

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

SARGEANT PETROLEUM LLC

Demandante

v.

REPÚBLICA DOMINICANA

Demandada

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN Y OBJECIONES JURISDICCIONALES

13 de agosto de 2023

LINKLATERS LLP

601 Thirteenth Street N.W.
Washington D.C. 20005
EE.UU.

LINKLATERS SLP

Almagro, 40
Madrid – E-28010
España

Índice

Contenido	Página
1 INTRODUCCIÓN.....	1
2 ANTECEDENTES FÁCTICOS.....	4
2.1 SARGEANT PETROLEUM LLC: UNA SOCIEDAD CÁSCARA EN ESTADOS UNIDOS PERTENECIENTE A UN GRUPO CON ANTECEDENTES DE CORRUPCIÓN EN LA INDUSTRIA DEL ASFALTO	4
2.2 LA ACTIVIDAD DE SARGEANT EN EL PAÍS, LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL MOPC Y SUS DIVERSAS IRREGULARIDADES	5
2.2.1 El Contrato 2003.....	5
2.2.2 La ejecución del Contrato 2003 y sus diversas adendas.....	6
2.2.3 El Contrato 2013.....	7
2.2.4 La ejecución del Contrato 2013.....	11
2.2.5 El Contrato 2017	14
2.3 EL MOPC ANALIZÓ EL CONTRATO 2013, ENCONTRÓ DIVERSAS VIOLACIONES AL DERECHO DOMINICANO Y RECLAMOS INFUNDADOS DE SARGEANT, Y EJERCIÓ SUS DERECHOS COMO CUALQUIER CONTRAPARTE CONTRACTUAL	14
2.3.1 Informe de la Contraloría General de la República, noticias de prensa sobre irregularidades en la industria del asfalto y análisis del Contrato 2013	15
2.3.2 Violaciones al derecho dominicano en la suscripción y ejecución del Contrato 2013. Promoción de una demanda ante la justicia administrativa	16
2.3.3 Estado actual de la demanda judicial del MOPC contra Sargeant y el Sr. Abu Naba'a	18
3 OBJECIONES JURISDICCIONALES Y DE ADMISIBILIDAD.....	19
3.1 PRIMERA OBJECCIÓN <i>RATIONE PERSONAE</i> : SARGEANT NO ES UNA EMPRESA DE LOS ESTADOS UNIDOS BAJO EL ARTÍCULO 10.28 DEL DR-CAFTA YA QUE NO HA ACREDITADO LLEVAR A CABO ACTIVIDADES DE NEGOCIOS EN ESTADOS UNIDOS.....	19
3.1.1 El DR-CAFTA exige que un inversionista persona jurídica, además de estar constituido u organizado en el país de origen, tenga allí actividades de negocios	19
3.1.2 Sargeant no ha acreditado tener actividades de negocios en Estados Unidos.....	20
3.1.3 La evidencia indica que Sargeant no tiene actividades de negocios en Estados Unidos.....	20
3.2 SEGUNDA OBJECCIÓN <i>RATIONE PERSONAE</i> : DENEGACIÓN DE BENEFICIOS. PARA EL CASO QUE SE CONSIDERARA QUE SARGEANT ES UNA EMPRESA DE LOS ESTADOS UNIDOS BAJO EL ART. 10.28 DEL DR-CAFTA, LA REPÚBLICA DOMINICANA DENIEGA LOS BENEFICIOS DEL DR-CAFTA A SARGEANT SEGÚN LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10.12(2) DEL DR-CAFTA	22
3.2.1 Sargeant no tiene actividades comerciales sustanciales en Estados Unidos	23
3.2.2 Sargeant es controlada por el Sr. Mustafá Abu Naba'a, ciudadano jordano y dominicano	26
3.3 PRIMERA OBJECCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i> : SARGEANT NO TIENE UNA INVERSIÓN PROTEGIDA BAJO EL DR-CAFTA	31
3.3.1 El Contrato 2013 no es una inversión	33

