunal en *Clayton* estimó¹⁰⁷) en el sentido de que permitir que los accionistas interpongan reclamaciones por daños directos a la empresa bajo el Artículo 1116 del TLCAN vaciaría de significado el mecanismo del Artículo 1117¹⁰⁸:

Por el contrario, el Artículo 1116, se adhiere al principio de derecho internacional consuetudinario que establece que los accionistas sólo pueden presentar reclamaciones por lesiones directas a sus derechos. Si se le permite a los accionistas reclamar bajo el Artículo 1116 por daños indirectos, las limitaciones del Artículo 1117, extraídas del derecho internacional consuetudinario, serían superfluas. Además, es ampliamente reconocido que un acuerdo internacional no exime tácitamente de un importante principio del derecho internacional "en ausencia de palabras claras que indiquen la intención de hacerlo". Nada en el texto del Artículo

¹⁰⁴ *GAMI Investments, Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, Memorial de los Estados Unidos de América, 30 de junio de 2003, ¶ 14, **RL-0072-005-ENG**.

¹⁰⁵ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Memorial de los Estados Unidos de América, 18 de septiembre de 2001, ¶¶ 7-9 ("Cuando la inversión es una entidad legal separada, como una empresa, cualquier daño a la inversión será una pérdida derivativa para el inversor y el inversor tendrá derecho a presentar una reclamación bajo el Artículo 1117. Cuando la inversión no sea una entidad legal separada, cualquier daño a la inversión será una pérdida directa para el inversor y el inversor tendrá derecho a presentar una reclamación bajo el Artículo 1116. Cuando un inversor presenta una reclamación bajo el Artículo 1116 por pérdidas directas sufridas por él, solo aquellas pérdidas que fueron sufridas por ese inversor en su calidad de inversor son recuperables. Ejemplos de pérdidas directas sufridas por un inversor en su calidad de inversor que darían lugar a una reclamación en virtud del Artículo 1116 son, por ejemplo, las pérdidas sufridas como resultado de la expropiación de los certificados de acciones de un inversor o las pérdidas sufridas como resultado de la imposibilidad de un inversor de ejercer los derechos de voto de sus acciones en una compañía constituida en el territorio de otra Parte del TLCAN"), **RL-0073-002-ENG**.

¹⁰⁶ *United Parcel Service of América Inc. (UPS) c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Tercera Memorial de los Estados Unidos de América, 23 de agosto de 2002, pág. 4 ("Estados Unidos incorpora aquí su posición y argumentos de los párrafos 2 al 10 de la presentación adjunta, realizada en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*: Séptimo Memorial de los Estados Unidos de América, de fecha 6 de noviembre de 2001."), **RL-0074-004-ENG**.

¹⁰⁷ Ver ¶ 79 *infra*.

¹⁰⁸ *William Ralph Clayton, & Bilcon of Delaware Inc. y otros. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Memorial de los Estados Unidos de América (Daños), 29 de diciembre de 2017, ¶ 12 (citaciones internas omitidas) (énfasis añadido), **RL-0008-005-ENG**. Los Demandantes argumentan que "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". Memorial de Contestación, ¶ 58. Esto no es cierto. El tribunal no rechazó la objeción, sino que no vio la necesidad de abordar la cuestión a la vista del resto de conclusiones del tribunal. Ver *Clayton*, Laudo sobre Daños, 10 de enero de 2019, ¶397 ("A la vista de estas conclusiones, *el Tribunal no ve la necesidad de abordar las afirmaciones del Inversor* de que el argumento de la Demandada de que la reclamación de daños bajo el Artículo 1116 fue hecha muy tarde, o que *el Tribunal debería tratar la reclamación como si hubiera sido hecha bajo el Artículo 1117*.")) (énfasis añadido), **CL-0070-ENG**.

1116 sugiere que las Partes del TLCAN tengan la intención de derogar restricciones del derecho internacional consuetudinario sobre la interposición de reclamaciones de accionistas.

69. Las posiciones de Canadá¹⁰⁹ y de México¹¹⁰ son consistentes con la de Estados Unidos.

3. Permitir reclamaciones por pérdidas reflejas bajo el Artículo 1116 del TLCAN dejaría el mecanismo del Artículo 1117 vacío de significado

70. Además, tiene poco sentido que el TLCAN incluya un mecanismo bajo el Artículo 1117 para que los inversores presenten reclamaciones en nombre de una inversión por pérdidas directas a esa inversión, e imponga varios requisitos para hacerlo, si, como los Demandantes erróneamente sugieren, los inversores pudieran simplemente eludir el mecanismo y sus requisitos presentando una reclamación bajo el Artículo 1116 por pérdida refleja. Esto es especialmente cierto si el argumento de los Demandantes de que “el resarcimiento al accionista por pérdida refleja será igual independientemente de si se lo indemniza por esa cantidad directamente [. . .] o si la empresa recibe una indemnización por la cantidad total de su pérdida [. . .]”¹¹¹ fuera correcto (que no lo es)¹¹².

71. Como señaló el profesor Zachary Douglas¹¹³:

Es difícil imaginar por qué un accionista elegiría presentar una reclamación en nombre de su empresa si tuviera la opción de eludir a la empresa por completo. La empresa podría estar obligada a pagar a los acreedores, los impuestos locales y cumplir con otras obligaciones antes de distribuir el monto residual de los daños obtenidos a los accionistas.

72. Estados Unidos ha incorporado esta posición en sus escritos en los casos bajo el TLCAN. Por ejemplo, en su escrito más reciente sobre esta cuestión en *Clayton*, EE.UU. declaró lo siguiente¹¹⁴:

¹⁰⁹ Ver, e.g., *Clayton*, Contra-Memorial del Gobierno de Canadá sobre daños, 9 de junio de 2017, ¶ 28, **RL-0017-019-ENG**; *id.* n. 50 (autoridades citadas, incluyendo las declaraciones previas de Canadá sobre el tema); *S.D. Myers*, Memorial de Contestación (Etapa de Daños), 7 de junio de 2001, ¶¶ 108-109, **RL-0075-035-ENG**.

¹¹⁰ Ver e.g., *GAMI*, Escrito de Contestación, 24 de noviembre de 2003, ¶¶ 167(e) y (h), **RL-0076-067-068-SPA**.

¹¹¹ Memorial de Contestación, ¶ 50.

¹¹² La Demandada no necesariamente coincide con este argumento, que no necesita ser analizado en esta etapa preliminar del proceso.

¹¹³ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), ¶ 848, **RL-0068-009-ENG**.

¹¹⁴ *Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 20, **RL-0008-008-ENG**.

Permitir que un inversor reclame cualquier pérdida indirecta en virtud del Artículo 1116 (1) haría que el esquema anterior sea ineficaz. Por ejemplo, si un inversor tuviera derecho a presentar su propia reclamación por pérdidas o daños sufridos por una empresa, ese inversor podría optar por presentar una reclamación en virtud del Artículo 1116 (1) en lugar del Artículo 1117 (1) para proteger el laudo de acreedores u otros accionistas.

73. En efecto, ¿por qué el TLCAN impondría requisitos a los inversores que solicitan compensación por los perjuicios de la compañía (y la pérdida indirecta del accionista) si evitarlos fuera tan fácil como presentar una reclamación bajo el Artículo 1116 por pérdida refleja, aislando el laudo de los acreedores y otros accionistas?

4. *La jurisprudencia del TLCAN nunca ha otorgado pérdidas reflejas bajo el Artículo 1116 del TLCAN*

74. Sorprendentemente, los Demandantes argumentan que “[I]a jurisprudencia sobre el TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas”.¹¹⁵ Sin embargo, contrario al argumento de los Demandantes, “ningún tribunal bajo el TLCAN que haya considerado la distinción entre los Artículos 1116 y 1117 ha otorgado daños y perjuicios por pérdidas reflejas en virtud del Artículo 1116”.¹¹⁶

75. En *Mondev*, el tribunal reconoció que “el TLCAN no adopta el dispositivo comúnmente utilizado por tratados bilaterales de inversión [...] para lidiar con inversiones extranjeras en forma de intereses en empresas locales [...]”¹¹⁷ y concluyó que el mecanismo detallado para resolver reclamaciones de accionistas es *lex specialis* y debe ser aplicado como tal por el tribunal. Según la opinión del tribunal, “ante este detallado esquema [en virtud de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN], no parece haber lugar para la aplicación de ninguna regla

¹¹⁵ Memorial de Contestación, pág. 14 (Título de Sección II.A.4).

¹¹⁶ *Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 21, **RL-0008-009-ENG**.

¹¹⁷ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso No. ARB(AF)/99/02, Laudo, 11 de Octubre de 2002, ¶ 79 (“El TLCAN no adopta el dispositivo comúnmente utilizado en los tratados bilaterales de inversión (“TBI”) para lidiar con las inversiones extranjeras en forma de intereses en empresas locales, principalmente aquél que indica que se debe considerar que la compañía local tiene la nacionalidad del inversor extranjero que la posee o controla. Por lo contrario, distingue entre reclamaciones de inversores por cuenta propia (Artículo 1116) y reclamaciones de inversores en representación de una empresa (Artículo 1117). Según el Artículo 1116, el inversor extranjero puede interponer una acción por su propia cuenta para el beneficio de una empresa local propiedad del inversor o que este controla; por el contrario, bajo el Artículo 1117, se le prohíbe expresamente a la empresa presentar una reclamación por cuenta propia (Artículo 1117 (4)). A la vista de este detallado esquema, no parece haber lugar para la aplicación de ninguna regla de derecho internacional sobre el levantamiento del velo societario o sobre acciones derivativas por accionistas extranjeros. Para efectos del TLCAN, la única pregunta es si el interés del demandante está al alcance de las disposiciones y definiciones relevantes.”), **RL-0018-028-ENG**.

de derecho internacional sobre el levantamiento del velo corporativo o sobre acciones derivativas por accionistas extranjeros [...]”¹¹⁸. Por lo tanto, mientras que los Demandantes citan el párrafo 82 del Laudo de *Mondev* para sustentar su alegación de que “[l]a jurisprudencia sobre el TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones en nombre propio por pérdidas reflejas”¹¹⁹, eludan reconocer que el tribunal concluyó exactamente lo contrario cuatro párrafos más abajo. Específicamente, en el párrafo 86, el tribunal de *Mondev* indicó que “[t]eniendo en cuenta la distinción hecha entre reclamaciones presentadas en virtud de los Artículos 1116 y 1117, un tribunal del TLCAN debe tener cuidado de no permitir que una indemnización, en una reclamación que debió presentarse bajo del Artículo 1117, sea abonada directamente al inversor”.¹²⁰ En última instancia, el tribunal de *Mondev* desestimó las reclamaciones y no se otorgaron daños indirectos.

76. Además, en *GAMI*, el principal caso en el que los Demandantes se basan, el tribunal analizó en profundidad las dificultades asociadas con el “carácter derivativo de la reclamación de *GAMI*.”¹²¹ Finalmente, también en ese caso, las reclamaciones fueron desestimadas y no se otorgaron daños por pérdidas reflejas.¹²²

77. En *Pope & Talbot*, otro caso en el que se basan los Demandantes, el tribunal, al igual que el tribunal de *SD Myers*, concluyó que Canadá violó las protecciones otorgadas bajo el TLCAN, pero en última instancia solo otorgó daños por pérdidas sufridas directamente por el inversor-demandante, y no por las empresas-inversiones.¹²³

78. En el laudo de *UPS*, una decisión que ha sido consistentemente criticada por académicos y tribunales,¹²⁴ el tribunal reconoció explícitamente que “la distinción entre reclamaciones bajo los Artículos 1116 y 1117, al menos en *el contexto de esta disputa*, es casi

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Memorial de Contestación, pág. 4 (Título de Sección II.A.4).

¹²⁰ *Mondev*, Laudo Final, 11 de Octubre 2002, ¶ 86, **RL-0018-030-ENG**. Ver también *id.*, ¶ 84 (“Si la reclamación se inicia bajo el Artículo 1117, se debe pagar a la empresa, no al inversor (Ver Artículo 1135(2)). Esto permitiría que se pague a terceros con, por ejemplo, garantías u otros derechos contra la compañía, a partir de las indemnizaciones pagadas. También podría hacer la diferencia en relación con el tratamiento tributario de dichos daños.”), **RL-0018-029-ENG**.

¹²¹ *GAMI*, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004, ¶ 119 (encontrando que “[l]a abrumadora falta de plausibilidad de la resolución simultánea del problema por las jurisdicciones nacional e internacional lleva a considerar el escenario de resoluciones no sincronizadas como prácticamente cierto” (énfasis añadido), **CL-0036-SPA** .

¹²² *Mondev*, Award, 11 de octubre de 2002, pág. 58, **RL-0018-060-ENG**.

¹²³ Ver *Pope & Talbot*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, ¶ 85, **CL-0028-ENG**; *S.D. Myers*, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, ¶¶ 222-28, **RL-0077-055-056-ENG**.

¹²⁴ Ver ¶ 179 *infra*.

completamente formal, sin ninguna implicación significativa en la sustancia de las reclamaciones o los derechos de las partes”¹²⁵. Esto se debe a que en *UPS*, los Demandantes presentaron una renuncia tanto por parte del inversor como por parte de la inversión¹²⁶, y también ofrecieron volver a presentar la reclamación bajo el Artículo 1117 del TLCAN¹²⁷. Además, debido a que el tribunal de *UPS* desestimó todas las reclamaciones, éste nunca tuvo que analizar a quién se le pagaría la indemnización, si al demandante UPS o a la empresa UPS Canadá. Aquí, hay claras diferencias entre presentar la reclamación bajo el Artículo 10.16.1(a) o (b) del CAFTA-DR, algunas serían: (i) Exmingua nunca presentó una renuncia y, como resultado, Guatemala nunca dio su consentimiento a arbitrar reclamaciones que hayan surgido de daños directos a Exmingua, (ii) Exmingua es parte en un litigio en marcha en Guatemala relacionado con la misma medida que se discute en este Arbitraje, y (iii) los Demandantes recibirían cualquier suma monetaria que fuera otorgada, y no Exmingua. Las circunstancias en *UPS* hacen que su aplicación a este caso sea inapropiada.

79. Finalmente, en la decisión más reciente, *Clayton*, el tribunal determinó que tenía “prohibido otorgar ‘pérdidas reflejas’”¹²⁸ bajo el Artículo 1116, sosteniendo que el referido artículo no permite ese tipo de resarcimiento¹²⁹:

[E]l Tribunal está convencido de que la Demandada y los Estados Unidos están, en principio, en lo correcto. *Los Artículos 1116 y 1117 deben interpretarse para evitar que se presenten reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del Artículo 1116.* Esto se desprende de la redacción del Artículo 1116 en su contexto, que incluye los Artículos 1121 y 1135. Además, el Tribunal tiene en cuenta la posición común de las Partes del TLCAN en sus presentaciones a los tribunales del Capítulo Once.

¹²⁵ *UPS*, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007, ¶ 35, **CL-0037**; ver también Memorial de Contestación, ¶ 34.

¹²⁶ *UPS*, Escrito de Demanda, 19 de abril de 2000, ¶ 4 (“Con la presentación de esta reclamación el 19 de abril de 2000, el Inversor y la Inversión han presentado sus renunciaciones y el Inversor ha presentado su consentimiento en la medida que el Artículo 1121(1) del TLCAN así lo requiere.”), **RL-0078-004-ENG**; ver también *id.*, Enmenda al Escrito de Demanda, 30 de noviembre de 2001, ¶ 13 (“UPS y UPS Canadá han presentado sus renunciaciones y UPS ha presentado su consentimiento en la medida que el Artículo 1121(1) del TLCAN así lo requiere.”), **RL-0079-004-ENG**.

¹²⁷ *UPS*, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007, ¶ 34 (“Si el Tribunal no acepta sus alegaciones respecto a la interpretación del Artículo 1116, UPS solicita que se le permita modificar su reclamación como una reclamación bajo el Artículo 1117.”), **CL-0037-ENG**.

¹²⁸ *Clayton*, Laudo Final sobre Daños, 10 de enero de 2019, ¶ 396, **CL-0070-ENG**.

¹²⁹ *Id.* ¶ 389 (énfasis añadido), **CL-0070-ENG**.

80. Los Demandantes alegan que “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 una reclamación por pérdidas reflejas como consecuencia de la supuesta violación del tratado por parte del Estado demandado”¹³⁰. La razón por la cual la Demandada no identificó casos sobre reclamaciones por pérdidas reflejas en sus Objeciones Preliminares es porque los Demandantes no presentaron reclamaciones por pérdidas reflejas en sus Notificaciones. Sin embargo, *Clayton* es un buen ejemplo de un caso muy reciente basado en un tratado moderno, el TLCAN, que sí proporciona legitimación a los accionistas para presentar reclamaciones derivativas, en el cual el tribunal rechazó la sugerencia de los Demandantes de que, a pesar de que el mecanismo para reclamaciones derivativas estaba disponible, los Demandantes podían de todas formas presentar reclamaciones por pérdidas reflejas en su propio nombre: “Los Artículos 1116 y 1117 deben interpretarse para evitar que se presenten reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del Artículo 1116”¹³¹.

81. En conclusión, el Artículo 1116 del TLCAN no permite reclamaciones por pérdidas reflejas. Una conclusión diferente vaciaría de sentido el mecanismo del TLCAN bajo el Artículo 1117.

D. El CAFTA-DR proporciona legitimación activa a un accionista para que reclame las pérdidas de su empresa siempre que se cumplan ciertos requisitos. Permitir que los Demandantes reclamen pérdidas reflejas bajo al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR anularía el mecanismo del Tratado.

82. El CAFTA-DR mejoró el mecanismo bajo el TLCAN de proporcionar legitimación activa a los accionistas para que reclamen el daño sufrido por sus empresas locales, siempre que se cumplan ciertos requisitos. Las mejoras del Tratado carecerían de todo sentido si se le permitiera a los accionistas eludir las protecciones incluidas en el Tratado al presentar reclamaciones por pérdidas reflejas bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR.

¹³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 43.

¹³¹ *Clayton*, Laudo Final sobre Daños, ¶ 389, CL-0070-ENG.

1. *El CAFTA-DR se basa en el TBI Modelo de EE.UU. de 2004, el cual no permite que los accionistas presenten reclamaciones por pérdidas reflejas por su propia cuenta*

83. Estados Unidos incorporó una versión mejorada del mecanismo del TLCAN en su TBI Modelo de 2004, que a su vez fue la base del CAFTA-DR.¹³² El TBI Modelo de EE.UU. de 2004 es muy similar a este respecto al TBI Modelo de EE.UU. de 2012, el cual contiene un mecanismo idéntico que permite que accionistas presenten reclamaciones derivativas en representación de la empresa que sufrió el perjuicio directo¹³³.

84. Comentaristas concurren en que la estructura de la reclamación derivativa del tratado modelo (incluido en el Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR) no permite a los inversores presentar reclamaciones en nombre propio por pérdida refleja. Más bien, un inversor que ha sufrido una pérdida indirecta como resultado de un daño directo a su compañía local debe presentar una reclamación bajo el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR y cumplir con ciertos requisitos¹³⁴:

Los artículos 24(1)(a) y 24(1)(b) otorgan legitimación activa a un demandante para presentar una reclamación en virtud de la sección B, respectivamente, en dos circunstancias: cuando el demandante interpone una reclamación ‘en su propio nombre’ y ‘en nombre de una empresa del demandado que es una persona jurídica que el demandante posee o controla directa o indirectamente’. *Por lo tanto, el Artículo 24(1)(a) permite el resarcimiento a un inversor por el daño sufrido directamente por él*, mientras que el Artículo 24(1)(b) permite que un inversor interponga una reclamación por daño indirecto sufrido como resultado de un daño a una compañía en el país anfitrión que el inversor posee o controla.

El Artículo 24(1)(a) autoriza al demandante a presentar reclamaciones por pérdidas o daños sufridos directamente por él en su calidad de inversor mientras realiza o después de haber realizado una inversión. Incluso antes de que se haya establecido una inversión cubierta, un inversor puede reclamar en su capacidad como inversor por pérdida o daño sufrido por él durante las fases de establecimiento o adquisición de una inversión, tales como la pérdida o daños causados por tratamiento discriminatorio por una autoridad que seleccione inversiones. Una vez que se establece una inversión, una reclamación

¹³² C. Dugan, y otros, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press, 2008), pág. 72, **RL-0010-004-ENG**.

¹³³ Tratado Bilateral de Inversión de EE.UU. (2012), Sección B, Art. 24, “Presentación de una reclamación a arbitraje”, **RL-0080-026-027-ENG**.

¹³⁴ L. Caplan y J. Sharpe, *Commentary on the 2012 U.S. Model BIT*, en C. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, págs. 824-825 (énfasis añadido), **RL-0069-064-065-ENG**.

puede resultar, por ejemplo, del daño a un inversor en su capacidad como accionista en una empresa organizada localmente, *e.g.*, sus acciones han sido expropiadas o se le ha denegado su derecho a recibir pagos de dividendos o a votar sus acciones. El Artículo 24(1)(a) autoriza a un inversor a presentar una reclamación, ya sea como accionista mayoritario o minoritario.

El artículo 24(1)(b) crea una acción derivativa, lo que permite a un inversor reclamar por pérdidas o daños sufridos no directamente por él, sino por una empresa organizada localmente que el inversor posee o controla. El derecho a reclamar ‘en nombre de una empresa’ resuelve dos problemas derivados del derecho internacional consuetudinario. Primero, como se pronuncia en *Barcelona Traction*, las sociedades tienen una existencia legal separada de la de sus accionistas; por lo tanto, los accionistas de una sociedad, por regla general, no tienen legitimación activa para presentar una reclamación de indemnización por una violación de los derechos de la sociedad, en oposición a sus propios derechos, por ejemplo, a votar, recibir dividendos o ser propietario de certificados de acciones. En segundo lugar, la ley de protección diplomática establece una regla de diversidad de nacionalidad, de modo que no se puede presentar una demanda contra un Estado en nombre de sus propios nacionales, como por ejemplo una empresa organizada localmente en el territorio del Estado. *El Artículo 24(1)(b) asegura que los inversores que elijan llevar a cabo sus actividades de inversión extranjera a través de empresas organizadas localmente que éstos posean o controlen, tienen un remedio bajo el derecho internacional donde la compañía sufre pérdidas o daños directamente.*

2. *La posición de Guatemala en casos anteriores es completamente consistente con su posición en el presente arbitraje, relativa a que el daño sufrido por una empresa debe ser reclamado bajo el Artículo 10.16.1(b) cuando éste esté disponible*

85. Los Demandantes alegan que “[l]a 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”.¹³⁵ Pero en ambos casos bajo el CAFTA-DR a los que los

¹³⁵ Memorial de Contestación, ¶ 25.

Demandantes se refieren y que Guatemala fue parte¹³⁶, la posición de Guatemala fue completamente consistente con su posición en este Arbitraje.

86. Específicamente, los Demandantes se refieren a *Teco c. Guatemala*, y argumentan que “[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”.¹³⁷

87. Primero, la decisión de Guatemala de no presentar ciertas objeciones en un caso y presentar otras en un caso diferente no puede usarse contra Guatemala aquí. Las razones pueden haber sido por eficiencia, por una asignación intencional de recursos o para centrarse en argumentos específicos. Los Demandantes y este Tribunal no pueden utilizar las objeciones planteadas o no en otros casos como motivos para evaluar la propiedad de las objeciones formuladas en el presente Arbitraje.

88. Segundo, *Teco*, de hecho, ya había acordado vender su participación en la empresa local, EEGSA, en el momento en que se inició el arbitraje (20 de octubre de 2010),¹³⁸ y la venta de EEGSA se cerró al día siguiente del inicio del arbitraje (21 de octubre de 2010).¹³⁹ Además, *Teco* no controlaba EEGSA porque era un accionista minoritario.¹⁴⁰ Según los abogados de los Demandantes, quienes también representaron a *Teco* en *Teco c. Guatemala*, *Teco* no tenía disponible el Artículo 10.16.1 (b).¹⁴¹

¹³⁶ Los casos son *Teco Guatemala Holdings LLC c. República de Guatemala y Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 26-29, 51-52, 54-55.

¹³⁷ *Id.* ¶ 27.

¹³⁸ *Teco*, Notificación de Arbitraje, 20 de octubre de 2010 ¶ 70, **CL-0030-ENG / SPA**.

¹³⁹ *Teco*, Laudo, 19 de diciembre de 2013 ¶ 237, **CL-0031-ENG / SPA**.

¹⁴⁰ *Id.*, ¶ 336 (“La pérdida de *Teco*, dado su 24,3 por ciento de participación en la compañía, fue de. . .”), **CL-0031-ENG/SPA**.

¹⁴¹ Los abogados de los Demandantes representaron a *Teco* en *Teco* y también a Perú en *Renco*. En el segundo caso, los abogados de los Demandantes argumentaron lo siguiente: “Además, que *Renco* se base en *Teco c. Guatemala*, está fuera de lugar. A diferencia de *Renco*, *Teco* no era propietario, ni controlaba a la empresa local. Por el contrario, *Teco* tenía una participación del 20 por ciento en un consorcio que, a su vez, tenía una participación del 80 por ciento en una compañía eléctrica guatemalteca. En consecuencia, *Teco*, como accionista minoritario no pudo haber presentado un reclamo bajo el Artículo 10.16(1)(b) del CAFTA-DR, que, igual que el Artículo 10.16.1(b) del Tratado, requiere que la empresa local ‘sea [...] propiedad del demandante o [...] este bajo su control directo o indirecto’. Por la misma razón, el tribunal de *Teco* no abordó la cuestión del ‘flujo’ de partidas indemnizatorias en circunstancias en las que el demandante pretende reclamar indemnización por supuestos perjuicios causados por medidas adoptadas por el Estado anfitrión con respecto a una inversión que es propiedad de o controlada por el demandante.” *Renco*, Respuesta de Perú sobre la renuncia, 17 de agosto de 2015, ¶ 29 (énfasis añadido), **RL-0014-013-ENG**. EE.UU. ha adoptado una posición similar con respecto al Artículo 1117 del TLCAN. Por ejemplo, en *GAMI*, un caso en el que la abogada de los Demandantes representó a EE.UU.,

89. Los Demandantes también se refieren a *RDC c. Guatemala* para afirmar que “[n]o corresponde que la Demandada argumente ahora ante este Tribunal que los Demandantes deberían haber presentado sus reclamaciones en nombre de Exmingua”¹⁴². Pero RDC es significativamente diferente a las alegaciones en este Arbitraje. Primero, RDC presentó reclamaciones por cuenta propia y en nombre de su empresa local, FVG.¹⁴³ Segundo, RDC presentó renunciaciones firmadas tanto por ella como por su empresa local, FVG.¹⁴⁴ Tercero, en *RDC*, los accionistas minoritarios de la empresa local eran nacionales guatemaltecos, un problema que no está presente en este caso. Cuarto, a pesar de presentar reclamaciones en nombre de su empresa local, RDC solicitó que el laudo fuera totalmente pagadero a RDC, y Guatemala se opuso a dicha solicitud de RDC argumentando que violaría el Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR.¹⁴⁵ Quinto, y más importante, el tribunal en *RDC* reconoció que se debía pagar el laudo a la empresa y otorgó daños y perjuicios al demandante siempre y cuando las acciones de la empresa local, que eran propiedad del demandante, fueran transferidas a Guatemala.¹⁴⁶ Por todas estas razones, las posiciones de Guatemala en *RDC* son completamente consistentes con la posición de los Demandantes en este Arbitraje.

3. Si reclamaciones por pérdidas reflejas fueran permitidas bajo el Artículo 10.16.1(a), los requisitos para presentar reclamaciones derivativas bajo el Artículo 10.16.1(b) carecerían de todo sentido

90. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“VCLT”), Artículo 31.1, establece que “[un] tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado

EE.UU. afirmó que: “[u]n accionista minoritario que no tiene control sobre la empresa no puede, sin embargo, presentar una reclamación en representación de la empresa. Sólo cuando la empresa de otra Parte es propiedad de o es controlada por los inversores, tienen éstos legitimación para presentar reclamación es por pérdidas o daños sufridos por esa empresa bajo el Artículo 1117 [...]” *GAMI*, Memorial de los Estados Unidos de América, 30 de junio de 2003, ¶ 7, **RL-0072-007-ENG**.

¹⁴² Memorial de Contestación, ¶ 55.

¹⁴³ *RDC*, Laudo, 29 de junio de 2012, ¶ 266 (“El demandado inició este arbitraje en su propio nombre y en nombre de FVG.”), **CL-0068-ENG**.

¹⁴⁴ *Id.* Notificación de Arbitraje, 14 de junio de 2007, ¶ 14 (“Como requiere el Artículo 10.18.2, RDC y FVG presentan copias de sus renunciaciones y consentimientos por escrito.”), **RL-0081-006-ENG**.

¹⁴⁵ *Id.* Laudo, 29 de junio de 2012, ¶ 266 (“Como señaló el Demandado, el Demandante ignora el requisito del Artículo 10.26.2 de que, cuando una reclamación se somete a arbitraje de conformidad con el Artículo 10.16.1 (b), un laudo de daños monetarios estipulará que la suma se pague a la empresa.”), **CL-0068-ENG**.

¹⁴⁶ *Id.* ¶ 277 (“... y hasta que el Demandado pague la compensación otorgada, momento en el que el Demandado recibirá las acciones del Demandante en FVG”), **CL-0068-ENG**.

ordinario que se dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito”.¹⁴⁷

91. Los términos del Tratado son claros: cuando “la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de [una] violación o como resultado de ésta”, “el demandante, en representación de una empresa [...] 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” bajo el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR.¹⁴⁸ Además, el objeto y el fin del mecanismo derivativo del CAFTA-DR es evitar, *inter alia*, los problemas asociados con reclamaciones por pérdidas reflexivas.¹⁴⁹

92. Además, de conformidad con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados, todos sus términos deben tener sentido. Un tribunal no es libre de adoptar una interpretación que convierta las cláusulas o párrafos en redundantes. Como indicó el tribunal en *Postova Banka AS*¹⁵⁰:

Según lo indicado por el Órgano de Apelación de la OMC: “También hemos reconocido, en varias ocasiones, el principio de efectividad en la interpretación de los tratados (*ut res magis valeat quem pererat*) que requiere que un intérprete de tratados: ‘... debe dar sentido y efecto a todos los términos del tratado. Un intérprete no es libre de adoptar una lectura que convierta cláusulas o párrafos enteros de un tratado en redundantes o inútiles’. A la luz del principio interpretativo de efectividad, es deber de cualquier intérprete de tratados “leer todas las disposiciones aplicables de un tratado de forma que les dé sentido a todas ellas, de manera armoniosa”. Un corolario importante a este principio es que un tratado debe interpretarse como un todo y, en particular, sus secciones y partes deben leerse como un todo.

93. Por lo tanto, permitir reclamaciones por pérdidas reflejas bajo el Artículo 10.16.1 (a) haría que el mecanismo del CAFTA-DR para presentar reclamaciones derivativas por daños a la empresa y sus requisitos carezcan de todo sentido. Una vez que una empresa es compensada, cualquier perjuicio que los accionistas de la compañía hayan sufrido es

¹⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969, artículo 31.1, **RL-0027-019-ENG**.

¹⁴⁸ Art. 10.16.1(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**.

¹⁴⁹ Ver ¶ 100 *infra*.

¹⁵⁰ *Postova Banka*, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶ 293, **CL-0056-ENG**.

completamente restituido.¹⁵¹ El Tratado establece ciertos requisitos para presentar una reclamación en nombre de la empresa y reclamarla pérdida directa de la empresa, incluyendo que el accionista debe ser propietario de o controlar la empresa, que la empresa debe firmar una renuncia a las reclamaciones sometidas a arbitraje, y que el laudo debe ser pagadero a la empresa. Interpretar que el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR permite que el accionista reclame pérdidas indirectas que surgen de un daño directo a la compañía “resultaría en reducir cláusulas completas o párrafos de un tratado en redundantes e inútiles”, porque todos los requisitos para reclamar las pérdidas directas sufridas por la empresa serían eludidos.

94. Los Demandantes alegan que “[d]e 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”.¹⁵² Sobre esta base, los Demandantes alegan que “[l]os tribunales [...] 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”¹⁵³. Una vez más, los Demandantes se equivocan. La Demandada no busca “restringir la protección” del CAFTA-DR porque la “inversión se [realizó] indirectamente”¹⁵⁴. Ésta es una caracterización errónea por parte de los Demandantes del argumento de la Demandada para citar decenas de casos irrelevantes¹⁵⁵. La Demandada solicita la desestimación de las reclamaciones porque los Demandantes no cumplieron con el mecanismo bajo el Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR a pesar de tratar de recuperar la pérdida de Exmingua (o cualquier impacto que esa pérdida haya tenido sobre el interés indirecto de los Demandantes en Exmingua). Como afirman los Demandantes, “una interpretación de buena fe

¹⁵¹ *Orascom*, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 498 (“En la medida en que [la empresa] hubiera restaurado el valor de su compañía a través de procedimientos de arbitraje en virtud del TBI, todas las empresas más arriba en la cadena corporativa, incluido el Demandante, también habrían sido resarcidas. De hecho, su pérdida depende de la disminución en el valor de sus acciones en [la empresa], que depende del valor de [la empresa] (que a su vez es una función de valor de OTA). Si se restablece el valor de [la empresa], los accionistas de [la empresa] no habrán sufrido pérdidas, a menos que incurran en una pérdida propia que sea independiente del valor de [la empresa]”), **RL-0054-141-ENG**.

¹⁵² Memorial de Contestación, ¶ 16.

¹⁵³ *Id.* ¶ 17.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ A efectos de sus Objeciones Preliminares, la Demandada asume que los Demandantes son inversores protegidos y que Exmingua es una inversión protegida bajo el CAFTA-DR. Ver ¶ 58 *supra*.

debe tener en cuenta las consecuencias que ‘razonable y legítimamente’ se considere que los Estados Partes deben haber previsto como resultado de sus compromisos”¹⁵⁶. Permitir que los Demandantes presenten reclamaciones por pérdidas reflejas bajo el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR dejaría sin sentido al mecanismo del Artículo 10.16.1 (b), y abriría la puerta a la doble compensación, a los múltiples procedimientos y resultados conflictivos, así como al daño a los acreedores y a otras partes con un interés en la empresa local.

95. Los Demandantes sostienen que “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.”¹⁵⁷ Y los Demandantes tienen razón. CAFTA-DR les brinda la posibilidad de presentar una reclamación de arbitraje o de reclamar el daño indirecto que los Demandantes sufrieron como resultado de la presuntas medidas tomadas por Guatemala contra Exmingua: interponer una reclamación derivativa en nombre de Exmingua bajo el Artículo 10.16.1 (b) después de cumplir con algunos requisitos.

96. Al interpretar CAFTA-DR, este Tribunal debe considerar las consecuencias que tendría interpretar el Tratado como lo hacen los Demandantes (que convertiría en ilusorias las protecciones integradas en el mecanismo para reclamaciones derivativas) y requerir que cualquier reclamación que surja de un perjuicio directo a Exmingua sea presentada bajo el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR.

4. El mecanismo de reclamación derivativa del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR busca proteger a los acreedores

97. Los Demandantes sostienen que “[n]o 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”¹⁵⁸. Los Demandantes también se quejan de que la Demandada no 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)”¹⁵⁹. Ambas declaraciones son incorrectas.

98. El Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR sostiene lo siguiente:

¹⁵⁶ Memorial de Contestación, ¶ 16.

¹⁵⁷ *Id.* ¶ 24.

¹⁵⁸ *Id.* ¶ 48.

¹⁵⁹ *Ibid.*

Sujeto al párrafo 1, cuando se presente a arbitraje una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(b):¹⁶⁰

(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.*

99. El principal ejemplo de una persona que puede tener un “derecho” sobre “la reparación conforme al derecho interno aplicable” es un acreedor de la empresa, quien tendría derecho prioritario sobre los accionistas de la empresa. Ésta es precisamente una de las protecciones que los Estados Parte del CAFTA-DR acordaron y que los Demandantes quieren evitar. Aun así, los Demandantes buscan recibir directamente una compensación por el supuesto perjuicio de Exmingua, evadiendo “cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable”¹⁶¹.

100. La función distintiva del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR profundiza el objetivo normativo de proteger a los acreedores (y otros objetivos, incluido cómo evitar la doble compensación). Como se explicó, este mecanismo se encuentra presente en el Modelo de TBI de Estados Unidos de 2004 y 2012, que busca proteger a los acreedores.¹⁶²

La función distintiva del [Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR] promueve dos objetivos políticos adicionales. Primero, *al mantener la distinción entre los derechos de los accionistas y la empresa, la disposición evita que los inversores se desprendan efectivamente de un activo corporativo- la reclamación- en detrimento de otros con un interés legítimo en ese activo, como los acreedores de la empresa.* [El Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR] refuerza este objetivo al requerir que un laudo que resuelve una reclamación bajo [el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR] se haga a favor de la empresa, no del inversor, y que el laudo contemple que ‘el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable’. Segundo, evita el problema de la doble

¹⁶⁰ Art. 10.26.2 of CAFTA-DR, **RL-0001-030-ENG**.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² L. Caplan and J. Sharpe, *Commentary on the 2012 U.S. Model BIT*, en C. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, pág. 826, **RL-0069-066-ENG**.

compensación al permitir reclamar en virtud del [Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR] sólo a los inversores que poseen o controlan una empresa organizada localmente, y al requerir bajo el Artículo [10.18.2 del CAFTA-DR] la renuncia de la empresa a los procedimientos ante tribunales locales o a cualquier otro mecanismo de solución de controversias.

101. Las Partes Contratantes, académicos y tribunales han reconocido que la provisión similar bajo el Artículo 1117 del TLCAN también busca la protección de los acreedores.

102. En *GAMI*, Estados Unidos expuso lo siguiente:¹⁶³

La distinción entre los artículos 1116 y 1117 también es fundamental para asegurar que los derechos de los acreedores con respecto a la inversión sean respetados. Conforme al Artículo 1135(2)(a) y (b), cuando se presenta una reclamación bajo el Artículo 1117(1), el laudo debe estipular que cualquier restitución debe hacerse o que el pago de cualquier tipo de daños debe ser abonado, a la empresa. *Esto evita que el inversor se despoje efectivamente de un activo de la empresa- la reclamación - en detrimento de otros con un legítimo interés en ese activo, como los acreedores de la empresa.* Esta meta se refleja en el Artículo 1135(2)(c), que establece que cuando una reclamación se realiza en virtud del Artículo 1117(1), el laudo debe prever que se realiza sin perjuicio del derecho de cualquier persona (bajo el derecho interno aplicable) en el remedio.

103. En *Mondev*, el tribunal notó la posición de los Estados Unidos de que el Artículo 1117 del TLCAN protege a los acreedores, y concluyó que los tribunales deben asegurar que cuando esos intereses están en riesgo, los daños se compensan a la empresa¹⁶⁴:

Estados Unidos [...] señaló la importancia de la distinción entre reclamaciones presentadas por un inversor de una Parte en su propio nombre bajo el Artículo 1116 y reclamaciones presentadas por un inversor de una Parte en nombre de una empresa bajo el Artículo 1117. La principal diferencia se relaciona con el tratamiento de cualquier daño recuperado. *Si la reclamación se presenta bajo el Artículo 1117, éstos deben ser pagados a la empresa, no al inversor (ver Artículo 1135 (2)).* Esto permitiría a terceros con, por ejemplo, un interés de garantía u otros derechos contra la empresa tratar de

¹⁶³ *GAMI*, Memorial de los Estados Unidos de América, 30 de junio de 2003, ¶ 17 (énfasis añadido), **RL-0072-006-ENG**.

¹⁶⁴ *Mondev*, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 86 (énfasis añadido), **RL-0018-ENG-030**.

satisfacer sus créditos con las sumas pagadas. También podría hacer una diferencia en cuanto al tratamiento fiscal de esos daños [...] Teniendo en cuenta las distinciones entre las reclamaciones presentadas en virtud de los artículos 1116 y 1117, un tribunal del TLCAN debe tener cuidado en *no permitir que ninguna reparación, en una reclamación que debería haber sido presentada bajo el Artículo 1117, sea pagada directamente al inversor.*

104. En resumen, como explica el Profesor Zachary Douglas¹⁶⁵:

El artículo 1135 sirve para proteger los derechos de los acreedores de la empresa asegurando que cualquier daño obtenido por una acción presentada en nombre de la empresa de conformidad con el artículo 1117 sea pagado a la empresa y no al inversor/accionista, permitiendo por lo tanto a los acreedores ejecutar cualquier interés de garantía que pudieran tener contra activos de la empresa, los que incluirían, el laudo.

5. En ausencia de una renuncia firmada por Exmingua, Guatemala no dio su consentimiento a arbitrar reclamaciones derivadas de perjuicios directos sufridos por Exmingua.

105. El Artículo 10.18.2 (b) del CAFTA-DR requiere que el demandante acompañe su notificación de arbitraje con las renunciaciones del demandante y de la empresa cuando una reclamación se somete a arbitraje bajo el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR, que es la vía para reclamar cuando “la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de [la] violación [de la Demandada] o como resultado de ésta”¹⁶⁶. Bajo la decisión de *Commerce*, este requerimiento no es solamente formal, sino también material, es decir, un demandante debe también retirarse de cualquier litigio local relacionado con cualquier medida del Estado que en el arbitraje se alegue constituye un incumplimiento del CAFTA-DR.¹⁶⁷ Además, un tribunal de CAFTA-DR “no tiene jurisdicción a falta de un acuerdo entre las partes para otorgar al Demandante la oportunidad de corregir una renuncia defectuosa” y “corresponde a la Demandada y no al Tribunal dispensar de cualquier defecto bajo el Artículo 10.18 o permitir que una renuncia defectuosa sea enmendada”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), ¶ 834, **RL-0068-004-ENG**.

¹⁶⁶ Art. 10.16.1(b)(ii) del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**.

¹⁶⁷ *Commerce*, Laudo, 14 de marzo de 2001, ¶ 107, **RL-0021-037-ENG**; *ver también* Objeciones Preliminares, ¶ 69.

¹⁶⁸ *RDC*, Decisión sobre las Objeciones a la Jurisdicción CAFTA-DR, Artículo 10.20.5, 17 de noviembre de 2008, ¶ 61, **RL-0020-026-ENG**; *ver también*, Objeciones Preliminares, ¶ 69.

106. Los Demandantes reconocen que sus reclamaciones están relacionadas con daños sufridos “como resultado de las medidas tomadas por la Demandada contra Exmingua”¹⁶⁹. Por lo tanto, se deduce que es Exmingua la que “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de [la] violación [de Guatemala] o como resultado de ésta”¹⁷⁰. No obstante, los Demandantes presentaron las reclamaciones en su propio nombre, y no presentaron una renuncia firmada por Exmingua. Además, Exmingua continúa reclamando—a través de un litigio local—la reactivación de la licencia minera que alegan Guatemala ha expropiado. Sobre esta base, los Demandantes sostienen que “[l]os Demandantes presentaron sus reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1(a) y, por consiguiente, de conformidad con el texto claro del Artículo 10.18.2(b)(i), debían presentar [solo] una renuncia en su nombre”¹⁷¹. Además, los Demandantes argumentan que “ellos no son partes en *ningún* proceso ante un tribunal judicial o administrativo guatemalteco”¹⁷².

107. Este es exactamente el tipo de resultado que el mecanismo del CAFTA-DR para reclamaciones derivativas busca evitar. Bajo la lógica de los Demandantes, las protecciones para prevenir la doble compensación, procedimientos múltiples, etc. establecidas en el Tratado pueden ser completamente ignoradas simplemente iniciando una reclamación bajo el Artículo 10.16.1(a) por pérdida refleja y evitando el requisito de renuncia al hacer que la parte del litigio local (la empresa) no renuncie a las mismas reclamaciones interpuestas en un arbitraje por un inversor accionista. Dicha interpretación minaría un requisito esencial y no está permitido por el Tratado. El intento de los reclamantes de eludir el requisito de renuncia debe ser rechazado.

108. CAFTA-DR mejoró al TLCAN eliminando el requerimiento de que la empresa también debía presentar una renuncia en nombre de la empresa aún para reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 1116¹⁷³. La inclusión hizo que los tribunales cuestionaran si las

¹⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶ 24.

¹⁷⁰ Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-ENG-20**.

¹⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 66.

¹⁷² *Id.* ¶ 67 (énfasis en original).

¹⁷³ Artículo 1121.1(b) (“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”), **CL-0034-ENG**.

reclamaciones por pérdidas reflejas podrían ser iniciadas bajo el Artículo 1116, considerando el requisito bajo el Artículo 1121.1(b) de la renuncia firmada por la empresa¹⁷⁴.

109. El CAFTA-DR dejó claro que, cuando las reclamaciones son por perjuicio directo al accionista, entonces el accionista puede iniciar una reclamación en su propio nombre y presentar una renuncia firmada por él mismo. Sin embargo, cuando el perjuicio es a la empresa, el accionista debe iniciar la reclamación en nombre de la empresa y presentar ambas renunciaciones, una firmada por el accionista y una por la empresa¹⁷⁵.

6. El Anexo 10-E del CAFTA-DR impide que Exmingua inicie una reclamación por protección y seguridad plenas.

110. De acuerdo a los Demandantes, la Demandada argumenta que “los Demandantes han actuado en contravención del Anexo 10-E del CAFTA-DR, al someter a arbitraje sus reclamaciones [de protección y seguridad plenas] después de que los tribunales guatemaltecos se pronunciaran sobre los recursos de amparo incoados [sic] por Exmingua”¹⁷⁶. Esto no es lo que la Demandada argumentó. Más bien, la Demandada sostiene que “[s]i los Demandantes hubieran iniciado este Arbitraje en representación de Exmingua en virtud del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, se les impediría volver a presentar la reclamación de protección y seguridad plenas en este Arbitraje en virtud del Anexo 10-E del CAFTA-DR”¹⁷⁷. De hecho, si los Demandantes hubieran realizado la reclamación por los USD 350.000.000 por supuestos daños sufridos por Exmingua bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, la reclamación de los Demandantes de protección y seguridad plenas no podría presentarse conforme al Anexo 10-E del CAFTA-DR porque la reclamación ya fue litigada ante las cortes de Guatemala.¹⁷⁸

111. Primero, si los Demandantes hubieran iniciado sus reclamaciones bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR, los procedimientos locales ante las cortes de Guatemala hubieran activado la aplicación de la disposición de “Bifurcación de Caminos” bajo el Anexo 10-E del CAFTA-DR. En efecto: (i) los Demandantes son “[i]nversionista[s] de Estados

¹⁷⁴ Ver Clayton, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 13, **RL-0008-005-006-ENG**

¹⁷⁵ Artículo 10.18.2(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-ENG-022**.

¹⁷⁶ Memorial de Contestación, ¶ 73.

¹⁷⁷ Objeciones Preliminares, ¶ 78.

¹⁷⁸ Objeciones Preliminares, ¶¶ 75-77. Comparar Notificación de Arbitraje ¶¶ 73-74 con Notificación de Arbitraje ¶¶ 43, 56.

Unidos”; (ii) hubieran sometido a arbitraje una reclamación alegando que Guatemala, “una Parte de Centroamérica [...] ha violado una obligación establecida en la Sección A”; (iii) la reclamación hubiera sido iniciada en nombre de Exmingua, que es “una empresa de una Parte de Centroamérica [...] que [es] una persona jurídica propiedad del inversionista o que [está] bajo su control directo o indirecto, de conformidad con el Artículo 10.16.1(b)”;

(iv) cuando Exmingua, “la empresa, [...] [alegó la] violación de una obligación establecida en la Sección A [...]”¹⁷⁹. En cambio, los Demandantes iniciaron sus reclamaciones bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR para eludir las restricciones bajo el Anexo 10-E del CAFTA-DR.

112. Segundo, la ley bajo la cual Exmingua inició los procedimientos locales en Guatemala no es relevante para determinar si el Anexo 10-E del CAFTA-DR resulta aplicable, como sostienen los Demandantes¹⁸⁰. Al contrario, un tribunal debería evaluar si las reclamaciones iniciadas en el arbitraje y ante las cortes locales “comparten la misma base fundamental”¹⁸¹. En otras palabras, la “[c]lave es evaluar si la misma disputa ha sido sometida a ambos foros, el nacional e internacional”¹⁸².