3.3.2	Los restantes elementos invocados por Sargeant no son inversiones cubiertas, no están en su mayoría acreditados, ni son objeto de un reclamo por parte de Sargeant	34
3.4	SEGUNDA OBJECCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>: PARA EL HIPOTÉTICO SUPUESTO QUE SARGEANT TUVIESE UNA INVERSIÓN CUBIERTA, LA MISMA ES ILEGAL	36
3.4.1	Las inversiones realizadas en violación de la ley no son susceptibles de protección bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional	36
3.4.2	La alegada inversión de Sargeant es contraria al derecho dominicano y no merece protección	38
3.5	TERCERA OBJECCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>: LA PRESENTE NO ES UNA CONTROVERSIA RELATIVA A UNA INVERSIÓN BAJO EL ARTÍCULO 10.16(1) DEL DR-CAFTA SINO UNA DISPUTA MERAMENTE CONTRACTUAL POR COBRO DE FACTURAS	40
3.5.1	La presente es una disputa meramente contractual que debe ser resuelta ante los tribunales dominicanos.	41
3.5.2	La cláusula de NMF del Artículo 10.4 del DR-CAFTA no permite importar una cláusula paraguas ni es aplicable.....	46
3.5.3	Aun si el tribunal considerase que la cláusula de NMF vuelve aplicable las cláusulas paraguas de otros tratados, el Contrato 2013 prevé una cláusula de jurisdicción específica a favor de los tribunales dominicanos que debe ser respetada.....	56
3.5.4	El Contrato 2013 no es un acuerdo de inversión bajo el Artículo 10.28 DR-CAFTA	57
3.6	CUARTA OBJECCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>: EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DEL RECLAMO POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 10.3 DEL DR-CAFTA DE TRATO NACIONAL, PORQUE EL ARTÍCULO 10.13(5)(A) EXCLUYE SU APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	60
3.7	QUINTA OBJECCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>: SARGEANT TRANSFIRIÓ PARTE DE SU ALEGADA INVERSIÓN A UN TERCERO, POR LO QUE EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER SOBRE EL RECLAMO POR FALTA DE PAGO DE LOS CRÉDITOS CEDIDOS Y/O DICHO RECLAMO ES INADMISIBLE	61
3.8	OBJECCIÓN <i>RATIONE TEMPORIS</i>: PARTE DEL RECLAMO DE SARGEANT HA SIDO PRESENTADO MÁS ALLÁ DEL PLAZO LÍMITE DE TRES AÑOS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10.18(1) DEL DR-CAFTA	63
3.8.1	El reclamo de Sargeant por mínimos de almacenamiento ha sido presentado fuera de plazo	64
3.8.2	El reclamo de Sargeant por las seis facturas anteriores al 23 de marzo de 2019 ha sido presentado fuera de plazo	64
4	CONTESTACIÓN SOBRE EL FONDO: LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA COMETIDO NINGUNA VIOLACIÓN AL DR-CAFTA.....	65
4.1	LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA EXPROPIADO LA SUPUESTA INVERSIÓN DE SARGEANT	65
4.1.1	Estándar legal sobre expropiación	66
4.1.2	El Estado dominicano no ha expropiado la supuesta, y negada, inversión de Sargeant	71
4.2	LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL DEL ARTÍCULO 10.3 DEL DR-CAFTA RESPECTO DE SARGEANT	76
4.3	LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO BAJO EL ARTÍCULO 10.5 DEL DR-CAFTA	81

4.3.1	El Artículo 10.5 del DR-CAFTA prescribe el estándar de tratamiento mínimo de extranjeros del derecho internacional consuetudinario	82
4.3.2	La República Dominicana no ha violado el estándar de tratamiento mínimo ..	85
4.4	LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO LA CLÁUSULA DE TRATO DE NMF DEL ARTÍCULO 10.4 DEL DR-CAFTA	89
4.4.1	El Contrato 2013 está viciado de nulidad absoluta	89
4.4.2	El MOPC no adeuda nada a Sargeant por concepto de facturas de almacenamiento	89
4.4.3	Aun si el Tribunal entendiérase que la República Dominicana ha incumplido sus obligaciones contractuales, dichos incumplimientos no constituyen una violación de la cláusula paraguas.....	93
5	RESERVA DE DERECHOS	94
6	PETITORIO	94