113. En *H&H Enterprises Investments c. Egipto* por ejemplo, los Artículos VII.1, VII.3(A)(II) y (iii) del TBI aplicable, establecían:¹⁸³

1. Para los propósitos de este Artículo, **una disputa legal de inversión es definida como una disputa que involucra** (i) la interpretación o aplicación de un acuerdo de inversión entre una Parte y un nacional o empresa de la otra Parte; o (ii) **una supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado por este Tratado respecto a una inversión.**

¹⁷⁹ Anexo 10-E del CAFTA-DR, **RL-0001-039-ENG**.

¹⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 81.

¹⁸¹ *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo (extractos), 6 de mayo de 2014, ¶¶ 368, **RL-0024-039-ENG**; ver también *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, ¶ 61 (“es un punto en común que la prueba relevante es la expresada por la Comisión Mixta América-Venezuela en el caso Woodruff (1903): si la ‘base fundamental de una reclamación’ que se interpone ante el foro internacional es autónoma de las reclamaciones que se están dirimiendo en otro lugar.”), **RL-0025-017-ENG**; *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶ 330, **RL-0032-147-ENG**; *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012, ¶¶ 4.75-4.76, **RL-0082-128-129-ENG**.

¹⁸² *Pantechniki*, Laudo, 30 de julio de 2009, ¶ 61, **RL-0025-017-ENG**.

¹⁸³ *H&H*, Laudo (extractos), 6 de mayo de 2014, ¶ 366 (énfasis añadido), **RL-0024-035**; ver también Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Árabe de Egipto sobre los estímulos y protecciones recíprocos de Inversiones, firmado en Washington el 29 de septiembre de 1982, con un intercambio de cartas relacionadas firmadas el 11 marzo de 1985 y un Protocolo Suplementario firmado el 11 de marzo de 1986, que entró en vigor el 27 de junio de 1992, pág. 21, (énfasis añadido), **RL-0083-021-ENG**.

[...]

3. (a) En el caso de que la disputa legal de inversión no se resuelva bajo los procedimientos especificados anteriormente, el nacional o empresa en cuestión puede optar por presentar la disputa al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“Centro”) para su acuerdo por conciliación o arbitraje vinculante, si, dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha en que surgió: [...] (ii) **la disputa no ha sido**, por ningún motivo de buena fe, **sometida para resolución de acuerdo a cualquier mecanismo aplicable para la solución de controversias previamente acordado por las Partes en la controversia**; o (iii) el nacional o empresa en cuestión no ha iniciado la reclamación **ante los tribunales de justicia o administrativos o agencias de una jurisdicción competente de la Parte que es Parte en la disputa**”

Por consiguiente, la definición del término “disputa” en el TBI incluía como un elemento “una supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado” por el TBI. Sin embargo, el tribunal de *H&H* no encontró que el inversor tuviera que alegar un *incumplimiento del tratado* en los procedimientos locales para activar la aplicación de la provisión de bifurcación de caminos. Al contrario, el tribunal de *H&H* determinó que la evaluación de la “base fundamental” tenía que ser cumplida.¹⁸⁴

368. En la opinión del Tribunal, por lo tanto, **en lugar de centrarse en si las acciones sobre las que se basan las reclamaciones** presentadas en el arbitraje y en los procedimientos locales son **idénticas, uno debe evaluar si las reclamaciones comparten la misma base fundamental.**

369. En consecuencia, para decidir si las reclamaciones bajo el tratado del Demandante en el presente caso están prohibidas por la cláusula de la bifurcación de caminos, el Tribunal debe determinar si las reclamaciones bajo el Tratado tienen la misma base fundamental que las reclamaciones presentadas ante el foro local.

114. Como resultado, el tribunal de *H&H* sostuvo que las reclamaciones deben ser desestimadas por la aplicación de la provisión de bifurcación de caminos puesto que el demandante ya había sometido la disputa a arbitraje ante un tribunal arbitral de El Cairo y ante las cortes locales competentes. En su análisis, el tribunal enfatizó que las reclamaciones del demandante en el procedimiento arbitral del CIADI “estaban basadas en los mismos hechos y

¹⁸⁴ *Id.*, ¶¶ 368-69 (énfasis añadido), **RL-0024-036-ENG**.

[...] en el mismo contrato” sobre el que el demandante se basaba en el procedimiento arbitral bajo ley egipcia y en los litigios ante las cortes locales egipcias¹⁸⁵.

115. Aquí, el Anexo 10-E del CAFTA-DR no requiere que se invoque, ante las cortes locales, la disposición del CAFTA-DR supuestamente incumplida por la Demandada para que la aplicación de la provisión de bifurcación de caminos sea activada. El Anexo 10-E establece lo siguiente:¹⁸⁶

1. 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.

Por consiguiente, el Anexo 10-E establece que un inversor del CAFTA-DR no puede iniciar un arbitraje por el incumplimiento de una obligación bajo la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR si el inversor, o la empresa que es de su propiedad o se encuentra bajo su control, ya ha alegado ante una corte local la “violación de una obligación establecida en la Sección A”, que el demandante pretende volver a someter, ahora a un arbitraje bajo el CAFTA-DR. En otras palabras, para activar la aplicación de la provisión de bifurcación de caminos, el inversor o la empresa deben haber presentado una reclamación ante las cortes locales por el mismo *incumplimiento* que el que se alega ante el tribunal arbitral de CAFTA-DR. La disposición no requiere específicamente que el incumplimiento al CAFTA-DR haya sido invocado en las cortes locales.

116. Interpretar que la disposición de bifurcación de caminos requiere que se invoque una violación a la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR frente a una corte local

¹⁸⁵ *Id.* ¶¶ 382, 372-382, **RL-0024-037-040-ENG**.

¹⁸⁶ Anexo 10-E del CAFTA-DR, **RL-0001-039-ENG**.

vaciaría la provisión de bifurcación de caminos de efecto práctico. El objeto y fin de la provisión de bifurcación de caminos es “asegurar que la misma disputa no sea litigada en diferentes foros”¹⁸⁷ evitando resultados contradictorios y la doble compensación. Si sólo se activa la aplicación del Anexo 10-E del CAFTA-DR cuando un inversor reclama que un Estado Parte ha incumplido con la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR, como sostienen los Demandantes, el inversor se vería inclinado a basar sus reclamaciones en leyes locales ante cortes locales. De esa manera, el inversor evitaría la aplicación de la provisión de bifurcación de caminos y preservaría su derecho a volver a iniciar la misma reclamación ante un tribunal arbitral de CAFTA-DR alegando que la Sección A del Capítulo 10 del CAFTA-DR fue incumplida. Esta interpretación es incompatible con el objeto y propósito de la provisión.

117. Como fue explicado en las Objeciones Preliminares, la reclamación por protección y seguridad plenas ante el tribunal comparte la misma base fundamental que las reclamaciones presentadas por Exmingua ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en 2012 y 2016¹⁸⁸. Ambas reclamaciones fueron rechazadas por las cortes de Guatemala. Los Demandantes no deberían poder evitar la provisión de bifurcación de caminos al iniciar una reclamación en su propio nombre bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR por las pérdidas sufridas por Exmingua, en vez de iniciarla bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR.

7. Conclusión relativa a la primera objeción.

118. En conclusión, el CAFTA-DR otorga un mecanismo específico que regula las reclamaciones derivativas. Mientras que el Artículo 10.16.1(a) permite a los inversores iniciar reclamaciones por pérdidas directas cuando un accionista reclama las pérdidas indirectas por perjuicios directos a la compañía local que posee o controla, el accionista debe utilizar el mecanismo de reclamaciones derivativas del Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR y cumplir con sus requisitos. De lo contrario, el mecanismo y las protecciones que brinda el Artículo 10.16.1(b) serían ilusorios y no otorgarían protección alguna.

119. Los Demandantes deberían haber presentado sus reclamaciones en nombre de Exmingua porque, como alegan, solo sufrieron daños indirectos y no directos. La entidad que presuntamente sufrió daños directos por las medidas de Guatemala es Exmingua. A diferencia de la mayoría de los tratados a los que los Demandantes se refieren, los Demandantes tenían a

¹⁸⁷ *H&H*, Laudo (extractos), 6 de mayo de 2014, ¶ 367, **RL-0024-035-ENG**.

¹⁸⁸ Objeciones Preliminares, ¶¶ 74-77.

su disposición el mecanismo legal bajo CAFTA-DR para interponer sus reclamaciones ante este tribunal internacional en nombre de Exmingua. Este mecanismo fue diseñado para evitar los problemas tradicionales que se han encontrado tribunales nacionales e internacionales asociados a las reclamaciones por pérdidas reflejas, problemas que los Demandantes ahora han incorporado en este Arbitraje de manera inapropiada. Permitir que los Demandantes presenten sus nuevas reclamaciones por pérdidas reflejas según el Artículo 10.16.1 (a) privaría de sentido al mecanismo del CAFTA-DR, y los Demandantes podrían ignorar no sólo las disposiciones del Tratado, sino también preocupaciones de política normativa que el Tratado buscaba abordar. Las preocupaciones de política normativa son reales en este caso. Si se les permite proceder de esta manera, se permitiría a los Demandantes reclamar directamente las pérdidas supuestamente sufridas por Exmingua, con el laudo siendo pagadero en su totalidad a ellos en lugar de a Exmingua, que es la entidad que presuntamente ha sufrido el daño. Los acreedores de Exmingua (como sus empleados, proveedores, autoridades fiscales u otros miembros de la comunidad con reclamaciones contra Exmingua) y otras partes con un interés serían ignorados y privados de cualquier derecho de prioridad que tuvieran. Para empeorar las cosas, a Exmingua se le permitiría continuar con los litigios locales para restablecer la licencia para el proyecto—originalmente otorgada por 25 años¹⁸⁹—que, mientras tanto, los Demandantes alegan que ha sido expropiada, lo que podría resultar en una doble compensación, si no en una ganancia inapropiada para los Demandantes. Las Partes contratantes del CAFTA-DR querían evitar estos problemas y proporcionaron a los Demandantes el mecanismo para hacerlo. Ignorarlo a expensas del sistema ISDS y la República de Guatemala no está, y no debe estar, permitido bajo CAFTA-DR.

120. En resumen, los Demandantes utilizaron la personalidad societaria independiente de Exmingua para protegerse de responsabilidad ilimitada en Guatemala, pero ahora pretenden ignorar las formalidades societarias y los requisitos del Tratado para reclamar pérdidas reflejas. Esto es inadmisibles bajo el CAFTA-DR.

¹⁸⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 40, 47.

V. LA RECLAMACIÓN POR VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE TRATO DE NACIÓN MAS FAVORECIDA DE LOS DEMANDANTES NO SE INCLUYÓ EN LA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN Y DEBE SER DESESTIMADA

121. Los Demandantes admiten que no cumplieron con el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.¹⁹⁰ Tratando de evitar esta realidad, los Demandantes ahora intentan re-escribir la base fáctica de su reclamación de trato de NMF y minimizar la no inclusión de la reclamación de trato de NMF en la Notificación de Intención.¹⁹¹

122. En apoyo de su reclamación de trato de NMF, los Demandantes alegan que los proyectos de Exmingua recibieron un trato menos favorable que el que la Demandada otorgó a Escobal, una mina de plata operada por la subsidiaria guatemalteca de un empresa canadiense.¹⁹² Específicamente, la Notificación de Arbitraje indica que “*en contraste con el caso de Exmingua*, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala restituyó la licencia minera de *Escobal* en septiembre de 2017.”¹⁹³ Un mes más tarde, la licencia minera de Escobal fue nuevamente suspendida en apelación.¹⁹⁴ El 3 de septiembre de 2018, la Corte de Constitucionalidad emitió una sentencia definitiva en la que decidió que la licencia permanecería suspendida hasta que se llevaran a cabo consultas públicas de conformidad con el Convenio de la OIT.¹⁹⁵ Según los Demandantes, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad “fue dictada a pesar de que el recurso de apelación de *Escobal* fue presentado más de un año después de que Exmingua presentara su recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad, recurso sobre el cual la Corte no se ha pronunciado.”¹⁹⁶

123. Aunque la Notificación de Arbitraje compara específicamente el trato recibido por Exmingua con el trato recibido por Escobal a través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala de septiembre de 2017 (*i.e.*, más de siete meses *antes de que los* Demandantes presentaran la Notificación de Intención del 16 de mayo de 2018) y de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 3 de septiembre de 2018 (*i.e.*, más de tres meses *después de* la Notificación de Intención del 16 de mayo de 2018),¹⁹⁷ el Memorial de

¹⁹⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 84, 91.

¹⁹¹ Comparar la Notificación de Arbitraje, ¶ 63 con el Memorial de Contestación, ¶ 84.

¹⁹² Memorial de Contestación, ¶ 84; Notificación de Arbitraje, ¶ 63.

¹⁹³ Notificación de Arbitraje, ¶ 63 (énfasis en el original en parte y añadido en parte).

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

Contestación ignora la primera y solo se enfoca en la segunda.¹⁹⁸ Los Demandantes no pueden ignorar las alegaciones específicas de la Notificación de Arbitraje para justificar la ausencia de la reclamación en la Notificación de Intención. La Notificación de Arbitraje alega que la reclamación estaba en condiciones de ser presentada antes de que los Demandantes presentaran su Notificación de Intención. En consecuencia, debido a que ninguna de las supuestas cuestiones de hecho y derecho en que se funda la reclamación de trato de NMF—y mucho menos ninguna referencia al Artículo 10.4 del CAFTA-DR—se encuentran en la Notificación de Intención, a pesar de que el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR así lo requiere, la reclamación de trato de NMF debe ser desestimada.

A. Los Demandantes admiten que omitieron la reclamación de trato de NMF en su Notificación de Intención

124. El Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exige que un demandante entregue una notificación de intención en la que “especificará”, entre otras cosas, “[...] (b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.”¹⁹⁹ En su Memorial de Contestación, los Demandantes admiten que no alegaron estos tres elementos en la Notificación de Intención con relación a su reclamación de trato de NMF, la cual no está ni siquiera identificada o incluida.

125. En primer lugar, los Demandantes reconocen que “la Notificación de Intención no hace referencia expresa a [la reclamación de trato de NMF]”²⁰⁰. Por lo tanto, la disposición que fue presuntamente violada, el Artículo 10.4 del CAFTA-DR, no fue incluida en la Notificación de Intención.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación, ¶ 84.

¹⁹⁹ Art. 10.16.2 de CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**; *Pac Rim* Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 92-93, **RL-0003-054-055-ENG**; D. A. Gantz, *Settlement of Disputes Under the Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreements*, 30(2) B.C. Int’l & Comp. L. Rev. 331, pág. 370 (“Se requiere que el demandante especifique, además de los nombres y direcciones, las disposiciones particulares de la Sección A o de la autorización de inversión o acuerdo de inversión por el cual se reclama el incumplimiento, la “base legal y fáctica para cada reclamación,” así como la reparación solicitada y los indemnización aproximada reclamada. Esto requiere algo más que un simple “aviso,” dado el lenguaje que se refiere a la base legal y fáctica de cada reclamación.”), **RL-0050-041-ENG**.

²⁰⁰ Memorial de Contestación, ¶ 91.

126. En segundo lugar, aunque los Demandantes ahora argumentan que “establecieron los hechos esenciales y el fundamento jurídico para su reclamación en relación con el trato de NMF” en su Notificación de Intención,²⁰¹ la propia Notificación de Intención no deja ninguna duda sobre la ausencia de la base de hecho y de derecho de la reclamación de trato de NMF. En la Notificación de Intención, los Demandantes incluyeron la base de hecho y de derecho de su reclamación de Trato Nacional: el trato que la Demandada proporcionó a los proyectos de Exmingua fue supuestamente menos favorable que el trato que concedió a “dos proyectos propiedad *de empresas guatemaltecas*”.²⁰² Pero los Demandantes no alegaron “la condición esencial de la violación de una cláusula de NMF”: que la Demandada no otorgó el mismo trato a los proyectos de Exmingua que el que concedió a los inversores de Canadá o de cualquier otro Estado.²⁰³

127. Además, aunque el Tribunal admitiera el intento indebido de los Demandantes de reformular su reclamación de trato de NMF en el Memorial de Contestación al alegar ahora que la sentencia relevante fue emitida después del envío de la Notificación de Intención, la reclamación no sería admisible ya que los Demandantes han dejado muy claro que las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación de trato de NMF no existían en el momento en el que se remitió la Notificación de Intención.

128. Los Demandantes argumentan que dichas cuestiones de hecho y de derecho no existían en el momento de la Notificación de Intención (un argumento que las alegaciones en

²⁰¹ *Id.* ¶ 83.

²⁰² Notificación de Intención, pág. 3 (énfasis añadido), **C-5-ENG**.

²⁰³ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 369 (“La condición esencial de una violación de una cláusula de NMF es la existencia de un trato diferente otorgado a otro inversor extranjero en una situación similar”), **RL-0084-078-ENG**. Ver también *UP (anteriormente Le Chèque Déjeuner)* y *CD Holding Internationale c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/13/35, Decisión sobre Asuntos Preliminares de Jurisdicción, 3 de marzo de 2016, ¶ 162 (“El propósito evidente de una cláusula de NMF es asegurar que el trato otorgado a los inversores bajo un TBI no sea menos ventajoso que el trato otorgado a los inversionistas bajo otro TBI. El propósito de dicha cláusula es asegurar que no habrá discriminación entre inversores extranjeros.”), **RL-0085-056-057-ENG**; A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (2009), pág. 225 (“A pesar de las variaciones entre las cláusulas de NMF, en su aplicación surgen dos problemas comunes: (i) identificar el comparador relevante; y (ii) comparar el trato recibido por el inversor o la inversión extranjera y el comparador para determinar si hay un trato menos favorable. Como el trato de NMF es un estándar relativo, su aplicación siempre se activa haciendo la comparación adecuada entre dos entidades o cosas diferentes. **En el caso del trato de NMF, la comparación será entre inversores o inversiones de terceros estados y los inversores extranjeros o inversiones que se beneficien bajo el tratado básico entre el estado de origen y el estado anfitrión. La identificación del comparador apropiado es un elemento clave en el análisis.** En segundo lugar, debe haber una comparación del trato otorgado a los inversores o inversiones pertinentes para evaluar si el estado anfitrión otorgó un trato menos favorable.”) (énfasis añadido), **RL-0086-014-ENG**.

la Notificación de Arbitraje desmienten), lo que, de ser cierto, demuestra que tales alegaciones no fueron incluidas en la Notificación de Intención. Específicamente, los Demandantes sostienen que “[a]lgunos meses *después* de que los Demandantes presentaran su Notificación de Intención, la Corte de Constitucionalidad intervino en el *caso Escobal* [. . .],”²⁰⁴ y fue esa decisión la que constituye la base de hecho y de derecho de la reclamación de trato de NMF²⁰⁵. Por lo tanto, en el momento en que los Demandantes presentaron la Notificación de Intención, los Demandantes afirman que no sabían que tenían una reclamación de trato de NMF. Entonces, si los Demandantes no estaban al tanto de la reclamación de trato de NMF, sin duda no pudieron haberla incluido en la Notificación de Intención y la Demandada no pudo haber sido informada de la reclamación.²⁰⁶

129. En tercer lugar, el hecho de que los Demandantes reconozcan que no incluyeron una reclamación de trato de NMF en su Notificación de Intención²⁰⁷ confirma que la reparación que se solicita y el monto de daños reclamados en la Notificación de Intención no incluyen la reclamación del trato de NMF. La nueva e indebida reclamación de trato de NMF de los Demandantes²⁰⁸ no es admisible si los Demandantes están en lo cierto al afirmar que la reclamación de trato de NMF de los Demandantes no existía en el momento en el que presentaron la Notificación de Intención²⁰⁹ (argumento que, de nuevo, es desmentido por las alegaciones de hecho en la Notificación de Arbitraje²¹⁰). La reclamación de trato de NMF está condenada al fracaso ya que la reparación que se solicita y el monto de daños especificados en la Notificación de Intención no incluyeron y no pudieron incluir la reparación y los daños ahora reclamados por la supuesta violación del Artículo 10.4 del CAFTA-DR.

²⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶ 84 (énfasis añadido en parte).

²⁰⁵ *Id.* ¶ 84 (“**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.”) (énfasis añadido).

²⁰⁶ Más allá de esto, según las propias alegaciones de los Demandantes, los Demandantes no cumplieron con el período mínimo obligatorio de seis meses según del Art. 10.16.3 del CAFTA-DR entre la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación de trato de NMF – la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 3 de septiembre de 2018 – y la fecha en que sometieron la reclamación a arbitraje – 9 de noviembre de 2018.

²⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 91.

²⁰⁸ *Comparar* la Notificación de Arbitraje, ¶ 63 *con* el Memorial de Contestación, ¶ 84.

²⁰⁹ Memorial de Contestación, ¶ 84.

²¹⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 63.

130. Por las razones que anteceden, y según los propios Demandantes, la Notificación de Intención no satisface los requisitos expresos del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR con respecto a la reclamación de trato de NMF de los Demandantes. En consecuencia, la reclamación de trato de NMF debe ser desestimada.

B. El sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, en su contexto, exige la desestimación de la reclamación de trato de NMF

131. Contrariamente al argumento de los Demandantes²¹¹, el “sentido corriente” de los términos del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR “en el contexto de éstos”²¹² exige la desestimación de la reclamación de trato de NMF. Al argumentar que “[d]esestimar 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”,²¹³ los Demandantes ignoran el ejercicio de interpretación requerido bajo el Artículo 31 de la CVDT y escogen de forma selectiva ciertas disposiciones del CAFTA-DR para presentar ejemplos engañosos del “contexto” del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.

132. Primero, aunque los Demandantes sostienen que interpretan el “sentido corriente del Artículo 10.16.2, en su contexto”, los Demandantes llegan a la conclusión incorrecta de que “el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las reclamaciones”²¹⁴ basándose *únicamente* en el contexto. De hecho, según la interpretación tergiversada de los Demandantes, los términos “especificarán” y “para cada reclamación” (incluidos dos veces en la disposición), carecen de cualquier efecto legal y podrían simplemente ignorarse. Por lo tanto, los Demandantes querrían que este Tribunal eluda los términos expresos de la disposición sobre la base de que no los consideran de trascendencia alguna, “en contexto”.

133. Los Demandantes no pueden ignorar que las reglas de interpretación encomendadas por el Artículo 31 del CVDT están diseñadas para ser aplicadas en un ejercicio

²¹¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 86-91.

²¹² CVDT, Art. 31, **RL-0027-019-020-ENG**.

²¹³ Memorial de Contestación, ¶ 91.

²¹⁴ *Id.* ¶ 88.

único e integrado de interpretación de tratados. Como explicó la Comisión de Derecho Internacional.²¹⁵

La Comisión, al encabezar el artículo ‘Regla general de interpretación’ en singular y al subrayar la conexión entre los párrafos 1 y 2 y nuevamente entre el párrafo 3 y los dos párrafos anteriores, pretendía indicar que la aplicación de los medios de interpretación del artículo sería una sola operación combinada. Todos los diversos elementos, como sea que estén presentes en cualquier caso dado, serían arrojados al crisol, y su interacción daría interpretación legalmente relevante. Así, el artículo [31] se titula ‘Regla general de interpretación’ en singular, no ‘Reglas generales’ en plural, porque la Comisión deseaba enfatizar que el proceso de interpretación es una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única, estrechamente integrada.

Por lo tanto, las reglas de interpretación deben aplicarse como elementos que se refuerzan entre sí en un ejercicio holístico.

134. Los Demandantes no pueden ignorar el sentido corriente de los términos utilizados en el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR o hacer que este Tribunal reescriba el artículo a su gusto. Deberá es un verbo modal “utilizado en leyes, reglamentos o directivas para expresar lo que es obligatorio.”²¹⁶ Además, “el término ‘cada’ significa ‘cada una de dos o más

²¹⁵ Borrador de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su Decimotercero Período de Sesiones, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, A /CONF.39/11/Add.2, Viena, 26 de marzo - 24 de mayo de 1968 y 9 de abril - 22 de mayo de 1969, pág. 39, ¶ 8, **RL-0087-035-ENG**. Ver también *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Decisión sobre la cuestión de interpretación del Tratado, 12 de junio de 2009, ¶ 164, **RL-0088-039-ENG**.

²¹⁶ “Deberá” en el Diccionario Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/shall> (última visita el 25 de octubre de 2019), **RL-0089-001-ENG**; C. Leathley, *International Dispute Resolution in Latin America: An Institutional Overview* (2007), pág. 243 (“Dada la **obligación** de presentar una notificación de intención, esto a menudo significa que a la mínima señal de una reclamación, un inversionista contendiente tenderá a presentar una notificación de intención para garantizar que los plazos pertinentes no se conviertan en un obstáculo en el evento que las negociaciones no tengan éxito.”) (énfasis añadido), **RL-0026-006-ENG**; *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción por Falta de Consentimiento, 3 de julio de 2013, ¶¶ 28, 59 (“28. El artículo 8 (1) establece que una reclamación que cumple con las tres condiciones especificadas por ese artículo “será [...] sometido a arbitraje internacional.” El uso del verbo auxiliar ‘deberá’ hace que esa declaración sea obligatoria. Como lo expresó el tribunal en *Wintershall c. Argentina*, “El uso de la palabra ‘deberá’ [...] es en sí mismo indicativo de una ‘obligación,’ no simplemente una elección u opción. **La palabra ‘deberá’ en la terminología del tratado significa que lo que se estipula es legalmente vinculante** [...] 59. [...] Como se señaló anteriormente (¶ 28), a la mayoría de este tribunal le parece que las palabras ‘se aplicarán’ tienen la intención de exigir la aplicación de la una a la otra, no de meramente permitirlo. Estos términos del TBI, como todos los términos de un tratado, deben tener efecto.” (énfasis añadido), **RL-0090-019-032-033-ENG**; *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 92-93, **RL-0003-054-055-ENG**.

personas o cosas, consideradas e identificadas por separado”²¹⁷ Cuando el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR es considerado en conjunto con el contexto de la disposición, la única conclusión posible es que solo las reclamaciones debidamente identificadas en la notificación de intención son admisibles.

135. En segundo lugar, los Demandantes sostienen que el contexto del artículo “indica que el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las reclamaciones.”²¹⁸ Esto es falso. De nuevo, los Demandantes buscan una interpretación diferente aplicando su versión de “contexto.” Específicamente, los Demandantes identifican cuatro disposiciones del CAFTA-DR que incluyen los términos “ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje”, o “siempre que ‘x,’ un demandante podrá presentar una reclamación”²¹⁹ para alegar que la ausencia de términos similares en el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR “indica que el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la *admisibilidad* de las reclamaciones.”²²⁰ Pero, las cuatro disposiciones que los Demandantes identifican,²²¹ limitan la *jurisdicción* de un tribunal bajo el CAFTA-DR²²², no la *admisibilidad* de las reclamaciones.

136. Al menos tres de los cuatro requisitos sobre jurisdicción – período de espera, prescripción y renuncia²²³ – no se consideran limitaciones a la jurisdicción de un tribunal bajo

²¹⁷ Objeciones Preliminares, ¶ 90; “Cada” en Lexico.com, Oxford University Press, <https://www.lexico.com/en/definition/each> (último acceso 16 de agosto de 2019), **RL-0030-001-ENG**.

²¹⁸ Memorial de Contestación, ¶ 88.

²¹⁹ *Id.* ¶ 87.

²²⁰ *Id.* ¶ 88 (énfasis añadido).

²²¹ Arts. 10.16.3, 10.18.1, 10.18.2 y 10.18.4 del CAFTA-DR, **RL-0001-020-023-ENG**; Objeciones Preliminares, ¶ 87.

²²² *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 191, 188-190, **RL-0002-059-060-ENG** (considerado que las partes del CAFTA-DR condicionaron su consentimiento al arbitraje al cumplimiento de “las condiciones y limitaciones establecidas en el Artículo 10.18.”). Además, el Art. 10.16.3 del CAFTA-DR también limita la jurisdicción de un tribunal. Conforme al Art. 10.17.1 del CAFTA-DR, las Partes del CAFTA-DR condicionaron su consentimiento al arbitraje a que un potencial demandante “somete[a] su reclamación al arbitraje con arreglo a esta Sección [Sección B del Capítulo Diez del CAFTA-DR] y de conformidad con [el CAFTA-DR]”. El “someter una reclamación al arbitraje” bajo el Capítulo Diez del CAFTA-DR es un proceso muy específico. El Art. 10.16.3 solo permite a un demandante someter una reclamación a arbitraje “[s]iempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación . . .”. Por lo tanto, cualquier reclamación para la que un demandante no haya esperado seis meses desde los hechos relevantes no es sometida de conformidad con el Art. 10.17.1 del CAFTA-DR y no cumple con los requisitos de consentimiento. *Ver RL-0001-020-021-ENG*.

²²³ Arts. 10.16.3, 10.18.1 y 10.18.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-ENG-020-023-ENG**; Objeciones Preliminares, ¶ 87.

el derecho internacional general.²²⁴ El CAFTA-DR los elevó y los convirtió en requisitos jurisdiccionales. Las Partes del CAFTA-DR utilizaron los términos restrictivos a los que se refieren los Demandantes para “condiciona[r] explícitamente sus consentimientos al arbitraje.”²²⁵ En otras palabras, estas condiciones son “jurisdiccionales por medio de un acuerdo”²²⁶. Las Partes del CAFTA-DR tuvieron la intención de que quedara claro mediante los términos que usaron que las cuatro disposiciones identificadas por los Demandantes constituyen límites a la jurisdicción de un tribunal²²⁷. La ausencia de términos similares en el

²²⁴ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (2003, 6ª ed.), págs. 481–482, (“El lapso de tiempo en la presentación puede constituir un obstáculo a una reclamación internacional a pesar de que ninguna norma del derecho internacional establezca un límite de tiempo. Acuerdos especiales pueden excluir categorías de reclamaciones con base en criterios temporales, pero si no los hay la cuestión queda a discreción del tribunal. La regla es ampliamente aceptada por escritores y en la jurisprudencia arbitral [...] la **prescripción es una base ‘universal’ de inadmisibilidad.**”) (énfasis añadido), pág. 482 (incluyendo la renuncia como fundamento de inadmisibilidad), **RL-0091-028-029-ENG**; *Ethyl Corporation c. el Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, ¶ 91 (notando que la demora del demandante en cumplir con la provisión de renuncia del TLCAN no afectaba a la jurisdicción del tribunal), **CL-0086-ENG**; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (1986), pág. 438–439 (“[H]ay una diferencia muy clara en la jurisprudencia entre una objeción a la jurisdicción del tribunal y una objeción a la admisibilidad sustantiva de una reclamación. La última es una objeción según la cual el tribunal debería decidir que la reclamación es inadmisibile por algún motivo distinto a la cuestión de fondo; la primera es una objeción según la cual el propio tribunal no tiene jurisdicción para emitir fallo alguno sobre la cuestión de fondo o la admisibilidad de la reclamación”), **RL-0092-006-007-ENG**; G. Fitzmaurice, *The Law and Practice of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals*, 29 BYIL 1, págs. 40-41 (notando que el requerimiento de entablar negociaciones previas es una cuestión de competencia (o admisibilidad) más que de jurisdicción), **RL-0093-040-041-ENG**; G. A. Bermann y J. M. Townsend, *BG Group PLC c. República de Argentina*, Petición para presentar *Amicus Curiae* y Escrito de profesores y practicantes de derecho de arbitraje como *Amici Curiae* en apoyo de la petición de un auto de *certiorari*, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 29 de agosto de 2012, nota 5 (“En el lenguaje del arbitraje de tratados de inversión, una objeción a la jurisdicción sostiene que el *tribunal* en particular no es competente para pronunciarse sobre la disputa, mientras que una objeción a la admisibilidad sostiene que el tribunal no puede pronunciarse sobre una *reclamación* en particular.”), **RL-0094-021-022-ENG**.

²²⁵ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 191, 188-190, **RL-0002-059-060**.

²²⁶ *Abaclat y Otros c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5 (anteriormente, *Giovanna a Beccara y Otros c. República de Argentina*), Opinión Disidente, Georges Abi-Saab, 28 de octubre de 2011, ¶ 23 (considerando que bajo el derecho internacional general los requisitos de consultas o negociaciones previas y de recurrir previamente a cortes domésticas por 18 meses antes de iniciar un arbitraje internacional son “condiciones de admisibilidad”. Sin embargo, estas condiciones se han convertido en condiciones “jurisdiccionales por medio de un acuerdo, además de ser condiciones de admisibilidad por su naturaleza legal”, al ser incluidas en el título jurisdiccional de un TBI), **RL-0095-010-011-ENG**.

²²⁷ Los tribunales arbitrales prestan mucha atención a la redacción de la disposición pertinente del TBI para determinar si las Partes tuvieron la intención de que sea un requisito jurisdiccional o de admisibilidad. Ver *Nissan Motor Co., Ltd. c. República de la India*, Caso CPA No. 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019, ¶ 323, **CL-0078-ENG**; *Ethyl Corporation c. El Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, ¶ 91, **CL-0086-ENG**. Ver también, Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, British Yearbook of International Law, Vol. 74, No. 1, 151-289, pág. 279 (“Esta distinción debería tener alguna influencia en la interpretación de cada cláusula porque una objeción jurisdiccional, si tiene éxito, elimina el caso del demandante *in limine*, mientras que una reclamación que es defectuosa por motivos de admisibilidad puede volver a presentarse luego de la rectificación por parte del demandante o separarse de otras

Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR no es pertinente a la objeción de *admisibilidad* de la Demandada. De conformidad con sus Objeciones Preliminares, la Demandada reitera: el incumplimiento del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR es un obstáculo a la admisibilidad de la reclamación y, como tal, la reclamación de trato de NMF debe ser desestimada.

137. El contexto del Artículo 10.16.2 confirma la conclusión de la Demandada. Cuando los Estados Parte tuvieron la intención de hacer que el cumplimiento de una condición fuera discrecional, usaron palabras como “debería.”²²⁸ En cambio, hay otras disposiciones en las que las Partes del CAFTA-DR utilizaron el término “deberá” para hacer obligatorio el cumplimiento. Por ejemplo:

- “El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección *cumplirá* con los requisitos señalados en . . .”²²⁹
- “Cada Parte *otorgará* a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas. . .”²³⁰
- “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. . .”²³¹

Utilizando el criterio de los Demandantes, el cumplimiento de los requisitos del Artículo 10.17.2 del CAFTA-DR no es una condición previa al consentimiento de los Estados Parte a arbitraje y el incumplimiento del Artículo 10.3 no equivaldría a una violación de la protección de Trato Nacional del Tratado porque “deberá” no impondría una obligación a Guatemala. De manera similar, según el criterio de los Demandantes, el término “deberá” en el Artículo 10.20.4(c) podría ignorarse, aun cuando los Demandantes argumentan que los requisitos del Artículo 10.20.4(c) son obligatorios.²³² Por último, el Preámbulo del CAFTA-DR debe ser

partes del caso que no han sido contaminadas. Es de esperar, por lo tanto, que las restricciones jurisdiccionales se aborden con mayor cautela debido a las consecuencias draconianas que conllevan a la luz del objeto y el propósito de los tratados de inversión.”), **RL-0096-129-ENG**.

²²⁸ Art. 10.15 del CAFTA-DR (“En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado *deben* primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.”) (énfasis añadido), **RL-0001-019-ENG**.

²²⁹ Art. 10.17.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-021-022-ENG**.

²³⁰ Art 10.3.1 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-010-011-ENG**.

²³¹ Art. 10.20.4(c) del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-024-ENG**.

²³² Memorial de Contestación, ¶¶ 3, 61.

tomado en cuenta como “contexto.”²³³ La interpretación de los Demandantes es incompatible con los objetivos anunciados en el Preámbulo del CAFTA-DR.²³⁴

138. En tercer lugar, los Demandantes se basan en dos casos bajo el TLCAN, *B-Mex c. México* y *ADF c. Estados Unidos*, para apoyar su errónea interpretación del sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, en su contexto.²³⁵ Al hacerlo, los Demandantes afirman erróneamente que el Artículo 1119 del TLCAN “es *idéntico* al Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA en todos los aspectos pertinentes”.²³⁶ Esto no es cierto. Los requisitos de notificación bajo el TLCAN son menos estrictos que los del CAFTA-DR. Mientras que una notificación de intención bajo el TLCAN debe incluir “**las disposiciones** [...] presuntamente incumplidas” y las “cuestiones de hecho y derecho en que se funda **la reclamación**,”²³⁷ una notificación de intención bajo el CAFTA-DR debe incluir “*por cada reclamación la disposición* [...] presuntamente violad[a]” y “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda *cada reclamación*”.²³⁸ El cuadro a continuación destaca las diferencias entre las dos disposiciones²³⁹:

Artículo 1119 del TLCAN: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje	Artículo 10.16 del CAFTA-DR: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje
<p>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 . . .</p> <p>(b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;</p> <p>(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y</p> <p>(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.</p>	<p>2. Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación se especificará: [...]</p> <p>(b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;</p> <p>(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y</p>

²³³ VCLT, Art. 31(2), **RL-0027-019-020-ENG**.

²³⁴ Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²³⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 89-90.

²³⁶ *Id.* ¶ 89 (énfasis añadido).

²³⁷ Art. 1119 del TLCAN (énfasis añadido), **RL-0012-011-ENG**.

²³⁸ Art. 10.16.2(b) y (c) del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020-ENG**.

²³⁹ Art. 1119 del TLCAN (énfasis añadido), **RL-0012-011-ENG**; Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020-ENG**.

	(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.
--	--

Las diferencias entre los términos del Artículo 1119 del TLCAN y del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR no pueden ignorarse y se debe dar significado al lenguaje más estricto del CAFTA-DR. Por consiguiente, “[el] sentido ordinario del artículo [TLCAN] sobre la notificación de intención, en [su] contexto”,²⁴⁰ no puede trasladarse al Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.

139. Pero esto no es todo. En *ADF c. Estados Unidos*, “la demandante [. . .] planteó [por primera vez] una reclamación sobre el trato de NMF en su memorial de contestación”²⁴¹ porque el día antes de la presentación del memorial de contestación, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una interpretación del Artículo 1105(1) del TLCAN que podía socavar el argumento del demandante bajo dicha disposición.²⁴² Al agregar la reclamación bajo el Artículo 1103 del TLCAN, el demandante estaba “respondiendo y tratando de mitigar lo que consideraba sería el impacto de la Interpretación de la CLC sobre la reclamación del inversor bajo el Artículo 1105.”²⁴³ En este caso, la decisión de la Corte Suprema de Justicia en *Escobal* es de septiembre de 2017.²⁴⁴ Esa decisión, por supuesto, proporciona según los Demandantes una base de hecho y de derecho a su reclamación de trato de NMF.²⁴⁵ Por lo tanto, los Demandantes podrían (y deberían) haber incluido la reclamación de trato de NMF en la Notificación de Intención si tenían la intención de presentar una reclamación sobre esa base. En cambio, ahora contradicen la Notificación de Arbitraje y argumentan que la sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 3 de septiembre de 2018 proporciona la única base de hecho y de derecho para la reclamación de trato de NMF.²⁴⁶ Incluso si el Tribunal permitiera a los Demandantes contradecir y esencialmente reescribir las alegaciones relacionadas con la reclamación del trato de NMF de esa forma, la reclamación no sería admisible bajo el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR porque la misma no se especificó en la Notificación de Intención. Más

²⁴⁰ Memorial de Contestación, ¶ 89.

²⁴¹ *Id.* ¶ 90.

²⁴² *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N. ARB (AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶ 136, CL-0081-ENG.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 63.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶ 84.

allá de esto, el Tribunal no tendría jurisdicción para pronunciarse sobre la reclamación bajo el Artículo 10.16.3 del CAFTA-DR porque los Demandantes deberían haber esperado seis meses antes de presentar dicha reclamación.²⁴⁷ La Notificación de Arbitraje se presentó el 9 de noviembre de 2018, solo tres meses después del evento que los Demandantes ahora alegan, de forma tardía y falsa, dio lugar a su reclamación de trato de NMF.

140. *B-Mex c. México* también es irrelevante. En ese caso, el tribunal interpretó el Artículo 1119 del TLCAN, no el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR (que, como se ha explicado, es más estricto). Además, el tribunal del caso *B-Mex* consideró que la introducción de demandantes adicionales no hacía que las reclamaciones fueran inadmisibles porque “la identificación de accionistas adicionales en la notificación de intención no habría ampliado la notificación entregada a la Demandada con respecto a la naturaleza de la controversia”²⁴⁸. En otras palabras, las reclamaciones de los nuevos demandantes “eran coincidentes con aquellas planteadas por los Demandantes Originales en la [Notificación de Intención]...”²⁴⁹. En este caso, las reclamaciones especificadas en la Notificación de Intención no son “coincidentes” con la reclamación de trato de NMF alegada en la Notificación de Arbitraje.

141. Finalmente, *Aven c. Costa Rica* confirma que la interpretación de los Demandantes del sentido corriente de la disposición de la notificación de intención, en su contexto²⁵⁰, es incorrecta. De hecho, el tribunal del asunto *Aven* llegó a la conclusión opuesta: dado que los demandantes no cumplieron con el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, el tribunal “declar[ó] inadmisibile *in limine* esta [nueva] reclamación”²⁵¹.

142. Por lo tanto, el sentido corriente del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, en su contexto, confirma que la reclamación extemporánea de trato de NMF de los Demandantes no puede ser admitida por el Tribunal.

²⁴⁷ Art. 10.16.3 del CAFTA-DR (“Siempre que hayan transcurrido **seis meses** desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1: (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI . . .”) (énfasis añadido), **RL-0001-020-021-ENG**. Ver n. 222 *supra*.

²⁴⁸ *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶ 132, **CL-0080-ENG**.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Memorial de Contestación, ¶ 88 (“el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las reclamaciones”).

²⁵¹ *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 346, **RL-0031-120-ENG**.

C. El objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exige la desestimación de la reclamación de trato de NMF

143. Los Demandantes ignoran el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR y, en su lugar, tratan de aplicar su interpretación de la jurisprudencia arbitral aplicable a otros tratados.

144. En primer lugar, contrariamente a lo que afirman los Demandantes, la Demandada ha “demostra[do] que el objeto y fin de la disposición de notificación [es] preparar una defensa.”²⁵² En palabras del tribunal *Aven*, el objeto y fin de la notificación de intención bajo el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR “es evidente: permitir que un Estado demandado prepare y argumente su defensa”²⁵³. La Notificación de Intención de los Demandantes no identificó (ni mucho menos especificó) la reclamación de trato de NMF²⁵⁴. Los Demandantes no proporcionaron ninguna indicación de que incluirían dicha reclamación en la Notificación de Arbitraje²⁵⁵. Por lo tanto, la Demandada se vio privada de la oportunidad de obtener asesoramiento legal con respecto a la reclamación de trato de NMF antes del inicio del arbitraje. Además, la Demandada tenía derecho a comenzar a preparar su defensa antes del inicio del arbitraje²⁵⁶, de la misma manera que los Demandantes podían aprovechar el período de tiempo entre la notificación de intención y la notificación de arbitraje para preparar su análisis legal y fáctico. Comunicarse dentro de una estructura gubernamental grande, recopilar pruebas y analizar grandes archivos de documentos, requiere tiempo²⁵⁷. Debido a que los

²⁵² Memorial de Contestación, ¶ 93. Ver Objeciones Preliminares, ¶ 92.

²⁵³ *Aven*, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 346, **RL-0031-120-ENG**. Ver también *Merrill & Ring Forestry L. P. c. Gobierno de Canadá* Caso CIADI No. UNCT/07/1, Administrado por CIADI, Decisión sobre el pedido de incorporación de una nueva parte, 31 de enero de 2018, ¶ 29 (refiriéndose a los Artículos 1101 y 1116- 1121 del TLCAN que incluyen el requerimiento de la notificación de intención) (“El Tribunal no tiene dudas sobre la importancia de las **protecciones señaladas** y encuentra que **no pueden ser consideradas simplemente como sutilezas procesales**. Desempeñan una función sustancial que, de no cumplirse, privaría al Demandado del derecho a ser informado de antemano de las reclamaciones contra sus medidas y de perseguir cualquier intento de desactivar la reclamación anunciado. Esto **sería difícilmente compatible con los requisitos de buena fe del derecho internacional e incluso podría tener un efecto adverso sobre el derecho del Demandado a una defensa adecuada** (énfasis añadido), **RL-0097-010-011-ENG**.”)

²⁵⁴ Notificación de Intención, **C-5-ENG**.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Conforme al propio gobierno de los Demandantes, “[j]unto con el requisito de notificación del Artículo 1119, el requisito del ‘periodo de espera’ en el Artículo 1120(1) otorga a una Parte del TLCAN tiempo para identificar y valorar disputas potenciales, **coordinar entre los oficiales nacionales y sub-nacionales relevantes**, y considerar un acuerdo amigable u otros cursos de acción previo al arbitraje”. *Mesa Power Group LLC c. Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Memorial de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 2014, ¶ 3 (énfasis añadido), **RL-0098-001-002-ENG**.

²⁵⁷ Objeciones Preliminares, ¶ 104.

Demandantes no incluyeron la reclamación de trato de NMF en la Notificación de Intención, la Demandada se vio privada de su derecho a recibir asesoramiento legal respecto de la reclamación de trato de NMF antes del inicio del arbitraje, tener una imagen completa de las reclamaciones presentadas, informar plenamente a los encargados de tomar decisiones y funcionarios gubernamentales sobre la naturaleza de las reclamaciones e investigar a fondo las reclamaciones.

145. En segundo lugar, el requisito de notificación de intención está diseñado para proporcionar a la demandada la posibilidad de evaluar, considerar y mantener conversaciones significativas con vistas a llegar a una solución negociada para “cada reclamación”²⁵⁸. “[U]na notificación adecuada permite al Estado examinar y posiblemente resolver la disputa a través de una negociación”²⁵⁹ Si el Tribunal acepta el nuevo argumento de los Demandantes y les permite re-escribir su reclamación de trato de NMF, la reclamación habría surgido el 3 de septiembre de 2018, después de la presentación de la Notificación de Intención²⁶⁰. Dos meses después, los Demandantes presentaron la Notificación de Arbitraje sin dejar ningún margen para que las partes entablen conversaciones con vistas a llegar a una solución negociada de la reclamación. Por consiguiente, la Demandada se vio privada de la oportunidad de evaluar el costo-beneficio de un acuerdo y de entablar discusiones y negociaciones²⁶¹. Contrariamente a la afirmación infundada de los Demandantes²⁶², Guatemala tomó las negociaciones sobre las reclamaciones incluidas en la Notificación de Intención seriamente, de forma consistente con la gran suma reclamada²⁶³. En cualquier caso, las negociaciones fueron confidenciales y sujetas a un acuerdo de confidencialidad, por lo que es inapropiado que los Demandantes divulguen cualquier tipo de información relacionada con las negociaciones.

146. En tercer lugar, el enfoque agresivo de los Demandantes en la presentación de la reclamación de trato de NMF entra en conflicto con el objetivo del CAFTA-DR de fortalecer las relaciones entre las Partes del CAFTA-DR²⁶⁴. Los Demandantes adoptaron un enfoque de confrontación en lugar de seguir el enfoque constructivo acordado por las Partes del CAFTA-

²⁵⁸ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**.

²⁵⁹ *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo Final, 18 de enero de 2017, ¶ 339, **RL-0032-149-ENG**. Ver Objeciones Preliminares, ¶ 93, n. 147.

²⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 84; Notificación de Arbitraje, ¶ 63.

²⁶¹ Objeciones Preliminares, ¶¶ 93, 104.

²⁶² Memorial de Contestación, ¶ 102.

²⁶³ Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

²⁶⁴ Objeciones Preliminares, ¶ 94.

DR²⁶⁵. Los Estados Parte diseñaron un mecanismo de resolución de disputas que exige que un demandante agote varias etapas antes de presentar la Notificación de Arbitraje, incluida la presentación de una notificación de intención que especifique “cada reclamación”²⁶⁶. El objetivo es evitar el arbitraje y promover las relaciones amistosas. En efecto, un arbitraje “generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras”²⁶⁷.

147. Por lo tanto, el objeto y fin del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exige la desestimación de la reclamación de trato de NMF. No se debería permitir a los Demandantes ignorar el requisito de la notificación y desvirtuar el objeto y propósito de la disposición.