1. De conformidad con lo previsto en el Anexo A de la Orden Procesal No. 1 del 22 de diciembre de 2022 y su respectiva Revisión No. 1 del 15 de mayo de 2023, la República Dominicana (la “**Demandada**” o el “**Estado**”) presenta su Memorial de Contestación y de Objeciones Jurisdiccionales, junto con los anexos documentales y autoridades legales numerados del R-0001 al R-0046 y del RL-0001 al RL-0105, respectivamente.
2. El 18 de agosto de 2023, dentro del plazo previsto en el Anexo A de la Orden Procesal No. 1 del 22 de diciembre de 2022 y su respectiva Revisión No. 1 del 15 de mayo de 2023, el Estado presentará la siguiente declaración testimonial e informes periciales:
 - i. Declaración testimonial del Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, Ing. Deligne Ascención y sus respectivos anexos.
 - ii. Informe pericial del Dr. Guillermo Sabbioni de The Brattle Group, y sus respectivos anexos.
 - iii. Informe pericial del Dr. Rafael R. Dickson Morales, y sus respectivos anexos.

1 INTRODUCCIÓN

3. La controversia que tiene que resolver el Tribunal en este caso es muy simple. Se trata de determinar si una empresa sin actividades de negocios en Estados Unidos, vinculada con empresas que han admitido haber cometido actos de corrupción en el sector asfáltico en varios países de América Latina, puede invocar un contrato plagado de serias irregularidades, que le han permitido facturar más de USD 360 millones sin haber pagado un solo peso dominicano de impuestos, para someter un reclamo meramente contractual de cobro de facturas ante este Tribunal bajo el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (el “**DR-CAFTA**” o el “**Tratado**”).
4. El reclamo de Sargeant Petroleum LLC (el “**Demandante**” o “**Sargeant**”) se basa en una interpretación oportunista, abusiva, y errónea del contrato objeto de este arbitraje que no se encuentra respaldada ni por el texto mismo del contrato ni por la forma en que se ejecutó, y que, además, es desmentida por documentos emitidos por Sargeant, por secciones de su Memorial de Demanda, y por la declaración de su testigo. El reclamo de Sargeant se enfrenta a una serie de obstáculos insuperables de índole jurisdiccional, de admisibilidad y de fondo, que lo condenan irremediabilmente al fracaso.
5. En primer lugar, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* porque Sargeant no es una empresa de los Estados Unidos bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA ya que no ha acreditado llevar a cabo actividades de negocios en dicho país. Sargeant ni siquiera aborda este requisito en su Memorial de Demanda, y, de hecho, la evidencia indica que Sargeant no tiene actividad fuera de su operación en República Dominicana. Sin ir más lejos, Sargeant ha estado en situación de “*tax forfeiture*” en los Estados Unidos durante más de tres años, hasta el 17 de noviembre de 2020 cuando, apenas unos pocos meses antes de iniciar este arbitraje, su registro fiscal fue reinstituído.
6. Además, para el supuesto y negado caso que el Tribunal entendiese que Sargeant sí es una empresa de los Estados Unidos, la República Dominicana deniega los beneficios del DR-CAFTA según lo dispuesto en el Artículo 10.12(2), por cuanto Sargeant no tiene actividades comerciales sustanciales en Estados Unidos, y es controlada por el Sr. Mustafá Abu Naba’a, ciudadano jordano y dominicano.