D. Los tribunales de arbitraje de inversión frecuentemente desestiman las reclamaciones que incumplen el requisito de notificación establecido en el CAFTA-DR y tratados similares

148. Los argumentos de los Demandantes sobre las decisiones citadas en las Objeciones Preliminares en apoyo a la objeción sobre la reclamación de trato de NMF son infundados. De hecho, los casos confirman que los tribunales arbitrales a menudo desestiman reclamaciones debido al incumplimiento del requisito de notificación bajo el CAFTA-DR y tratados similares por parte del demandante. En *Antoine Goetz et consorts c. la República de Burundi*, por ejemplo, el tribunal consideró inadmisibles algunas reclamaciones porque no habían sido notificadas adecuadamente²⁶⁸, no porque no estuvieran “relacionadas con las reclamaciones que se habían notificado”, como afirman los Demandantes²⁶⁹. Del mismo modo, en *Burlington c. Ecuador* el tribunal desestimó la reclamación de protección y seguridad plenas del demandante porque el demandado no había sido notificado de esa reclamación²⁷⁰, no “solo porque esa reclamación carecía de toda relación con las reclamaciones notificadas”, como alegan los Demandantes²⁷¹.

²⁶⁵ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG**.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, ¶ 151, **RL-0099-041-ENG/SPA**. Ver también Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²⁶⁸ *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo Final, 10 de febrero de 1999, ¶¶ 90-93, **RL-0035-001-002-ENG**; Objeciones Preliminares, ¶ 101.

²⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶ 98.

²⁷⁰ *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5 (anteriormente, *Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, ¶¶ 308-309, 337-340, **RL-0037-064-071-ENG**.

²⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 98.

149. En *Supervisión y Control c. Costa Rica*, el tribunal “recordó la importancia de una notificación adecuada”²⁷² y sostuvo que “cualquier reclamación que no haya sido notificada es inadmisibles en el procedimiento respectivo porque el proceso de negociaciones previas acordado por las partes no ha sido agotado”²⁷³. El tribunal determinó que las reclamaciones incluidas en la notificación de arbitraje y mantenidas en el memorial eran admisibles porque, a diferencia de este Arbitraje, habían sido claramente anunciadas en la notificación de la disputa y coincidían con las reclamaciones alegadas en el memorial, tal y como se recoge en la siguiente tabla:

Las afirmaciones en la Notificación de la Disputa coincidían con las reclamaciones del Memorial en <i>Supervisión y Control c. Costa Rica</i>.	
Notificación de la Disputa ²⁷⁴	Memorial ²⁷⁵
a. Fracaso en dar a la inversión de Supervisión y Control un trato justo y equitativo garantizando su protección plena.	a. No otorgar a la inversión de SyC un trato justo y equitativo en todo momento al violar seriamente obligaciones asumidas en el Contrato.
b. Violación arbitraria de sus obligaciones con un inversor y con el que estaba obligado a aprobar el ajuste de tarifas bajo el contrato de servicio para la Revisión Técnica de Vehículos ejecutada por la compañía Riteve.	b. Dar un tratamiento injusto y discriminatorio al no emitir una decisión sobre la solicitud de reajuste de tarifas, impidiendo a SyC gozar plenamente de sus inversiones.
c. Anular a través de un Decreto Ejecutivo del Ministerio de Transporte las tarifas reajustadas que el Consejo de Transporte Público había aprobado para realizar pagos bajo el contrato de servicio para la Revisión Técnica de Vehículos con la compañía Riteve.	c. Violación de la obligación de garantizar un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas en todo momento a la inversión de SyC al revocar la Orden Ejecutiva 30185-MOPT a través de la cual la metodología para el reajuste de las tarifas había sido aprobada y publicada.
d. No aprobación y publicación en el Boletín Oficial, de manera arbitraria e injusta por más de ocho años un procedimiento de reajuste de tarifas y las tarifas reajustadas cuando debería haberlo hecho en un plazo de tres meses.	[No se discute.]
e. Modificar mediante una Resolución y en contra de un contrato los términos y condiciones acordados con el inversor que precisamente le llevaron a realizar inversiones de capital significativas.	[No se discute.]

²⁷² *Supervisión*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶ 339, RL-0032-149-ENG.

²⁷³ *Id.* ¶ 340, RL-0032-149-ENG.

²⁷⁴ *Id.* ¶ 342, RL-0032-150-151-ENG.

²⁷⁵ *Id.* ¶ 344, RL-0032-151-ENG.

Como muestra la tabla anterior, las reclamaciones en el memorial “**coincid[ían]** con la notificación o [estaban] **directamente vinculadas** con las cuestiones que allí se planteaban”²⁷⁶. Sin embargo, el tribunal rechazó una reclamación por denegación de justicia, dos reclamaciones por expropiación, una reclamación de trato nacional y de trato de nación más favorecida porque estas “nuevas reclamaciones no fueron notificadas a la Demandada ni estaban directamente relacionadas con las incluidas en la Notificación de Intención [...]”²⁷⁷. Bajo el estándar del tribunal de *Supervisión*, la reclamación de los Demandantes de trato de NMF no es admisible. La reclamación de trato de NMF “no fue notificada a la Demandada ni está directamente relacionada con [las reclamaciones] incluidas en la Notificación de Intención [...]”²⁷⁸.

150. En cualquier caso, “la disposición que rige las notificaciones en el CAFTA-DR es más estricta que la disposición análoga bajo el TBI Costa Rica – España”²⁷⁹ que, entre otras cosas, solo exige al demandante “[n]otificar de toda **controversia** relativa a una inversión”²⁸⁰ y no de cada una de las reclamaciones que pretende someter a arbitraje.²⁸¹ En este sentido, como confirma *Aven c. Costa Rica*, el estándar bajo el CAFTA-DR para la admisibilidad de nuevas reclamaciones es más estricto que el estándar de *Supervisión*.²⁸²

346. El Tribunal considera que, **si bien hubo menciones puntuales en el Memorial de Demanda y Respuesta (Réplica) de las Demandantes a los incumplimientos por parte de la Demandada de la norma de protección y seguridad plenas, el Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA exige más que eso. La “Notificación para someter un reclamo a arbitraje” debe indicar no solo la disposición específica del Tratado cuyo incumplimiento se ha alegado, sino también la ‘fundamentación jurídica y de los hechos de cada reclamación’.** Se observan disposiciones similares en el Artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La necesidad de presentar una reclamación oportuna y adecuadamente es evidente: permitir que un Estado demandado prepare y argumente su defensa. Por lo tanto, como las Demandantes no presentaron una reclamación de incumplimiento de protección y seguridad plenas oportunamente, el Tribunal declara inadmisibile *in limine* esta reclamación. No obstante, el Tribunal expresamente manifiesta que ello no perjudica el resto de las

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Id.* ¶¶ 345-346, **RL-0032-151-152-ENG.**

²⁷⁸ *Id.* ¶ 346, **RL-0032-152-ENG.**

²⁷⁹ Objeciones Preliminares, ¶ 100.

²⁸⁰ *Supervisión*, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶ 5 (énfasis añadido), **RL-0032-011-ENG.**

²⁸¹ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-020-ENG.**

²⁸² *Aven*, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 346 (énfasis añadido), **RL-0031-120-ENG.**

reclamaciones oportunamente presentadas por las Demandantes, las que se analizan más abajo.

151. En *Tulip c. Turquía y Salini c. Marruecos*, los tribunales adoptaron el denominado “enfoque flexible”²⁸³ respecto del requisito de notificación sobre la base de los términos flexibles de los TBI aplicables. En *Tulip c. Turquía*, el Tribunal dejó claro que la notificación, las consultas y las negociaciones eran “obligatorias” y “no debían ser reducidas a una mera declaración de aspiración.”²⁸⁴ Sin embargo, a diferencia del CAFTA-DR, el TBI aplicable no “impon[ía] un requisito de notificación formal” ni “exig[ía] que el inversor, al notificar sobre el surgimiento de una disputa, invoque disposiciones específicas del TBI [...]”.²⁸⁵ El TBI solo requería que el inversor “informara al Estado anfitrión de la disputa surgida bajo el TBI y de que las consecuencias probables si los procesos de negociación se rompen son procedimientos ante un tribunal internacional de conformidad con el TBI”²⁸⁶. Por esa razón, el tribunal determinó que aunque el “Demandante claramente no empleó las formas más perfectas” de notificación, cumplió con los requisitos del TBI²⁸⁷. Por lo tanto, *Tulip c. Turquía* no respalda la posición de los Demandantes de que “el incumplimiento del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las

²⁸³ Memorial de Contestación, ¶ 97.

²⁸⁴ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, 5 de marzo de 2013, ¶¶ 71-72, **RL-0029-019-020-ENG**.

²⁸⁵ *Id.*, ¶ 83, **RL-0029-023-ENG**. Comparar el Art. 8 (2) del TBI entre el Reino de los Países Bajos y la República de Turquía, *id.* ¶ 42 (“En el caso de una disputa de inversión entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, las partes en disputa buscarán inicialmente resolver la disputa mediante consultas y negociaciones de buena fe. Si dichas consultas o negociaciones no tienen éxito, la disputa puede resolverse mediante el uso de procedimientos no vinculantes que el inversor y la Parte Contratante acuerden mutuamente. Si la disputa no puede resolverse mediante los procedimientos anteriores, el inversor podrá optar por presentar la disputa al Centro Internacional para la Solución de Disputas sobre Inversiones (‘Centro’) para su resolución mediante arbitraje, en cualquier momento después de un año a partir de la fecha en que surgió la disputa siempre y cuando, en caso de que el inversor en cuestión haya llevado la disputa ante los tribunales de justicia del país contratante que es parte en la disputa, no se haya emitido una decisión final sobre la disputa.”), **RL-0029-010-ENG** con el Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (“2. Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante **entregará** al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (‘notificación de intención’). En la notificación **se especificará**: (a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa; (b) **por cada reclamación**, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.”) (énfasis añadido), **RL-0001-020-ENG**.

²⁸⁶ *Tulip*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, 5 de marzo de 2013, ¶ 121, **RL-0029-033-ENG**.

²⁸⁷ *Ibid.*

reclamaciones”²⁸⁸. *Tulip c. Turquía* confirma que el cumplimiento del requisito de notificación según lo estipulado en el lenguaje específico del TBI aplicable no puede “reducirse a una mera declaración de aspiración”.²⁸⁹

152. Del mismo modo, en *Salini c. Marruecos*, la demandada alegó que el demandante no había notificado de la controversia a la demandada porque las notificaciones habían sido enviadas al Ministro de Infraestructura en su calidad de presidente de una compañía, y no de Ministro²⁹⁰. A diferencia del CAFTA-DR, el TBI aplicable “no establec[ía] ningún procedimiento a seguir en relación con alcanzar una solución amistosa de la disputa entre las dos Partes”²⁹¹. De hecho, solo requería que las partes intentaran resolver la disputa amigablemente “dentro de los seis meses posteriores a la fecha de la solicitud, presentada por escrito”²⁹². Es en este contexto que el tribunal explicó que su misión no era “establecer reglas estrictas que las Partes deberían haber seguido”, sino determinar “si, respetando el plazo de seis meses, los Demandantes realmente tomaron los pasos necesarios y adecuados para contactar a las autoridades relevantes con el fin de llegar a un acuerdo”, como exigía el TBI aplicable²⁹³. El tribunal del asunto *Salini c. Marruecos* determinó que los requisitos impuestos por el TBI eran obligatorios y que los demandantes habían cumplido con los mismos²⁹⁴. Como resultado, las reclamaciones eran admisibles. *Salini c. Marruecos* desacredita la posición de los Demandantes según la cual “el incumplimiento del Artículo 10.16.2 no constituye impedimento alguno para la admisibilidad de las reclamaciones”²⁹⁵.

153. Además, los casos en que se basan los Demandantes no respaldan su afirmación de que la reclamación de trato de NMF es admisible. En *Chemtura c. Canadá*, el tribunal se centró en la cuestión de si añadir un nuevo *argumento* en relación con la cláusula de trato de

²⁸⁸ Memorial de Contestación, ¶ 88.

²⁸⁹ *Tulip*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, 5 de marzo de 2013, ¶ 72, **RL-0029-020-ENG**.

²⁹⁰ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶ 13, **RL-0036-004-ENG**.

²⁹¹ *Id.* ¶ 19, **RL-0036-006-ENG**.

²⁹² *Id.* ¶ 15 (“1) Todas las disputas o diferencias, [...] entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante en relación con una inversión de dicho inversor en el territorio de la Parte Contratante, si es posible, debe resolverse de manera amigable. 2) Si las disputas no pueden resolverse de manera amigable dentro de los seis meses posteriores a la fecha de la solicitud presentada por escrito, el inversor en cuestión puede presentar la disputa ya sea: a) ante el tribunal competente de la Parte Contratante en cuestión; b) a un tribunal ad hoc, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; c) al [CIADI]”), **RL-0036-004-005-ENG**.

²⁹³ *Id.* ¶ 19, **RL-0036-006-ENG**.

²⁹⁴ *Id.* ¶¶ 15-16, 19-21, **RL-0036-004-006-ENG**.

²⁹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 88.

NMF del TLCAN en el memorial había causado algún perjuicio al demandado²⁹⁶, no en la cuestión de si “omitir la reclamación [de trato de NMF] de las notificaciones de intención y arbitraje [...] perjudicó el derecho de la demandada a responder”, como alegan los Demandantes²⁹⁷. De hecho, en *Chemtura*, el demandante presentó dos notificaciones de intención, una notificación de arbitraje con respecto a esas dos notificaciones y una tercera notificación de intención seguida de una notificación de arbitraje²⁹⁸. La “segunda Notificación de Intención presentada por el Demandante [...] se *centró específicamente* en la presunta violación del Artículo 1103 [...] y la tercera Notificación de Intención [...] incorporó esta reclamación por referencia”²⁹⁹. Además de esto, debido a que los términos del Artículo 10.6.2 del CAFTA-DR son más estrictos que los términos del Artículo 1119 del TLCAN, el estándar para la admisión de nuevas reclamaciones bajo el CAFTA-DR debe ser más estricto también.

154. *Al-Bahloul c. Tayikistán* abordó “si un *período de espera* [...] constituye un mero requisito procedimental, de modo que su incumplimiento no afectaría a la jurisdicción, o un requisito jurisdiccional”³⁰⁰. No consideró el incumplimiento del demandante del requisito de notificación bajo el tratado aplicable, el TCE. De hecho, el TCE ni siquiera contiene un requisito de notificación formal³⁰¹. La posición de la Demandada es que “los Demandantes no cumplieron con el requisito de *notificación de intención* del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR” y que, como resultado, la reclamación es inadmisibles³⁰². Además, pese a que los Demandantes argumentan que en *Al-Bahloul c. Tayikistán* “el demandante presentó su solicitud de arbitraje dos semanas antes de que venciera el período de espera de tres meses”³⁰³, en realidad, el tribunal arbitral declaró que era “debatible cuando el Demandante pudo haber desencadenado el período de tres meses”³⁰⁴. Si la fecha relevante era la fecha en que una empresa de propiedad

²⁹⁶ *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (anteriormente *Crompton Corporation c. Gobierno de Canadá*), Laudo Final, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 103-104, **CL-0087-ENG**.

²⁹⁷ Memorial de Contestación, ¶ 99 (énfasis añadido).

²⁹⁸ *Chemtura*, Laudo Final, 2 de agosto de 2010, ¶ 50, **CL-0087-ENG**.

²⁹⁹ *Id.*, ¶ 103 (énfasis añadido), **CL-0087-ENG**.

³⁰⁰ *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso SCC No. V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009, ¶ 154 (énfasis añadido), **CL-0083-ENG**.

³⁰¹ *Id.* ¶ 13 (“[el] Artículo 26(2) [del TCE] contempla que ‘Si dichas controversias no pueden resolverse [amigablemente] en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes de la disputa hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someterla para su solución ... c) conforme con los siguientes párrafos del presente Artículo.’”) (énfasis omitido), **CL-0083-ENG**.

³⁰² Objeciones Preliminares, ¶ 105 (énfasis añadido). Ver también *id.* ¶¶ 9, 12, 86-105.

³⁰³ Memorial de Contestación, ¶ 95.

³⁰⁴ *Al-Bahloul*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009, ¶ 151, **CL-0083-ENG**.

exclusiva del demandante escribió una carta al demandado, el demandante cumplió con el período de espera³⁰⁵. En cualquier caso, el tribunal de *Al-Bahloul c. Tayikistán* señaló que “no había nada en los antecedentes que indicara que la Demandada demostrara su voluntad de encontrar una solución amistosa a la disputa”³⁰⁶. En este caso, la Demandada demostró su voluntad de conversar y resolver la disputa antes de que los Demandantes procedieran al arbitraje. De hecho, “[una] reunión de negociación tuvo lugar, pero las Partes no llegaron a un acuerdo sobre la solución de la controversia durante o después de la conclusión de este período de negociación”³⁰⁷.

155. Además, a pesar de que los Demandantes se centran en la decisión de *Al-Bahloul c. Tayikistán*, no abordan casos clave que sostienen que los períodos de espera deben cumplirse estrictamente³⁰⁸. Por ejemplo, en *Rurelec c. Bolivia*, el tribunal determinó que el incumplimiento por parte de los demandantes de los requisitos de notificación y del periodo de espera de seis meses del TBI antes de formular nuevas reclamaciones en su escrito de

³⁰⁵ *Id.*, ¶¶ 151-152, CL-0083-ENG.

³⁰⁶ *Id.*, ¶ 155, CL-0083.

³⁰⁷ Notificación de Arbitraje, ¶ 28 (citando la Notificación de Intención, C-5).

³⁰⁸ *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, ¶ 135 (“A juicio del Tribunal, **la obligación de negociar es una obligación de medios, no de resultados**. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas.”) (énfasis añadido), ¶ 149 (“A juicio de este Tribunal, **la exigencia de que las partes deban intentar resolver su controversia mediante consultas y negociaciones** durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y como han sostenido algunos tribunales arbitrales, ‘una regla procesal’ o una regla ‘de naturaleza no obligatoria y procesal’ que el interesado puede satisfacer o no. Por el contrario, **se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje** conforme a las normas del CIADI.”) (énfasis añadido), **RL-0099-036-040-ENG**; *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo 16 de septiembre de 2003, ¶ 14.3 (“Algunas autoridades consideran el requisito de consultar y negociar antes de proceder a un arbitraje como ‘procesal’ más que una condición precedente para la adjudicación de jurisdicción. **Este Tribunal tiene dudas sobre si interpretar una provisión clara de un TBI de tal manera que la transformaría en superflua, como sería el caso si una caracterización ‘procesal’ del requisito efectivamente permitiera al inversor ignorar el requisito a su discreción**”) (énfasis añadido), **RL-0100-048-ENG**. Ver también *ICS Inspection y Control Services Limited (United Kingdom) c. la República de Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶¶ 267, 273 (determinando que el tribunal no tiene el poder de ignorar el pre-requisito de litigar por 18 meses sobre la base de que sería inútil o ineficiente), (“267. [...] Por lo tanto, **el Tribunal no puede crear excepciones a las normas de los tratados cuando estas meramente se fundan en la evaluación de la sabiduría de la política en cuestión**, no teniendo fundamento ni en el texto del tratado ni en ninguna fuente de interpretación suplementaria, sin importar cuán deseable podrían verse en lo abstracto dichas consideraciones de política. [...] 273. [...] El Tribunal concluye, asimismo, que la Demandante manifiestamente ha incumplido el prerrequisito y que **no existe ninguna razón convincente para eximir a la Demandante de su aplicación en función de la futilidad u otros.**”) (énfasis añadido), **RL-0101-088-090-ENG/SPA**.

demanda, despojaba al tribunal de jurisdicción sobre las mismas porque no corresponde al tribunal o al demandante “re-escribir” el TBI³⁰⁹:

386. [...] [L]as Demandantes tenían conocimiento absoluto de la regla en juego en este caso y no habría sido difícil cumplir con el período de negociación previa; lo que de hecho no ocurrió. **El Tribunal no tiene el mandato de “reescribir” el TBI.**

388. La redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal a considerar que el “período de negociación previa” limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional.

389. **No le corresponde al Tribunal evaluar la importancia o el efecto de dicha condición, sino simplemente reconocer que fue acordada por las dos Partes Contratantes** como condición suspensiva a la disponibilidad de un tribunal arbitral que es, y debe ser, basada en el consentimiento. La verdad es que las Partes Contratantes solo prestaron su consentimiento al arbitraje sujeto a la existencia de una *notificación escrita de un reclamo* y sujeto al transcurso de seis meses entre dicha notificación y cualquier solicitud de arbitraje.

390. Por consiguiente, el Tribunal concluye que, al menos en este caso, el “período de negociación previa” constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal *rationae voluntatis*, dado que **no corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión de la controversia ni cuándo hacerlo, igual que no corresponde a dicha demandante decidir cuánto tiempo deben esperar antes de presentar una solicitud de arbitraje.**

156. Por las razones anteriores, las decisiones de tribunales arbitrales de inversión confirman que el hecho de que los Demandantes no notificaran a la Demandada la reclamación de trato de NMF hace que la reclamación no sea admisible.

157. Los Demandantes no presentaron una notificación de intención con respecto a su reclamación de trato de NMF. En su lugar, introdujeron la reclamación de trato de NMF en un procedimiento contradictorio y no siguieron el mecanismo de resolución de disputas de varias fases que las Partes del CAFTA-DR diseñaron cuidadosamente. “[N]o corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión sobre [la reclamación de trato

³⁰⁹ *Guaracachi América, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, ¶¶ 386, 388-390 (énfasis añadido), **RL-0102-144-145-ENG/SPA**.

de NMF] ni cuándo hacerlo”.³¹⁰ Los términos del CAFTA-DR no pueden ser ignorados. La reclamación extemporánea de los Demandantes debe ser desestimada.

VI. LA RECLAMACIÓN POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS HA PRESCRITO BAJO EL ARTÍCULO 10.18.1 DEL CAFTA-DR

A. *La nueva caracterización de los Demandantes de la reclamación por falta de protección y seguridad plenas con el fin de evadir el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR es inválida e inefectiva*

158. La Notificación de Arbitraje de los Demandantes formula una reclamación por falta de protección y seguridad plenas por la supuesta falta de respuesta de Guatemala a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos desde 2012.³¹¹ En su Memorial de Contestación, los Demandantes reformulan su reclamación a fin de eludir el plazo de prescripción. Ahora alegan que su reclamación por falta de protección y seguridad plenas “no se basa en una única violación continua” sino que se centra en “las protestas y los bloqueos que comenzaron a principios de 2016 [...]”.³¹² En un intento de centrar la atención del Tribunal en lo que ahora afirman es una “nueva ola de protestas” que comenzó en 2016,³¹³ los Demandantes complementan su reclamación con nuevas (y contradictorias) alegaciones fácticas³¹⁴ y trece anexos relacionados con los eventos de 2016 y 2017³¹⁵, todo en un esfuerzo por escapar de las alegaciones que presentaron, según las cuales las protestas y bloqueos fueron “continuos y

³¹⁰ *Id.*, ¶ 390, **RL-0102-145-ENG/SPA**.

³¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 74. *Id.* ¶¶ 42, 45, 48.

³¹² Memorial de Contestación, ¶ 127. *Id.* ¶¶ 9, 116, 119, 126. *Ver también* Objeciones Preliminares, ¶¶ 115-118.

³¹³ Memorial de Contestación, ¶ 121.

³¹⁴ *Ver p.ej.* Memorial de Contestación, ¶¶ 120-125.

³¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional, 11 de noviembre de 2015, **C-0004-SPA/ENG**; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Apelación de Exmingua contra el fallo que otorga amparo provisional, 23 de febrero de 2016, **C-0005-SPA/ENG**; M. R. Bolaños, *El MEM no suspenderá el proyecto*, La Prensa Libre, 1 de marzo de 2016, **C-0006-SPA/ENG**; N. Gándara, *CIG insta al MEM a no doblegarse ante la presión*, La Prensa Libre, 11 de marzo de 2016, **C-0007-SPA/ENG**; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, comunicación del Ministerio de Energía y Minas en relación con el cumplimiento del amparo provisional, 10 de marzo de 2016, **C-0008-SPA/ENG**; G. Contreras, *Los lugareños de La Puya continúan con las protestas*, La Prensa Libre, 13 de marzo de 2016, **C-0009-SPA/ENG**; J. Ramos y J. Rosales, *Los manifestantes de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, **C-0010-SPA/ENG**; N. Rivera, *El nuevo campamento en la resistencia pacífica La Puya*, Prensa Comunitaria Km. 169, 19 de mayo de 2019, **C-0011-SPA/ENG**; Notificación oficial No. 497 del MEM a Exmingua, adjuntando la Resolución No. 4056, 21 de diciembre de 2016, **C-0012-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MEM, adjuntando Certificación de Notario Público, 21 de marzo de 2017, **C-0013-SPA/ENG**; Notificación oficial No. 5099 del MEM a Exmingua, adjuntando la Resolución No. 1191, 5 de abril de 2017, **C-0014-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, **C-0015-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MEM, 7 de abril de 2017, **C-0016-SPA/ENG**.

sistemáticos” desde 2012. Después de las “múltiples y claras alegaciones” de los Demandantes en su Notificación de Arbitraje, el Tribunal no debe aceptar los esfuerzos de los Demandantes por re-caracterizar los eventos anteriores al 2016 “como mera información contextual”.³¹⁶ En todo caso, los argumentos de los Demandantes no pueden cambiar el hecho de que su reclamación por falta de protección y seguridad plenas, tal y como se alega tanto en la Notificación de Arbitraje como en el Memorial de Contestación, ha prescrito.

159. Primero, la nueva descripción fáctica de los Demandantes contradice la Notificación de Arbitraje donde ellos alegan una violación continua por parte de la Demandada desde 2012 de su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a los Demandantes bajo el Artículo 10.5 del CAFTA-DR.³¹⁷

Como parte del proceso para obtener la licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita, Exmingua realizó todos los esfuerzos necesarios para preparar su EIA. **Exmingua y sus asesores, sin embargo, no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos en las instalaciones desde 2012.**

A pesar de esta alegación fáctica, los Demandantes ahora convenientemente alegan:³¹⁸

[L]a 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.

Pero la Notificación de Arbitraje no distingue entre las protestas anteriores a 2016 y las protestas que ocurrieron en 2016 y posteriormente. Por el contrario, la reclamación se presenta con base en un evento continuo y sistemático.³¹⁹ Por lo tanto, rebasa toda credulidad que los

³¹⁶ *Ansung Housing Co., Ltd. c. República Popular de China*, Caso CIADI No. ARB/14/25, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶ 108, **RL-0103-037-ENG**.

³¹⁷ Notificación de Arbitraje, ¶ 48 (énfasis añadido).

³¹⁸ Memorial de Contestación, ¶ 116 (énfasis añadido).

³¹⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 42, 45, 48. *Id.* ¶ 74 (“**2. Falta de protección y seguridad plenas** [...] Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua al no adoptar medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita. Entre otras cosas, la falta de actuación por parte de Guatemala en este sentido, a pesar de las solicitudes y demandas de los Demandantes y de Exmingua ha derivado en amenazas a los trabajadores de Exmingua cuando trataban de acceder a las instalaciones y en paros laborales en las instalaciones, y ha impedido que los asesores de Exmingua puedan completar los estudios sociales requeridos para el EIA y así completar la solicitud de una licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita.”). *Ver también* Objeciones Preliminares, ¶¶ 115-118.

Demandantes argumenten, como lo hacen ahora, que su “reclamación de protección y seguridad plenas [...] no se basa en una única violación continua”.³²⁰ En otras palabras, solicitan al Tribunal que, pese a las alegaciones expresas de la Notificación de Arbitraje, las protestas y bloqueos de 2016 sean tratados como una violación independiente del estándar de protección y seguridad plenas.

160. Los Demandantes intentan disimular la contradicción entre las alegaciones de la Notificación de Arbitraje y las del Memorial de Contestación al afirmar falsamente que la reclamación “**como explicaron en su Notificación de Arbitraje** [...] surge de las protestas y bloqueos que comenzaron a principios de 2016 [...]”.³²¹ Por el contrario, la Notificación de Arbitraje explica claramente que la reclamación surge de las supuestas “**protestas y bloqueos continuos y sistemáticos en las instalaciones desde 2012**”.³²² Esto explica por qué los Demandantes no citan ni siquiera una alegación específica de la Notificación de Arbitraje para apoyar su argumento infundado. De forma reveladora, incluso la nueva prueba que presentan los Demandantes con respecto a la supuesta “nueva ola de protestas”³²³ (que no debería ser considerada por el Tribunal según las propias afirmaciones de los Demandantes³²⁴) confirma que las protestas anteriores y posteriores al comienzo del 2016 constituyen el mismo evento “continuo y sistemático”³²⁵ alegado en la Notificación de Arbitraje.³²⁶

Desde el 2 de marzo de 2012 los pobladores de las comunidades ubicadas en San José del Golfo, Guatemala, tomaron acciones en rechazo la mina [sic.] y **bloquearon la entrada a la compañía** pues instalaron chozas en el camino. Ese movimiento ha generado varios enfrentamientos con la fuerza pública, que ha llegado en resguardo del ingreso de maquinaria de la compañía que tiene la licencia.

³²⁰ Memorial de Contestación, ¶ 127.

³²¹ *Id.* ¶ 119 (énfasis añadido).

³²² Notificación de Arbitraje, ¶¶ 48 (énfasis añadido), 74.

³²³ Memorial de Contestación, ¶ 121.

³²⁴ Memorial de Contestación, ¶ 3 (“En un intento por eludir su responsabilidad, la Demandada ha opuesto tres objeciones preliminares, conforme el 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 verdaderos los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, por lo que sus objeciones tampoco resultan adecuadas para ser objeto de un pronunciamiento previo.”)

³²⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 48.

³²⁶ J. Ramos y J. Rosales, *Los manifestantes de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1 (énfasis añadido), C-0010-SPA/ENG.

Aparentemente, los Demandantes consideran que no están limitados por lo que alegaron en su Notificación de Arbitraje. Tampoco parece que se consideren limitados por los hechos. Los Demandantes no solo presentaron indebidamente 13 nuevos anexos documentales junto a su Memorial de Contestación, sino que los anexos documentales contradicen la nueva narración de los Demandantes en el Memorial de Contestación. En efecto, en su carta al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de 7 de abril de 2017 (a la que los Demandantes adjuntaron el EIA para Santa Margarita), los mismos Demandantes tomaron la misma posición que adoptaron en la Notificación de Arbitraje y que ahora contradicen.³²⁷ En la carta, tal y como hicieron en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes no diferenciaron entre dos supuestas oleadas de protestas y, de hecho, trataron las protestas como un evento “continuo y sistemático”³²⁸ que dio lugar a la misma violación del CAFTA-DR.³²⁹

La razón [sic.] de esta presentación [sic.] ante su honorable persona reside en que **en el municipio de San Pedro Ayampuc, Departamento de Guatemala, a partir del año [sic.] 2,012 se inició [sic.] una conflictividad social** de grupos que se oponen a la actividad minera en dicho municipio, y en municipios aledanos [sic.] y **que aun [sic.] perdura, lo que ha imposibilitado que la socialización [sic.] del proyecto asr [sic.]** como la continuación [sic.] en la actualización [sic.] de la línea [sic.] base no puedan ejecutarse como es debido de acuerdo a las normas y reglamentos que rigen este tipo de estudios.

161. Por lo tanto, no existe fundamento alguno para ignorar la Notificación de Arbitraje y tratar las protestas y bloqueos anteriores a 2016 como algo distinto a las protestas y bloqueos posteriores al principio de 2016. Debido a que los Demandantes adquirieron conocimiento de la supuesta violación del estándar de protección y seguridad plenas y de las pérdidas o daños relacionados más de seis años antes de someter la reclamación a arbitraje, la reclamación ha prescrito.³³⁰

162. Incluso asumiendo *arguendo* que la supuesta “nueva ola de protestas a comienzos de 2016”³³¹ constituye una violación distinta del estándar de protección y seguridad plenas bajo el CAFTA-DR, lo que no es el caso, los Demandantes no pueden eludir el plazo

³²⁷ Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, C-0015-SPA/ENG.

³²⁸ Notificación de Arbitraje, ¶ 48.

³²⁹ Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1 (énfasis añadido en parte y omitido en parte) C-0015-SPA/ENG.

³³⁰ Objeciones Preliminares, ¶¶ 106-142.

³³¹ Memorial de Contestación, ¶ 121.

de prescripción del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, basando su reclamación “en la transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas” por parte de la Demandada.³³² En efecto, los Demandantes alegaron que las protestas en los sitios de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita comenzaron en 2012³³³ y que Exmingua “**no pud[er]on completar las consultas públicas requeridas para su EIA** debido a las protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos en las instalaciones **desde 2012.**”³³⁴ Asumiendo que los Demandantes solo desean reclamar daños resultantes de las protestas y bloqueos posteriores a 2015, no pueden cambiar la fecha en la que los Demandantes adquirieron el conocimiento relevante *por primera vez*. Las Partes del CAFTA-DR decidieron que el plazo de prescripción de tres años comienza “a partir de la fecha en que el demandante adquirió por primera vez, o debió haber adquirido, conocimiento de la violación alegada . . . [y de] las pérdidas o daños [sufridos].”³³⁵ El propósito de esta disposición es obligar a potenciales demandantes a tomar medidas dentro del tiempo prescrito desde que adquirieron los conocimientos relevantes *por primera vez*.³³⁶ Permitir a los Demandantes evadir el plazo de prescripción basando su reclamación en las protestas posteriores a 2015 “haría que las disposiciones prescriptivas devinieran inválidas.”³³⁷

163. En segundo lugar, los argumentos de los Demandantes sobre el alcance de su reclamación por falta de protección y seguridad plenas también contradicen las Notificaciones. En las Notificaciones, los Demandantes argumentaron claramente que la reclamación abarcaba las protestas y bloqueos que afectaron a Progreso VII y a Santa Margarita desde 2012:

³³² *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 214-215 (*citando Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067-ENG**.

³³³ Notificación de Arbitraje, ¶ 43 (“[E]l 3 de septiembre de 2012, Exmingua presentó una acción de amparo contra el Director General de la Policía Nacional, reclamando que ‘la falta de intervención, por las autoridades, de proteger las personas y vehículos de y alrededor de las instalaciones del proyecto minero Progreso VII [...]’”), ¶ 48 (“Como parte del proceso para obtener la licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita, Exmingua realizó todos sus esfuerzos para preparar el EIA. Sin embargo, Exmingua y sus consultores no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos en el sitio desde 2012.”).

³³⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 48 (énfasis añadido). *Ver también* Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, **C-0015-SPA/ENG**.

³³⁵ Art. 10.18.1 del CAFTA-DR, **RL-0001-022-ENG**.

³³⁶ Objeciones Preliminares, ¶ 139.

³³⁷ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (*citando Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067-ENG**. *Ver también Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208, **RL-0038-134-135-ENG**; Objeciones Preliminares, ¶¶ 138-139.

- “Además, **Guatemala ha fallado en brindar protección y seguridad plenas a Exmingua** a pesar de sus múltiples solicitudes al Estado. En particular, **los manifestantes**, principalmente organizados por CALAS, **han bloqueado ilegalmente la entrada a los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita**, impidiendo el acceso a estos sitios. A pesar de los esfuerzos de los Inversionistas para obtener apoyo por medio de la presentación de peticiones a las autoridades gubernamentales locales y nacionales y la presentación de demandas judiciales, Guatemala no le ha facilitado a Exmingua acceso a los sitios de sus Proyectos”.³³⁸
- “**2. Falta de protección y seguridad plenas** [...] Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua al no adoptar medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos **Progreso VII y Santa Margarita**”.³³⁹
- “**En cuanto al Proyecto Progreso VII**, se evitó que Exmingua explotara la mina y procesara y extrajera el producto para la exportación. **En cuanto al Proyecto Santa Margarita**, los bloqueos al sitio minero impidieron que Exmingua completara el EIA, que era una condición para obtener una licencia de explotación”.³⁴⁰
- “Como parte del proceso para obtener la licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita, Exmingua realizó todos los esfuerzos necesarios para preparar su EIA. **Exmingua y sus asesores**, sin embargo, **no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos en las instalaciones desde 2012**”.³⁴¹

Ahora, por primera vez, en su Memorial de Contestación, los Demandantes sostienen que su reclamación de protección y seguridad plenas se basa únicamente en las protestas y bloqueos que ahora alegan comenzaron en 2016 y supuestamente impidieron que Exmingua completara el EIA de Santa Margarita:

- “**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 bloqueos que comenzaron a principios de 2016**, luego de la resolución de amparo de la Corte Suprema, y que

³³⁸ Notificación de Intención, pág. 3 (énfasis añadido), C-5-ENG.

³³⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 74 (énfasis añadido).

³⁴⁰ *Id.* ¶ 50 (énfasis añadido).

³⁴¹ *Id.* ¶ 48.

impidieron que Exmingua completara los estudios sociales con el finque el EIA de **Santa Margarita** obtuviera un permiso de explotación”.³⁴²

- “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”.³⁴³
- “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** por 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 están alegando la existencia de una violación por ese motivo**”.³⁴⁴

164. Es revelador que los Demandantes ni siquiera son coherentes en su Memorial de Contestación. En el párrafo 126, y contrariamente a los párrafos citados arriba, los Demandantes argumentan que su reclamación de protección y seguridad plenas “emerge del hecho de que la Demandada [...] 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**.”³⁴⁵ Si bien el argumento es inexacto en cuanto al periodo de tiempo en cuestión, es correcto en cuanto a que, en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes alegan que la reclamación de protección y seguridad plenas surge de las protestas y bloqueos en los proyectos Santa Margarita y Progreso VII. Y, pese a que los Demandantes ahora argumentan que la violación ocurrió en **2016**, según la Notificación de Arbitraje, el 3 de septiembre de **2012**, Exmingua presentó un recurso de amparo contra el Director General de la Policía Nacional Civil, alegando “la falta de intervención por parte de la autoridad, para proteger personas y vehículos en y alrededor de las instalaciones del proyecto minero Progreso VII [...]”.³⁴⁶

165. En tercer lugar, para desviar la atención del Tribunal hacia los bloqueos y protestas posteriores al 2015, los Demandantes complementan su reclamación con una

³⁴² Memorial de Contestación, ¶ 127 (énfasis añadido).

³⁴³ *Id.* ¶ 116 (énfasis añadido).

³⁴⁴ *Id.* ¶ 118 (énfasis añadido). *Ver también id.*, ¶ 122.

³⁴⁵ *Id.* ¶ 126 (énfasis añadido).

³⁴⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 43.

descripción de nuevos hechos y trece anexos documentales relacionados con los eventos de 2016 y 2017.³⁴⁷ Por ejemplo, los Demandantes explican la supuesta posición del MEM y la Cámara de Industria de Guatemala sobre el amparo provisional de noviembre de 2015.³⁴⁸ También añaden detalles sobre, entre otras cosas, un certificado de un notario público,³⁴⁹ la fecha en la que se notificó a Exmingua la Resolución No. 1191 del MEM,³⁵⁰ y el EIA de Santa Margarita.³⁵¹ Toda esta nueva información es irrelevante para la cuestión que se discute aquí. Incluso si los anexos documentales pudieran ser tomados en cuenta (y no pueden ser tomados en cuenta según las propias alegaciones de los Demandantes³⁵²), la acción desesperada de último minuto de los Demandantes no cambia, sino que confirma, el hecho de que la reclamación de los Demandantes se dirige contra un evento “continuo y sistemático”³⁵³ que da lugar a la misma supuesta violación del CAFTA-DR.³⁵⁴ En cualquier caso, si el Tribunal aceptara que “[l]a reclamación por falta de protección y seguridad plenas de los Demandantes

³⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Sentencia de amparo provisional, 11 de noviembre de 2015, **C-0004-SPA/ENG**; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, Apelación de Exmingua contra el fallo que otorga amparo provisional, 23 de febrero de 2016, **C-0005-SPA/ENG**; M. R. Bolaños, *El MEM no suspenderá el proyecto*, La Prensa Libre, 1 de marzo de 2016, **C-0006-SPA/ENG**; N. Gándara, *CIG insta al MEM a no doblegarse ante la presión*, La Prensa Libre, 11 de marzo de 2016, **C-0007-SPA/ENG**; Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Caso No. 1592-2014, comunicación del Ministerio de Energía y Minas en relación con el cumplimiento del amparo provisional, 10 de marzo de 2016, **C-0008-SPA/ENG**; G. Contreras, *Los lugareños de La Puya continúan con las protestas*, La Prensa Libre, 13 de marzo de 2016, **C-0009-SPA/ENG**; J. Ramos y J. Rosales, *Los manifestantes de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, **C-0010-SPA/ENG**; N. Rivera, *El nuevo campamento en la resistencia pacífica La Puya*, Prensa Comunitaria Km. 169, 19 de mayo de 2019, **C-0011-SPA/ENG**; Notificación oficial No. 497 del MEM a Exmingua, adjuntando la Resolución No. 4056, 21 de diciembre de 2016, **C-0012-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MEM, adjuntando Certificación de Notario Público, 21 de marzo de 2017, **C-0013-SPA/ENG**; Notificación oficial No. 5099 del MEM a Exmingua, adjuntando la Resolución No. 1191, 5 de abril de 2017, **C-0014-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, **C-0015-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MEM, 7 de abril de 2017, **C-0016-SPA/ENG**.

³⁴⁸ Comparar Memorial de Contestación, ¶¶ 120, 121 y Notificación de Arbitraje, ¶ 54.

³⁴⁹ Comparar Memorial de Contestación, ¶ 123 y Notificación de Arbitraje, ¶ 49.

³⁵⁰ Comparar Memorial de Contestación, ¶ 124 y Notificación de Arbitraje, ¶ 49.

³⁵¹ Comparar Memorial de Contestación, ¶ 125 y Notificación de Arbitraje, ¶ 49.

³⁵² Memorial de Contestación, ¶ 3.

³⁵³ Notificación de Arbitraje, ¶ 48.

³⁵⁴ Ver p.ej. Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1 (“La razón [sic.] de esta presentación [sic.] ante su honorable persona reside en que **en el municipio de San Pedro Ayampuc, Departamento de Guatemala, a partir del año [sic.] 2,012 se inició [sic.] una conflictividad social** de grupos que se oponen a la actividad minera en dicho municipio, y en municipios aledanos [sic.] y que aun [sic.] perdura, lo que **ha imposibilitado que la socialización [sic.] del proyecto** asr [sic.] como la continuación [sic.] en la actualización [sic.] de la línea [sic.] base no puedan ejecutarse como es debido de acuerdo a las normas y reglamentos que rigen este tipo de estudios.”) (énfasis añadido), **C-0015-SPA/ENG**; J. Ramos y J. Rosales, *Los manifestantes de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1 (“**Desde el 2 de marzo de 2012 los pobladores de las comunidades** ubicadas en San José del Golfo, Guatemala, tomaron acciones en rechazo la mina [sic.] y **bloquearon la entrada a la compañía** pues instalaron chozas en el camino. [...]”) (énfasis añadido), **C-0010-SPA/ENG**.

[...] no se basa en una única violación continua”, como los Demandantes ahora afirman,³⁵⁵ la reclamación habría prescrito también. Los Demandantes reconocen que los bloqueos y protestas comenzaron en 2012.³⁵⁶ No pueden eludir el plazo de prescripción basando su reclamación en la “transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado.”³⁵⁷

166. Finalmente, como se muestra en la tabla a continuación, el Memorial de Contestación contiene numerosas afirmaciones engañosas o citas inexactas a supuestas alegaciones de hecho relativas a la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes, todo ello en un intento claro por parte de los Demandantes de eludir el plazo de prescripción de tres años del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR. A continuación se enumeran las citas y afirmaciones inexactas de los Demandantes.³⁵⁸

No.	Afirmación de los Demandantes en el Memorial de Contestación ³⁵⁹	Referencias escritas que los Demandantes utilizan en apoyo de la afirmación	Distorsión
1	<p>¶ 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’ y la falta ‘continua’ por parte de Guatemala de brindar protección a las inversiones de los Demandantes.” (citando las Objeciones Preliminares, ¶ 118).</p>	<p>Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 118:</p> <p>“Por lo tanto, la reclamación de los Demandantes se basa en la premisa de que las ‘protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos en las instalaciones desde 2012’ y la presunta no adopción de medidas razonables por parte de Guatemala, o la falta de respuesta efectiva, constituye una ‘violación de la obligación [de Guatemala] de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua’. En otras palabras, los Demandantes afirman que una ‘serie de acciones similares y relacionadas’ u omisiones constituyen una violación del CAFTA-DR por parte de la Demandada.”</p>	<p>Cita selectiva de las Objeciones Preliminares de la Demandada para implicar que la Demandada ha caracterizado incorrectamente la reclamación de protección y seguridad plena de los Demandantes.</p>

³⁵⁵ Memorial de Contestación, ¶ 127.

³⁵⁶ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 41-45.

³⁵⁷ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (citando *Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067-ENG**.

³⁵⁸ El propósito de este ejercicio es enfatizar los nuevos hechos engañosos en el Memorial de Contestación.

³⁵⁹ Notas de página omitidas. Ver Memorial de Contestación.

2	<p>¶ 117: “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” (citando la Notificación de Arbitraje, ¶50).</p>	<p>Notificación de Arbitraje de los Demandantes, ¶ 50:</p> <p>“Mientras tanto, los continuos bloqueos y protestas afectaron gravemente a ambos proyectos de Exmingua. Respecto al Proyecto Progreso VII, Exmingua se vio impedida de explotar la mina y procesar y extraer el producto para su exportación. Respecto al Proyecto Santa Margarita, los bloqueos a la mina impidieron que Exmingua completara el EIA, el que una condición para asegurar la licencia de explotación”.</p>	<p>La afirmación <u>no encuentra fundamento</u> en el párrafo citado.</p>
3	<p>¶ 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” (citando la Notificación de Arbitraje, ¶ 45).</p>	<p>Notificación de Arbitraje de los Demandantes, ¶ 45:</p> <p>“Gracias a considerables esfuerzos de los Demandantes, el 25 de mayo de 2014, las actividades de explotación en Progreso VII se reanudaron y, al final del año, Exmingua realizó su primer cargamento. Los bloqueos irregulares continuaron, sin embargo, sin respuestas efectivas del Estado”.</p>	<p><u>Contradicción</u> entre la afirmación y el soporte brindado.</p>
4	<p>¶ 118: “Los Demandantes y Exmingua pudieron, entonces, acceder a las instalaciones, y se dio comienzo a la etapa de construcción, rápidamente seguida de las actividades de operación” (citando la Notificación de Arbitraje, ¶ 45).</p>	<p>Notificación de Arbitraje de los Demandantes, ¶ 45:</p> <p>“Gracias a considerables esfuerzos de los Demandantes, el 25 de mayo de 2014, las actividades de explotación en Progreso VII se reanudaron y, al final del año, Exmingua realizó su primer cargamento. Los bloqueos irregulares continuaron, sin embargo, sin respuestas efectivas del Estado”.</p>	<p>La afirmación <u>no encuentra fundamento</u> en el párrafo citado.</p>
5	<p>¶ 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</p>	<p>C-007: “Manifestaciones en contra de proyecto minero se intensificaron en los últimos días. [...] Desde hace una semana pobladores de La Puya, San José del Golfo, permanecen frente a la</p>	<p><u>Descripción inadecuada de la evidencia.</u> No hubo una “nueva ola de protestas” que impidió a los Demandantes completar el EIA para Santa</p>

	<p>comienzos de 2016. Los manifestantes “pid[ieron] a las autoridades el cierre de las operaciones” del Proyecto Progreso VII” (citando C-007, C-009, C-0010 y C-0011).</p> <p>¶ 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.</p>	<p>sede del Ministerio de Energía y Minas (MEM) en la zona 11, y piden a las autoridades el cierre de las operaciones del proyecto Progreso 7 Derivadas, propiedad de Exploraciones Mineras de Guatemala, S. A., Exmingua.”</p> <p>C-009: “Desde el 2 de marzo, decenas de personas se apostaron frente a las instalaciones del MEM, zona 11, como medida de presión para que acate una resolución de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) que, según ellos, ordena el cierre de operaciones en la mina”.</p> <p>C-0010: “Desde el 2 de marzo de 2012 los pobladores de las comunidades ubicadas en San José del Golfo, Guatemala, tomaron acciones en rechazo la mina y bloquearon la entrada a la compañía pues instalaron chozas en el camino. Ese movimiento ha generado varios enfrentamientos con la fuerza pública, que ha llegado en resguardo del ingreso de maquinaria de la compañía que tiene la licencia.”</p> <p>C-0011: “Los vecinos de la resistencia pacífica “La Puya” instalaron un nuevo campamento frente al MEM, las carpas se levantaron de inmediato, la cocina, la despensa, un dormitorio improvisado, un baño, el área de lavado, un altar maya y el católico quedaron instalados desde el día 3 de marzo 2016. [...]</p> <p>Los comunitarios hacen turnos para cubrir el campamento, ahora</p>	<p>Margarita³⁶⁰. Conforme a los documentos presentados por los Demandantes junto al Memorial de Contestación, las comunidades bloquearon la entrada a los proyectos de Exmingua desde 2012³⁶¹. Luego, desde el 3 de marzo de 2016, acamparon frente a las instalaciones del MEM.</p>
--	---	--	--

³⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 122.