7. En segundo lugar, el Tribunal también carece de jurisdicción *ratione materiae* por varias razones. *Primero*, Sargeant no ha acreditado tener una inversión protegida en los términos del DR-CAFTA. En efecto, la demanda de Sargeant refiere a una mera pretensión de cobro de facturas por venta de bienes y servicios. El contrato de almacenamiento, manejo y suministro de material asfáltico invocado por Sargeant no es una inversión cubierta bajo el DR-CAFTA, por cuanto: (i) el propio DR-CAFTA prevé, a texto expreso, la exclusión de la definición de inversión, las pretensiones de pago por venta de bienes o servicios; y (ii) dicho contrato no cumple con las características de una inversión bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.
8. *Segundo*, en el supuesto y negado caso que el Tribunal entendiese que Sargeant tiene una inversión protegida, la misma es ilegal. En efecto, como lo demuestra el informe pericial del Dr. Rafael Dickson, el contrato en cuestión se celebró en violación de importantes normas de derecho dominicano, incluyendo la ausencia de un proceso competitivo, una exención tributaria en violación a la Constitución de la República Dominicana, y sin un poder especial del Presidente de la República, como exige el derecho dominicano y el propio contrato prevé como condición de su validez. Todos estos incumplimientos vician al contrato de nulidad absoluta. Durante años, Sargeant ha percibido ciento de millones de dólares bajo un contrato que no merece protección bajo derecho dominicano, sin haber pagado un solo peso dominicano de impuestos.
9. *Tercero*, la demanda de Sargeant no es una disputa relativa a una inversión, sino un mero reclamo contractual por cobro de facturas que debe ser resuelta ante los tribunales dominicanos. Se trata de un simple litigio de cobro de facturas y no de una controversia relativa a una inversión bajo el Artículo 10.16(1) del DR-CAFTA.
10. Consciente de esta debilidad, Sargeant invoca la cláusula de Nación Más Favorecida del Artículo 10.4 del DR-CAFTA para intentar importar en vano cláusulas paraguas de otros tratados. Sin embargo, el Artículo 10.4 DR-CAFTA no es aplicable al presente caso, entre otras razones, porque los tratados de inversión que invoca Sargeant son anteriores al DR-CAFTA y aplica la reserva formulada por la República Dominicana, bajo el Artículo 10.13 DR-CAFTA, del derecho de otorgar un trato diferencial a los inversores de cualquier país que tenga un tratado preexistente con la República Dominicana.
11. Reconociendo la naturaleza contractual de su reclamo, y en el intento de forzar jurisdicción donde no la hay, Sargeant invoca que el contrato objeto de este arbitraje sería un acuerdo de inversión según se define en el artículo 10.28 del DR-CAFTA. De ninguna manera lo es.
12. *Cuarto*, el Tribunal carece de jurisdicción respecto del reclamo de Sargeant por violación al Artículo 10.3 de Trato Nacional porque el Artículo 10.13(5)(a) excluye expresamente su aplicación a la contratación pública, como evidentemente es el caso aquí.
13. *Quinto*, Sargeant transfirió a Intercaribe Mercantil SAS (“**Intercaribe**”) parte de los alegados créditos que reclama en este arbitraje, por lo que Sargeant no es titular de esos créditos y el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver sobre el reclamo por falta de pago de los créditos cedidos y/o dicho reclamo es inadmisibile.
14. En este sentido, cabe añadir que el titular de Intercaribe era el Sr. Donald Guerrero, quien también fungió como Ministro de Hacienda, aprobando pagos millonarios a Sargeant, a la propia Intercaribe y al Sr. Abu Naba’a, y quien ahora se encuentra en prisión por hechos relacionados con cesiones de crédito y pagos aprobados en el ejercicio de sus funciones públicas.