³⁶¹ J. Ramos y J. Rosales, *Manifestantes en la Puya queman muñeco del Ministerio de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1, C-0010-SPA/ENG.

		<p>seguro son dobles porque hay que cubrir “La Puya” y también en el MEM. [...]</p> <p>Las lluvias de mayo comenzaron esta semana, el campamento de la resistencia deberá enfrentarse al viento, a la lluvia que ... correrá por el asfalto mojando todo lo que encuentre a su paso.</p> <p>Quienes en este nuevo campamento resisten le exigen al ministro de energía y minas, cumpla con la ley guatemalteca,...</p>	
6	<p>¶ 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”. 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” (citando la Notificación de Arbitraje, ¶ 74).</p>	<p>Notificación de Arbitraje de los Demandantes , ¶ 74:</p> <p>“Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua al no adoptar medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita. Entre otras cosas, la falta de actuación por parte de Guatemala en este sentido, a pesar de las solicitudes y demandas de los Demandantes y de Exmingua ha derivado en amenazas a los trabajadores de Exmingua cuando trataban de acceder a las instalaciones y en paros laborales en las instalaciones, y ha impedido que los asesores de Exmingua puedan completar los estudios sociales requeridos para el EIA y así completar la solicitud de una licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita.”</p>	<p><u>Cita selectiva</u> de la Notificación de Arbitraje para para implicar que la posición de los Demandantes en el Memorial de Contestación es consistente con la Notificación de Arbitraje.</p> <p>Efectivamente, conforme se explicó en la Notificación de Arbitraje, las supuestas amenazas a los empleados de Exmingua tuvieron lugar en 2012 y 2016³⁶².</p>

167. En resumen, los esfuerzos de los Demandantes por rediseñar su reclamación de protección y seguridad plenas en esta etapa del procedimiento solo confirman que los

³⁶² Notificación de Arbitraje, ¶¶ 43, 48, 56.

Demandantes son plenamente conscientes de que la reclamación, tal y como se presentó en la Notificación de Arbitraje, ha prescrito. Su intento de eludir el plazo de prescripción a través de nuevas alegaciones y documentos presentados junto al Memorial de Contestación no es válido ni efectivo. De nuevo, los anexos documentales de los Demandantes solo confirman lo que escribieron en la Notificación de Arbitraje: la supuesta violación de la Demandada fue “continua y sistemática”³⁶³. En cualquier caso, los Demandantes no pueden eludir el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR basando su reclamación “en la transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas” por parte de la Demandada³⁶⁴. Por lo tanto, la reclamación de protección y seguridad plenas ha prescrito.

B. La ley exige la desestimación de la reclamación de protección y seguridad plenas

168. Conscientes de que su reclamación de protección y seguridad plenas no puede prosperar bajo el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, los Demandantes afirman falsamente que “la Demandada tergiversa el derecho”³⁶⁵. Para respaldar su argumento infundado, los Demandantes recurren a un laudo TLCAN emitido hace más de doce años³⁶⁶ que ha sido constantemente criticado por una línea de decisiones bajo el TLCAN y el CAFTA-DR. Los Demandantes también se basan en laudos que interpretan o aplican incorrectamente para tratar de superar las deficiencias de la Notificación de Arbitraje.

169. En primer lugar, los Demandantes trazan una línea divisoria entre los casos relativos a “una serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado”³⁶⁷ y los casos “en los que había una medida singular en juego”³⁶⁸. Por un lado, los Demandantes intentan conciliar *Grand River c. Estados Unidos*³⁶⁹ con el caso en cuestión para argumentar que se deben aplicar diferentes plazos prescripción a las supuestas inacciones anteriores a 2016

³⁶³ *Id.* ¶ 48; Carta de Exmingua a MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1, **C-0015-SPA/ENG**; J. Ramos y J. Rosales, *Manifestantes en la Puya quemaron muñeco del Ministerio de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1, **C-0010-SPA/ENG**.

³⁶⁴ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (*citando Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067-ENG**.

³⁶⁵ Memorial de Contestación, Sección IV(A), pp. 48-58.

³⁶⁶ *UPS*, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007, **CL-0037-ENG**. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 111, 113, 114.

³⁶⁷ Memorial de Contestación, ¶ 107.

³⁶⁸ *Id.* ¶ 108.

³⁶⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, **RL-0039-ENG**.

y posteriores a 2015 por parte de la Demandada.³⁷⁰ Pero *Grand River* muestra todo lo contrario. En ese caso, el tribunal rechazó la posición del demandante de que había varios plazos de prescripción aplicables, y que la adopción y aplicación de las leyes de garantía que implementaban el acuerdo marco de conciliación constituían medidas separadas a partir de las cuales se debía aplicar el plazo de prescripción de tres años.³⁷¹ Sin embargo, el tribunal determinó que la “legislación complementaria”³⁷² y las enmiendas a las leyes de garantía³⁷³ adoptadas después de la fecha crítica podrían ser impugnadas.³⁷⁴ Cabe destacar que el tribunal prestó especial atención a si estas medidas “estaban claramente identificadas como incluidas en la reclamación en la Notificación de Arbitraje y la Declaración Particular de Reclamación”,³⁷⁵ lo que claramente no es el caso aquí.

170. Además, los Demandantes ignoran *Ansung c. China*,³⁷⁶ que confirma que no se pueden aplicar diferentes plazos de prescripción a las supuestas omisiones anteriores a 2016 y posteriores a 2015 de la Demandada. *Ansung* se refiere a reclamaciones que surgieron de las presuntas inacciones por parte del demandado en relación con la inversión del demandante en la construcción de un club de golf y de campo y de unos condominios de lujo. Como en este caso, el demandante alegó que las inacciones por parte del Estado constituían una violación del TBI aplicable.³⁷⁷ También como en este caso, el demandante argumentó primero que las violaciones comenzaron antes de la fecha crítica y luego “intentó cambiar su historia [...] concentrándose en” la violación que tuvo lugar con posterioridad a la fecha crítica.³⁷⁸ Entre otras cosas, antes de la fecha crítica, el demandado “no tomó medidas para prohibir la operación ilegal de un campo de golf [de la competencia]”,³⁷⁹ “no atendió solicitudes de

³⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 107, 126-127.

³⁷¹ *Grand River Enterprises*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 81 (“En la audiencia, los Demandantes presentaron un argumento adicional, de que los plazos de prescripción establecidos en los Artículos 1116 (2) y 1117 (2) se aplicaban por separado a *cada* medida impugnada que fuera adoptada por *cada* estado que implementara el [contrato marco de conciliación]. [...] [E]ste análisis parece hacer que las disposiciones de prescripción sean ineficaces en cualquier situación que implique una serie de acciones similares y relacionadas por parte de un estado demandado, ya que un demandante sería libre de basar su reclamo en la transgresión más reciente, incluso si tuviera conocimiento de violaciones y lesiones anteriores.”) (énfasis añadido) **RL-0039-035-ENG**. Ver también *id.* ¶ 12, **RL-0039-007-ENG**.

³⁷² *Id.* ¶ 15 (énfasis añadido), **RL-0039-008-009-ENG**.

³⁷³ *Id.* ¶¶ 13, 16, **RL-0039-008-009-ENG**.

³⁷⁴ *Id.* ¶¶ 86, 104, **RL-0039-036-037-045-ENG**.

³⁷⁵ *Id.* ¶¶ 87-89, 94, **RL-0039-037-041-ENG**.

³⁷⁶ *Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, **RL-0103-ENG**.

³⁷⁷ *Id.* ¶¶ 93, 95, 109, **RL-0103-031-037-ENG**.

³⁷⁸ *Id.* ¶¶ 78, **RL-0103-025-ENG**.

³⁷⁹ *Id.* ¶¶ 46, 107(d), **RL-0103-016-037-ENG**.

protección policial” hechas por el demandante cuando la puerta principal de su campo de golf fue bloqueada y sus empleados fueron agredidos,³⁸⁰ y obligó al demandante a pagar un precio más alto por la tierra que el acordado originalmente.³⁸¹ El tribunal rechazó el argumento del demandante de que sufrió pérdidas o daños únicamente como consecuencia de la inacción del gobierno sobre la asignación de tierras para la segunda fase del proyecto después de la fecha crítica.³⁸² Reconoció que los “daños por [una omisión continua]. . . pueden medirse a partir de diferentes momentos después de la primera incidencia de esa omisión,”³⁸³ pero sostuvo que ni la “inacción continua” después de la fecha crítica ni la liquidación final de los daños del demandante reiniciaron el plazo de prescripción.³⁸⁴ El tribunal determinó que las reclamaciones habían prescrito y las declaró inadmisibles.

171. Por lo tanto, *Grand River* y *Ansung* confirman que la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes ha prescrito.

172. Por otro lado, los Demandantes intentan diferenciar su caso de *Corona Materials c. República Dominicana* y *Berkowitz c. Costa Rica* argumentando que, en este caso, la supuesta violación surgió de medidas autónomas con diferentes plazos de prescripción para cada una, y no de una “medida singular”³⁸⁵ a la que se debe aplicar el mismo plazo de prescripción de tres años. Sin embargo, ambos casos confirman que la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes ha prescrito. Por ejemplo, en *Corona*, el tribunal determinó que la falta de reconsideración de la negativa a otorgar la licencia al demandante por parte de la demandada era “una confirmación implícita de su decisión anterior” y, por lo tanto, “no [podía] ser considerada como una acción separada”, como argumentaba el demandante³⁸⁶. En particular, los Demandantes ignoran que el tribunal declaró expresamente que, asumiendo *arguendo* que el hecho de que el demandado no reconsiderara su decisión constituyera una denegación de justicia distinta a la no emisión de la licencia ambiental, el demandante no podía “evadir los plazos de prescripción al fundar su reclamo en la ‘transgresión más reciente’ [...] de una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte

³⁸⁰ *Id.* ¶¶ 50, 107(b), **RL-0103-017-036-ENG.**

³⁸¹ *Id.* ¶¶ 44, 107(d), **RL-0103-016-037-ENG.**

³⁸² *Id.* ¶¶ 95, 109, **RL-0103-031-037-ENG.**

³⁸³ *Id.* ¶ 112, **RL-0103-038-ENG.**

³⁸⁴ *Id.* ¶¶ 109-110, **RL-0103-037-038-ENG.**

³⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 108, 127.

³⁸⁶ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 211, **RL-0002-066-ENG.**

del Estado demandado”³⁸⁷. En este caso, la no proporción de protección y seguridad plenas anterior a 2016 y posterior a 2015 constituye una sola medida y una violación continua³⁸⁸. Incluso suponiendo que la conducta posterior a 2015 de la Demandada constituyera una violación del tratado “distinta a”³⁸⁹ la conducta anterior a 2016 de la Demandada, los Demandantes no pueden evadir el plazo de prescripción basando su reclamación en la “transgresión más reciente”.³⁹⁰ Por lo tanto, *Corona* confirma que la reclamación de protección y seguridad plenas ha prescrito.

173. Asimismo, en *Berkowitz c. Costa Rica*, el tribunal determinó que los demandantes deberían haber sabido antes de la fecha crítica de una sentencia que exigía la expropiación de sus propiedades ubicadas dentro de un parque nacional.³⁹¹ Los Demandantes no podían eludir el plazo de prescripción de tres años alegando que la conducta de la demandada constituía una violación continuada. El tribunal sostuvo que *independientemente de si las alegaciones de los demandantes “se formulan en términos de la conducta posterior al plazo de prescripción de la Demandada o en términos de violaciones continuas”*, la demandada adquirió el conocimiento relevante antes de la fecha crítica.³⁹² En este caso, independientemente de si las alegaciones de los Demandantes se formulan en términos de una violación continuada, como en la Notificación de Arbitraje, o en términos de una violación independiente posterior al 9 de noviembre de 2015 (la “Fecha Crítica”)³⁹³, como en el Memorial de Contestación, los Demandantes adquirieron el conocimiento relevante antes de la fecha relevante. Por lo tanto, bajo el enfoque del caso *Berkowitz*, la reclamación por falta de protección y seguridad plenas de los Demandantes ha prescrito.

174. En segundo lugar, en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes no solicitaron al Tribunal que considerara los hechos anteriores al plazo de prescripción del

³⁸⁷ *Id.*, ¶¶ 214-215, **RL-0002-067-ENG**.

³⁸⁸ Notificación de Arbitraje, ¶ 74. *Id.* ¶¶ 42-45, 48; J. Ramos y J. Rosales, *Manifestantes en la Puya quemada muñeco del Ministerio de Energía* La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1, **C-0010-SPA/ENG**; Carta de Exmingua a MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1, **C-0015-SPA/ENG**. Ver Objeciones Preliminares, ¶¶ 115-118.

³⁸⁹ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 214-215, **RL-0002-067-ENG**.

³⁹⁰ *Id.*, ¶ 215, **RL-0002-067-ENG**.

³⁹¹ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶¶ 66, 171, 204, **RL-0038-054-121-132-ENG**.

³⁹² *Id.* ¶¶ 251-252 (énfasis añadido), **RL-0038-148-149-ENG**.

³⁹³ Dado que los Demandantes presentaron la demanda de arbitraje el 9 de noviembre de 2018, la Fecha Crítica es el 9 de noviembre de 2015. Ver Objeciones Preliminares, ¶¶ 113-114.

CAFTA-DR como *antecedentes fácticos*³⁹⁴. Por el contrario, la *base fáctica* de la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes era la supuesta falta de respuesta de Guatemala a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos desde 2012. Luego de las “múltiples y claras alegaciones” de los Demandantes en su Notificación de Arbitraje, el Tribunal no debería aceptar los “intentos de los Demandantes de caracterizar las [fechas anteriores a la Fecha Crítica] [...] como mera información contextual”.³⁹⁵ De cualquier modo, ninguno de los casos en los que se basan los Demandantes respalda el argumento de los Demandantes según el cual los Demandantes tienen derecho a reclamar daños y perjuicios por la supuesta falta de proporción de protección y seguridad plenas por parte de la Demandada en relación con la supuesta falta de respuesta de la Demandada a las protestas y bloqueos posteriores a 2015.

175. Por ejemplo, en *Eli Lilly c. Canadá*, el Tribunal determinó que las alegaciones escritas del demandante mostraban claramente que el demandante había enmarcado sus pretensiones no en contra de la doctrina de utilidad prometida desarrollada por los tribunales canadienses con anterioridad a la fecha crítica, sino en contra de su aplicación a las patentes de Eli Lilly con posterioridad a la fecha crítica.³⁹⁶ Debido a que el demandante solo se basó en eventos que ocurrieron antes de la fecha crítica como “antecedentes fácticos” a su “reclamación oportuna”³⁹⁷, el tribunal lo consideró “adecuado”³⁹⁸. Además, el tribunal sostuvo que el “[d]emandante no sufrió, y no pudo haber sufrido, la pérdida que reclama [...] (es decir, la invalidación de las [patentes]) antes de que esas patentes fueran invalidadas.”³⁹⁹ Las patentes del demandante únicamente se invalidaron después de la fecha crítica, cuando se aplicó la doctrina de utilidad prometida a las patentes de Eli Lilly,⁴⁰⁰ no cuando los tribunales canadienses desarrollaron la doctrina de utilidad prometida en abstracto. En consecuencia, el

³⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶ 109.

³⁹⁵ *Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶ 108, **RL-0103-037**.

³⁹⁶ *Eli Lilly y co. c. el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017, ¶¶ 163-165 (“La impugnación del Demandante está dirigida únicamente a la invalidación de las patentes de Zyprexa y Strattera [que se produjo después de la fecha crítica]. De hecho, esto está claro incluso si uno se enfoca específicamente en los párrafos de la Contestación citados por la Demandada en su descripción de la reclamación. El Demandante no alega que la doctrina de la utilidad prometida en sí misma [que ocurrió antes de la fecha crítica] es una violación del Capítulo Once del TLCAN”), **RL-0040-055-056-ENG**.

³⁹⁷ *Id.* ¶¶ 171-173, **RL-0040-058-059-ENG**.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Id.* ¶ 168, **RL-0040-057-ENG**.

⁴⁰⁰ *Id.* ¶¶ 167-170, **RL-0040-057-ENG**.

tribunal de *Eli Lilly* determinó que no había una violación continua sino una violación única y autónoma cuando se invalidaron las patentes.⁴⁰¹ En este caso, los Demandantes no solo se basan en eventos que ocurrieron antes de la Fecha Crítica como “antecedentes fácticos y contexto”.⁴⁰² Están *iniciando una reclamación* sobre la base de eventos que ocurrieron antes de la Fecha Crítica.⁴⁰³ Además, contrariamente a *Eli Lilly*, las medidas supuestamente adoptadas antes del plazo de prescripción se dirigían específicamente contra Exmingua y supuestamente equivalían a un incumplimiento del CAFTA-DR cuando se adoptaron.⁴⁰⁴

176. En tercer lugar, los Demandantes se basan en *Mobil c. Canadá* para afirmar que “una mera sospecha o expectativa de que pueda producirse ese daño resulta insuficiente para que comience a computar [el plazo de prescripción]”.⁴⁰⁵ En *Mobil*, el demandante impugnó la implementación por parte de Canadá de las Directivas para gastos en Investigación y Desarrollo (*Guidelines for Research and Development Expenditures*) (las “Directivas 2004”), que obligaban a los demandantes a llevar a cabo tareas de investigación y desarrollo.⁴⁰⁶ Si bien la imposición de las Directivas 2004 se produjo el 5 de noviembre de 2004, “no fue sino hasta el 19 de febrero de 2009, cuando la Corte Suprema de Canadá desestimó la solicitud de autorización de Mobil para apelar y por lo tanto puso fin a la impugnación en los tribunales canadienses, que las Directivas 2004 se aplicaron realmente [...] a Mobil o que Mobil podría haber adquirido el conocimiento de que se aplicarían.”⁴⁰⁷ En consecuencia, el tribunal en *Mobil*

⁴⁰¹ *Id.* n. 159 (“En el caso presente, el Demandante no ha presentado una teoría de incumplimiento continuo ni ha promovido la suspensión o extensión del periodo de prescripción. El Tribunal tampoco adopta tal enfoque para llegar a su decisión. Este caso es más simple: la supuesta violación por cada inversión—la invalidación de la patente—ocurrió en un solo punto en el transcurso del periodo de tres años.”), **RL-0040-058-ENG**.

⁴⁰² Memorial de Contestación, ¶ 109.

⁴⁰³ Notificación de Arbitraje, ¶ 74. *Id.* ¶¶ 42, 48.

⁴⁰⁴ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 43, 48 (“43. [E]l 3 de septiembre de 2012, Exmingua presentó una *acción de amparo* contra el Director General de la Policía Nacional, reclamando ‘la falta de intervención, por la autoridad, de proteger a la gente y vehículos alrededor de las facilidades del proyecto minero Progreso VII [...]’. Exmingua señaló que ‘arrestos ilegales, hostigamiento, lesiones, amenazas y coerción contra los trabajadores del proyecto habían ocurrido en el sitio del proyecto, además de varios daños a sus instalaciones, y aunque la policía nacional estaba al tanto de esta situación, no tomaron las medidas necesarias para garantizar y proteger a las personas y los vehículos que deben ingresar al proyecto’ [...] 48. Como parte del proceso para obtener la licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita, Exmingua realizó todos los esfuerzos necesarios para preparar su IIA. Sin embargo, **Exmingua y sus consultores no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su IIA debido a las continuas y sistemáticas protestas y bloqueos en el sitio desde 2012.**”) (énfasis añadido); Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1, **C-0015-SPA/ENG**.

⁴⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 110.

⁴⁰⁶ *Mobil Investments Canadá Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 13 de julio de 2018, ¶ 6, **CL-0090-ENG**.

⁴⁰⁷ *Id.* ¶ 152, **CL-0090-ENG**.

determinó que el demandante no pudo haber adquirido conocimiento de que sufriría la pérdida o daño resultante de la aplicación de las Directivas 2004 antes de la aplicación de las Directivas en 2009.⁴⁰⁸ Es revelador que los Demandantes omiten la frase clave destacada debajo de su cita de *Mobil c. Canadá* en su Memorial de Contestación:⁴⁰⁹

Incluso si es posible interpretar el requisito de los Artículos 1116(2) y 1117(2) según el cual el inversor debe haber adquirido conocimiento de que se ha incurrido pérdida o daño como abarcando un caso en el que el inversor sabe que *incurrirá* pérdida o daño, el límite de tiempo impuesto en esas disposiciones no puede comenzar a correr hasta que el inversor adquiera *conocimiento de que sufriría dicha pérdida o daño*. Sospechar que algo sucederá no es lo mismo que saber que lo hará. El conocimiento implica mucho más que sospecha o preocupación y exige un cierto grado de certeza. Mientras que el Tribunal está de acuerdo con Canadá en que no es necesario que se conozca la cantidad de pérdida o daño, está claro que debe haber al menos un grado razonable de certeza por parte del inversor de que se sufrirá alguna pérdida o daño.

177. Asimismo, en *Nissan c. India*, el tribunal determinó que la supuesta violación de la demandada cristalizó después de la fecha crítica.⁴¹⁰ Como resultado, las reclamaciones de Nissan no habían prescrito porque Nissan solo adquirió el conocimiento relevante de la pérdida o daño que sufrió después de la fecha crítica.⁴¹¹ Por lo tanto, *Mobil c. Canadá* y *Nissan c. India* confirman que la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes ha prescrito. A diferencia de *Mobil* y *Nissan*, de acuerdo a las propias explicaciones de los Demandantes, la supuesta violación de la Demandada cristalizó antes de la Fecha Crítica y los Demandantes sabían que el supuesto daño se había producido. De hecho, entre otras cosas, Exmingua presentó un recurso de amparo por la supuesta falta de proporción de protección y seguridad plenas por parte de la Demandada en los sitios del proyecto de Exmingua tan pronto como en 2012⁴¹². El conocimiento de la pérdida o daño “está originado por la primera apreciación de que se incurrirá (o se ha incurrido) en la pérdida o el daño.”⁴¹³ Como han

⁴⁰⁸ *Id.* ¶¶ 154-155, **CL-0090-ENG**.

⁴⁰⁹ *Id.* ¶ 155 (énfasis añadido), **CL-0090-ENG**. Ver Memorial de Contestación, ¶ 110.

⁴¹⁰ *Nissan*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019, ¶ 328, **CL-0078-ENG**; Memorial de Contestación, ¶ 112 (“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.”).

⁴¹¹ *Nissan*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019, ¶ 328, **CL-0078-ENG**.

⁴¹² Notificación de Arbitraje, ¶ 43. Ver también Objeciones Preliminares, ¶¶ 119-129.

⁴¹³ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 213, **RL-0038-137-ENG**; *Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶ 111, **RL-0103-038-ENG**.

sostenido otros tribunales CAFTA-DR y TLCAN, no se exige el conocimiento del alcance total o específico de la pérdida o el daño.⁴¹⁴

178. El argumento de los Demandantes según el cual el plazo de prescripción de tres años no comenzó a computar hasta 2016 porque el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR exige conocimiento de “la pérdida o el daño que se sufre como resultado de la medida específica que [se] . . . alega, constituye la violación”⁴¹⁵ es simplemente incorrecto. Como se alega en la Notificación de Arbitraje y como confirman los documentos presentados con el Memorial de Contestación, la supuesta falta de respuesta por parte de la Demandada a las protestas y bloqueos desde 2012 fue “continua y sistemática”⁴¹⁶. “[L]os daños por una violación continua de este tipo pueden medirse desde diferentes momentos después del primer incidente de esa omisión. [...] Sin embargo, incluso suponiendo que existe una omisión violatoria continua atribuible a la [Demandada] [...] e incluso suponiendo que [los Demandantes] quieran

⁴¹⁴ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 213, **RL-0038-137-ENG**; *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 194, (“Se justifica recalcar que el conocimiento de la violación en sí mismo no es suficiente para que comience a correr el período de prescripción; el inciso (1) exige conocimiento de la violación y conocimiento de la pérdida o daño. Dicho esto, **a fin de que comience a correr el período de prescripción, no es necesario que la demandante se encuentre en situación de particularizar completamente sus reclamaciones jurídicas** (en tanto posteriormente pueden ser elaboradas con mayor especificidad); **tampoco debe determinarse con precisión la cantidad de la pérdida o daño.** Tal como lo decidiera el tribunal en *Mondev*, cuando se aplica la cláusula de prescripción del TLCAN es suficiente, que la ‘demandante tenga conocimiento de que ha sufrido pérdida o daño aún si todavía no está clara la cuantificación de la pérdida o daño...’”) (énfasis añadido), **RL-0002-061-ENG**; *Clayton*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, ¶ 275 (“**El lenguaje claro del Artículo 1116 (2) no requiere un conocimiento completo o preciso de pérdidas o daños.** Es posible que alguna calificación se pueda leer en el lenguaje sencillo, como el requisito de que la pérdida sea material. Sin embargo, exigir un conocimiento razonablemente específico de la cantidad de pérdida implicaría leer en el Artículo 1116 (2) un requisito que podría prolongar en gran medida el inicio del período de tres años y agregar una nueva dimensión de incertidumbre al a la cuestión del tiempo límite [...]”) (énfasis añadido), **CL-088-ENG**; *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 78 (“[Las opiniones del Tribunal son paralelas a las del Tribunal del TLCAN en *Mondev* [...] El Tribunal [...] [sostuvo] que ‘**un Demandante puede saber que ha sufrido pérdida o daño incluso si la cuantía de la pérdida o daño aún no es clara.**’) (énfasis añadido), **RL-0039-033-ENG**; *Mondev*, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 87 (“Un demandante puede saber que ha sufrido pérdida o daño incluso si la cuantía de la pérdida o daño aún no es clara”), **RL-0018-031-ENG**. *Ver también Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶ 111 (“La cláusula de prescripción **no requiere un conocimiento completo o preciso de la pérdida o daño** [...] se reconoce que existe tal conocimiento cuando se aprecia por primera vez que se incurrirá (o que se ha incurrido) en una pérdida o daño. No se requiere ni se permite que un demandante espere a apreciar el alcance total de la pérdida o daño que resultará o puede resultar.”) (énfasis añadido), **RL-0103-038-ENG**; *Nissan*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019, ¶ 325 (“[E]l evento que activa el inicio del plazo de prescripción es el conocimiento de que el inversor ha sido perjudicado (es decir, cualitativamente ha incurrido una “pérdida o daño”), no el conocimiento del cálculo preciso de ese daño”), **CL-0078-ENG**.

⁴¹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 111.

⁴¹⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 48; J. Ramos y J. Rosales, *Protestas de La Puya queman muñeco del Ministro de Energía*, La Prensa Libre, 26 de marzo de 2016, pág. 1, **C-0010-SPA/ENG**; Carta de Exmingua al MARN, 7 de abril de 2017, pág. 1, **C-0015-SPA/ENG**.

reclamar daños a partir de una fecha posterior a la primera adquisición de conocimiento de la omisión continua de [la Demandada] [...] esto no podría cambiar la fecha en que [los Demandantes] supieron *por primera vez* que habían sufrido daños”.⁴¹⁷ El plazo de prescripción comienza a contar desde la “primera” adquisición de conocimiento relevante, no desde la última adquisición de dicho conocimiento bajo el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR.⁴¹⁸

179. En cuarto lugar, los Demandantes sostienen sorprendentemente que una violación continua renueva el plazo de prescripción y citan *UPS c. Canadá* y *Feldman c. México* como apoyo.⁴¹⁹ Los tribunales CAFTA-DR han rechazado por unanimidad la lectura del tribunal del asunto *UPS* de los términos relativos al plazo de prescripción bajo los Artículos 1116 (2) y 1117 (2) del TLCAN. Como afirmó el tribunal del asunto *Berkowitz*:⁴²⁰

En este sentido, **el Tribunal no está de acuerdo con el análisis en el Laudo de UPS de que “los cursos de conducta continuos constituyen incumplimientos continuos de las obligaciones legales y en consecuencia, renuevan el plazo de prescripción”**. Si bien puede ser que un curso de conducta continuo constituya una violación continua, el Tribunal considera que dicha conducta no puede, sin más, renovar el período de prescripción, ya que esto efectivamente quitaría a la cláusula de prescripción su propósito esencial, a saber, trazar una línea respecto de la acusación de reclamos históricos. Tal enfoque también alentaría los intentos sin fin de analizar un reclamo en subcomponentes todavía más finos de incumplimientos a lo largo del tiempo en un intento de encuadrarlos dentro del período de prescripción. Esto no concuerda con la política elegida por las partes en el tratado. Si bien, desde la perspectiva de un determinado demandante, una cláusula de prescripción puede ser percibida como un punto de corte arbitrario para el inicio de una reclamación, tales cláusulas son un mecanismo legal legítimo para limitar la proliferación de reclamaciones históricas, con todos los desafíos legales y de política derivados, y las incertidumbres que traen.

180. Del mismo modo, el tribunal en *Corona* estuvo de acuerdo con el memorial de los Estados Unidos de Estado Parte no contendiente según el cual un demandante no puede utilizar la última transgresión de una serie de supuestas violaciones para eludir el plazo de

⁴¹⁷ *Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶¶ 112-113 (énfasis en el original), **RL-0103-038-039-ENG**.

⁴¹⁸ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208, **RL-0038-134-135-ENG**; *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (citando *Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067-ENG**. Ver también *Ansung*, Laudo, 9 de marzo de 2017, ¶ 113, **RL-0103-038-ENG**.

⁴¹⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 113-114, 128.

⁴²⁰ *Berkowitz*, Laudo Parcial (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208 (énfasis añadido), **RL-0038-134-135**.

prescripción de tres años y adoptó la lectura del tribunal de *Grand River*, y no la de *UPS*, sobre el plazo de prescripción de tres años.⁴²¹ Otros tribunales⁴²² y académicos⁴²³ han expresado su desacuerdo con la decisión del tribunal de *UPS*. Es importante destacar que los Demandantes ignoran que la “práctica ulteriormente seguida [por las Partes del CAFTA-DR] en la

⁴²¹ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (“En cualquier caso, incluso considerando de forma hipotética que el silencio por parte del gobierno de RD de formular una respuesta al Recurso de Reconsideración constituiría una denegación de justicia - hecho que el Tribunal desestima para este caso - la cuestión permanecería, como acertadamente esgrimieran los Estados Unidos en sus respectivas presentaciones relativas a cuestiones de interpretación del DR-CAFTA, en el siguiente sentido: ‘Cuando una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado’ están controvertidas, el inversionista no puede evadir los plazos de prescripción al fundar su reclamación en la ‘transgresión más reciente de dicha serie’. El hecho de permitir que un inversionista proceda en tal sentido, como el tribunal reconociera en el caso *Grand River*, ‘haría que las disposiciones prescriptivas devinieran inválidas’”) (énfasis en el original y citas internas omitidas), **RL-0002-067-ENG**.

⁴²² *Ver p. ej. Peter A. Allard c. El Gobierno de Barbados*, Caso CPA No. 2012-06, Laudo sobre Jurisdicción, 13 de junio de 2014, ¶ 102 (“Claramente, la decisión UPS c. Canadá en la que se basa el Demandante **aplica incorrectamente la ley pertinente e ignora el propósito del plazo de prescripción**”) (énfasis añadido), **RL-0104-029-ENG**; *Apotex Inc c. Gobierno de los Estados Unidos*, Caso CIADI No. UNCT / 10/2, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, ¶¶ 325-327 (“325. **Apotex no puede evitar esta conclusión afirmando que la medida de la FDA es parte de una ‘violación continua’** por parte de los Estados Unidos, o ‘parte de la misma acción única y continua’, en la medida en que se pretende que sea un mecanismo para utilizar procedimientos judiciales posteriores para superar el plazo de prescripción de la medida anterior de la FDA. 326. Como la Demandada ha argumentado enérgicamente, **nada en el texto o la jurisprudencia del Capítulo Once del TLCAN sugiere que una parte pueda evadir el plazo de prescripción del TLCAN de esta manera**”) (énfasis añadido), **RL-0105-106-107-ENG**; *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 81, **RL-0039-035-ENG**; *Mobil*, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 13 de julio de 2018, ¶ 161 (“[A]parte de *UPS*, el argumento de *Mobil* sobre una violación continua ha atraído relativamente poco apoyo en la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje del TLCAN. Si bien *Mobil* señala acertadamente que ninguno de los laudos sobre este tema se refería a hechos directamente comparables con los del presente caso, **ahora han pasado más de diez años desde el laudo de *UPS* y la ausencia de cualquier respaldo posterior a las opiniones de ese tribunal sobre una violación continua significa que, como mínimo, es un tema que debe ser tratado con precaución.**”) (énfasis añadido), **CL-0090-ENG**.

⁴²³ *Ver p. ej., S. Blanchard, State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration*, 10(3) Washington University Global Studies Law Review 419, págs. 471-472 (“A primera vista, el argumento de UPS de que un acto continuo debe extender el plazo de prescripción con cada nueva aplicación tiene un atractivo intuitivo [...] Esta lógica ignora el propósito del plazo de prescripción, como señaló Canadá. **Una lectura que reinicia el período de prescripción con cada nueva aplicación de una regulación destroza la prescripción.** Además, como se explicó anteriormente, los inversores sofisticados internacionales deberían poder estimar las pérdidas causadas por una nueva regulación o normativa dentro del plazo de tres años. Si una nueva acción estatal realmente causa pérdidas imprevistas, probablemente caiga dentro de la definición de una medida y, por lo tanto, comenzaría un nuevo período de prescripción”) (énfasis añadido), **RL-0106-054-055-ENG**; R. Digon, *Jurisdiction Ratione Temporis under NAFTA Article 1116(2)*, 2008 Yale Law School Legal Scholarship Repository 1, págs. 37-38 (“El laudo final a considerar, *UPS c. Canadá*—una disputa sobre el supuesto tratamiento ilegal de UPS y UPS Canadá en comparación con el trato del Correo Postal Canadiense—no solo se aleja significativamente del marco analítico de las conclusiones de los laudos mencionados anteriormente, **sino que contradice la *lex specialis* y los principios generales del derecho internacional** [...] Primero, respalda la errónea afirmación de que un incumplimiento continuo puede compararse con una violación continua bajo el derecho internacional. Segundo, respalda la errónea afirmación de que la jurisprudencia previa del TLCAN trata los incumplimientos continuos y las violaciones continuas por igual [...]”) (énfasis añadido), **RL-0107-038-039-ENG**.

aplicación”⁴²⁴ del Artículo 10.18.1, y la de las Partes del TLCAN en la aplicación de los Artículos 1116(2) y 1117(2), confirma que los cursos de conducta continuos no renuevan el plazo de prescripción de los Tratados.⁴²⁵

181. Además, *Feldman c. México* no es “congruente con” *UPS c. Canadá* como afirman incorrectamente los Demandantes.⁴²⁶ El tribunal en *Feldman* no sostuvo que un curso de conducta permanente de un demandado renueva el plazo de prescripción. Simplemente determinó que el TLCAN no tiene efecto retroactivo y no puede aplicarse a los actos y omisiones que ocurrieron antes de que el TLCAN entrara en vigor el 1 de enero de 1994.⁴²⁷ Si hubiera un “curso de acción permanente de una Demandada que inicia antes del 1 de enero de 1994 y [continúa] después de esa fecha”, el tribunal tendría jurisdicción sobre la “parte de la supuesta actividad del Demandado posterior al 1 de enero de 1994 . . .”⁴²⁸. Por lo tanto, el

⁴²⁴ CVDT, Art. 31(3)(b), **RL-0027-020-ENG**.

⁴²⁵ Objeciones Preliminares, ¶¶ 135-138. Ver *Corona*, Escrito de los Estados Unidos, 11 de marzo de 2016, ¶ 6 (“**La interpretación proporcionada por el Tribunal en *UPS c. Canadá* respecto a este punto está fuera de lugar.** Ese tribunal consideró que “en el derecho, generalmente era cierto” que los cursos de conducta continuos que constituyen incumplimientos continuos pueden renovar los períodos de prescripción de reclamos bajo el derecho internacional. Independientemente de si el tribunal en *UPS c. Canadá* caracterizó adecuadamente la ley, una regla general no anularía los requisitos específicos del Artículo 10.20.1, que opera como *lex specialis* y regula la operación del plazo de prescripción para reclamos presentados bajo el Capítulo 10 del CAFTA-DR”) (énfasis añadido), **RL-0042-002-ENG**; *Mobil*, Memorial de Contestación de Canadá, 30 de junio de 2016, ¶ 166 (“**El único caso del TLCAN que ha sugerido que una violación continua puede evadir los Artículos 1116 (2) y 1117 (2) fue *UPS c. Canadá*, decidido en 2007. Con el debido respeto a ese tribunal, las tres Partes del TLCAN han acordado que estaba equivocado en este punto.** Ningún otro tribunal del TLCAN ha respaldado el razonamiento del tribunal de UPS, que carecía de apoyo y le faltaba análisis. El tribunal declaró sumariamente que era “en el derecho, generalmente era cierto” que los períodos de prescripción se renuevan mediante cursos de conducta continuos, pero no hizo una evaluación de la *lex specialis* específicamente impuesta por las Partes del TLCAN en el tratado. La interpretación no define la palabra ‘primero’ y va en contra del principio de interpretación de *effet utile*”) (énfasis añadido), **RL-0108-070-071-ENG**; *Berkowitz*, Memorial de los Estados Unidos de América, 17 de abril de 2015, ¶ 7, (“[U]n inversor no puede evadir el período de prescripción basando su reclamación en la transgresión más reciente en una serie de acciones similares y relacionadas]. [...] Por consiguiente, una vez que un demandante adquiere (o debería haber adquirido) conocimiento sobre el incumplimiento o pérdida, **las infracciones subsecuentes por parte del Estado Parte que derivan de un curso de conducta continuo**, y no de una lesión legalmente distinta, **no renuevan el período de prescripción [...]**”) (énfasis añadido), **RL-0043-003-ENG**; *Berkowitz*, Escrito de la Demandada post Audiencia, 26 de mayo de 2015, ¶¶ 32-36 (“[U]n inversor no puede evadir el período de prescripción basando su reclamación en la transgresión más reciente en [una serie de acciones similares y relacionadas].” Por lo tanto, **cualquier efecto continuo no renueva el período de prescripción [...]**”) (énfasis añadido), **RL-0045-012-013-ENG**; *Corona*, Memorial de Respuesta de la Demandada sobre Objeciones Preliminares Expedidas, 19 de febrero de 2016, ¶¶ 84-89 (“La Demandante cita a una sola autoridad para respaldar su afirmación — a saber, el laudo sobre el fondo de 2007 en *UPS c. Canadá*, un caso TLCAN. Sin embargo, por lo menos otros dos tribunales TLCAN — aquellos en *Grand River* y *Feldman* — han concluido que el período de prescripción no está sujeto a ningún tipo de suspensión”, **RL-0046-001-003-ENG**).

⁴²⁶ Memorial de Contestación, ¶ 114.

⁴²⁷ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, 6 de diciembre del 2000, ¶ 62, **CL-0094-ENG**.

⁴²⁸ *Ibid.*

tribunal en *Feldman* solamente analizó si la falta de jurisdicción sobre las acciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN, excluyen la jurisdicción del tribunal sobre la parte de un curso de acción continuo que ocurre después de la entrada en vigor del TLCAN. El tribunal en *Feldman* no se pronunció sobre un curso de acción que comenzó, y continuó, después de la entrada en vigor del TLCAN.

182. Los extractos específicos de *Feldman* en los que se basan los Demandantes⁴²⁹ tampoco respaldan la afirmación de los Demandantes de que los actos continuos pueden superar el plazo de prescripción de tres años del CAFTA-DR.⁴³⁰ En el párrafo 43 de la Decisión Provisional sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, el tribunal del caso *Feldman* analizó el significado de “presentar una reclamación” bajo el Artículo 1117(2) del TLCAN.⁴³¹ El tribunal determinó que un inversor presenta una reclamación bajo el TLCAN al remitir la notificación de arbitraje, no la notificación de intención.⁴³² Esta cuestión no es relevante bajo el CAFTA-DR donde una reclamación se considera expresamente sometida a arbitraje cuando el demandante presenta la notificación de arbitraje.⁴³³ De acuerdo con su conclusión de que la fecha límite del plazo de prescripción de tres años era el 30 de abril de 1996,⁴³⁴ en el párrafo 199 del laudo del caso *Feldman* el tribunal reconoció que la reclamación de los demandantes por la pérdida de ganancias durante el período de 1 de enero de 1994 a mayo de 1996 estaba cubierto por el plazo de prescripción del TLCAN.⁴³⁵ No determinó que cuando el curso de la acción comienza y continua después de la entrada en vigor del TLCAN, el demandante tiene derecho a reclamar el lucro cesante en relación con la parte de un curso continuo de acción que

⁴²⁹ *Feldman*, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, 6 de diciembre del 2000, ¶ 43, CL-0094-ENG; *Feldman*, Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, ¶ 199, CL-0093-ENG.

⁴³⁰ S. Blanchard, *State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration*, 10(3) Washington University Global Studies Law Review 419, pág. 466 (“El tribunal en *Feldman c. México* consideró el significado de los Artículos 1116 y 1117 en su Decisión Provisional sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares y en su Laudo Final. La discusión en la Decisión Provisional se centró en la definición de ‘presentar una reclamación’ con el fin de determinar la fecha límite para el plazo de prescripción. **El análisis del tribunal sobre este tema respalda plenamente la aplicabilidad del plazo de prescripción de tres años y no aborda los actos continuos. Aunque UPS c. Canadá citó a Feldman por la propuesta de que los actos continuos pueden superar el plazo de prescripción de tres años del TLCAN, Feldman de ninguna manera respalda esta afirmación**”) (énfasis añadido), RL-0106-049-ENG.

⁴³¹ *Feldman*, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, 6 de diciembre del 2000, ¶¶ 43-44, CL-0094-ENG.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ CAFTA-DR, Art. 10.16.4, RL-0001-021-ENG.

⁴³⁴ *Feldman*, Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, 6 de diciembre del 2000, ¶ 47, CL-0094-ENG.

⁴³⁵ *Feldman*, Laudo Final, 16 de diciembre de 2002, ¶ 199, CL-0093-ENG.

no ha prescrito, pero que no tiene derecho a reclamar el lucro cesante en relación con la parte del curso continuo de una acción que ha prescrito.

183. En quinto lugar, los Demandantes buscan basarse en jurisprudencia irrelevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para justificar su argumento de que una violación continua neutraliza el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR.⁴³⁶ Los derechos humanos internacionales no tienen nada que ver con la jurisdicción de un tribunal arbitral entre inversores y Estados, que es una cuestión relativa al consentimiento específico de las partes. El Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR es *lex specialis* y su texto debe prevalecer. Además, el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR constituye “un límite temporal dirigido al inversor . . . y representa un límite absoluto a los derechos otorgados al inversor como supuesto demandante” bajo el Capítulo Diez del CAFTA-DR.⁴³⁷ “Este es un verdadero límite temporal de derechos y es absoluto.”⁴³⁸ En cambio, las disposiciones sobre plazos de prescripción en un instrumento internacional de derechos humanos se refieren a la competencia de un tribunal para aplicar normas fundamentales sobre derechos humanos, no intereses comerciales de un inversor, y “han sido interpretadas en sentido más amplio”.⁴³⁹ En resumen, el contexto de los derechos humanos no es pertinente en un caso bajo el Capítulo 10 del CAFTA-DR a efectos de jurisdicción. Según el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, las violaciones continuas no extienden el plazo de prescripción.

VII. CONCLUSIÓN

184. Las reclamaciones de los Demandantes deben ser desestimadas como cuestión de derecho. El Memorial de Contestación está repleto de hechos alternativos, citas incompletas, soportes de doctrina y jurisprudencia irrelevantes, descripciones engañosas y una revisión general y completa de las reclamaciones presentadas en la Notificación de Arbitraje. Incapaces de superar los obstáculos de jurisdicción y de admisibilidad a sus reclamaciones, los Demandantes presentan un Memorial de Contestación que constituye un blanco móvil. Intentan crear problemas desafiando los hechos que ellos mismos alegaron en su propia Notificación de Arbitraje. Los derechos al debido proceso de la Demandada se verían violados

⁴³⁶ Memorial de Contestación, ¶ 115.

⁴³⁷ *Merrill*, Opinión respecto al efecto del Artículo 1116(2) de TLCAN en el reclamo de Merrill y Ring, 22 de abril de 2008, ¶ 45 (interpretando el Artículo 1116(2) de TLCAN)), **RL-0109-029-030-ENG**.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*

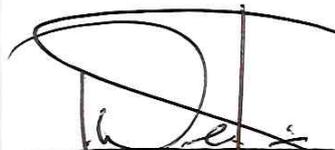
si se permite a los Demandantes modificar su Notificación de Arbitraje para superar el mecanismo de objeciones preliminares del CAFTA-DR. El Tribunal debe desestimar las reclamaciones de la Notificación de Arbitraje porque los Demandantes solicitan daños que no pueden recuperar de conformidad con la disposición del Tratado invocada, no cumplen con los requisitos de la disposición correcta, incluida la presentación de una renuncia por escrito y firmada por Exmingua, e incluyen una reclamación que no notificaron y otra reclamación que ha prescrito. En conclusión, la Notificación de Arbitraje no puede proceder tras las Objeciones Preliminares, y, por lo tanto, todas las reclamaciones alegadas en este documento deben desestimarse en su totalidad.

VIII. PETITORIO

185. La Demandada respetuosamente reitera las peticiones solicitadas al Tribunal en su Escrito de Objeciones Preliminares.

**RESPUESTA DE LA DEMANDADA AL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LOS
DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES**

**Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala**


Jorge Luis Donado Vivar
Ana Luisa Gatica
Lilian Nájera



**Ministerio de Economía
República de Guatemala**

Acisclo Valladares Urruela

Holland & Knight LLP

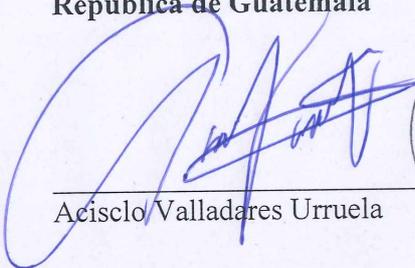
Adolfo E. Jiménez
Brian A. Briz
Katharine Menéndez de la Cuesta
Arantxa Cuadrado

**RESPUESTA DE LA DEMANDADA AL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LOS
DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES**

**Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala**

Jorge Luis Donado Vivar
Ana Luisa Gatica
Lilian Nájera

**Ministerio de Economía
República de Guatemala**



Acisclo Valladares Urruela



Holland & Knight LLP

Adolfo E. Jiménez
Brian A. Briz
Katharine Menéndez de la Cuesta
Arantxa Cuadrado

**RESPUESTA DE LA DEMANDADA AL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LOS
DEMANDANTES SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES**

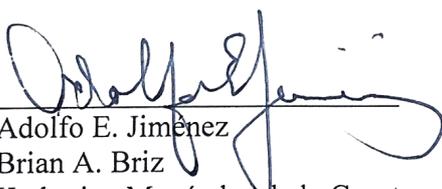
**Procuraduría General de la Nación
República de Guatemala**

Jorge Luis Donado Vivar
Ana Luisa Gatica
Lilian Nájera

**Ministerio de Economía
República de Guatemala**

Acisclo Valladares Urruela

Holland & Knight LLP



Adolfo E. Jiménez
Brian A. Briz
Katharine Menéndez de la Cuesta
Arantxa Cuadrado