15. En tercer lugar, el Tribunal también carece de jurisdicción *ratione temporis* respecto de una parte sustancial del reclamo de Sargeant que ha sido presentado fuera del plazo de tres años previsto en el Artículo 10.13 del DR-CAFTA. Concretamente, los reclamos de Sargeant por mínimos de almacenamiento y por las seis facturas anteriores al 23 de marzo de 2019 han sido presentados fuera de plazo.
16. En cuarto lugar, la República Dominicana no ha cometido ninguna violación bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional.
17. *Primero*, no existe expropiación de la supuesta, y negada, inversión de Sargeant. De hecho, Sargeant ni siquiera ha identificado qué derecho de propiedad la habría sido supuestamente expropiado conforme al Anexo 10-C (2) del DR-CAFTA. Además, los supuestos créditos contractuales que reclama no son susceptibles de expropiación ya que bajo el Artículo 10.28 nota 12 no son una inversión, por lo que no hay expropiación posible. En cualquier caso, el supuesto impago de una deuda no constituye expropiación, la supuesta exclusión del mercado del asfalto no existió y Sargeant no realiza ningún reclamo por esta supuesta medida.
18. *Segundo*, la República Dominicana no ha otorgado un tratamiento menos favorable a Sargeant que a inversores nacionales. La supuesta falta de pago no responde a ninguna discriminación, sino a una legítima disputa del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (“**MOPC**”) sobre la validez del contrato invocado por Sargeant y la existencia y procedencia de los montos reclamados. En el mismo sentido, Sargeant ni siquiera explica cuáles serían los actos o medidas adoptadas por la República Dominicana que habrían llevado a la exclusión de Sargeant del mercado dominicano de AC-30 en favor de la competencia local.
19. *Tercero*, la República Dominicana no ha violado el derecho internacional consuetudinario bajo el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, ya que no ha actuado de manera arbitraria hacia Sargeant, ni lo ha discriminado.
20. *Cuarto*, la República Dominicana no ha violado la cláusula de Trato de Nación Más Favorecida del Artículo 10.4 del DR-CAFTA, dado que el contrato invocado por Sargeant está viciado de nulidad absoluta; el MOPC no adeuda nada a Sargeant por concepto de facturas de almacenamiento ya que los volúmenes mínimos reclamados ya han sido consumidos y pagados mediante suministro de asfalto; y, aún si el contrato fuese válido, y aún en el supuesto de que el Tribunal entendiese que el MOPC tiene una deuda con Sargeant y que incumplió sus obligaciones contractuales, ello no es una violación al DR-CAFTA, incluso en la presencia de una cláusula paraguas.
21. El Tribunal debe desestimar la demanda de Sargeant en su integridad, condenándolo a sufragar las costas incurridas por el Estado en la defensa de un reclamo manifiestamente improcedente.
22. En las siguientes secciones, el Estado realizará, en primer lugar, un resumen de los principales antecedentes fácticos para que el Tribunal pueda apreciar el contexto que rodea a la demanda de Sargeant (**Sección 2**). Seguidamente, el Estado expondrá sus objeciones jurisdiccionales y de admisibilidad, las cuales deberían conducir al rechazo íntegro de las demandas de Sargeant (**Sección 3**). A continuación, el Estado presentará su contestación sobre el fondo, la cual también debe conducir al rechazo íntegro de las demandas de Sargeant (**Sección 4**). Luego de realizar una reserva de derechos (**Sección 5**), el Estado formulará sus peticiones al Tribunal (**Sección 6**).

2 ANTECEDENTES FÁCTICOS

2.1 SARGEANT PETROLEUM LLC: UNA SOCIEDAD CÁSCARA EN ESTADOS UNIDOS PERTENECIENTE A UN GRUPO CON ANTECEDENTES DE CORRUPCIÓN EN LA INDUSTRIA DEL ASFALTO

23. Sargeant Petroleum LLC (“**Sargeant**” o la “**Demandante**”) es una compañía nominalmente incorporada en el Estado de Texas, Estados Unidos, constituida expresamente con el propósito de participar en la licitación para el Contrato 2003 en la República Dominicana, según se define más abajo, y para contar con la protección del gobierno estadounidense, como surge de la declaración testimonial del Sr. Mustafa Abu Naba’a.¹
24. Sin embargo, como se demostrará en este escrito, la evidencia disponible indica que Sargeant no tiene ninguna actividad de negocios real en los Estados Unidos.² Por ejemplo, durante varios años, Sargeant ha estado en situación de baja fiscal (“*tax forfeiture*”) en su Estado de incorporación y su actividad de gobierno corporativo se desarrolla enteramente en la República Dominicana.³ En virtud de ello, Sargeant no puede ser considerada una empresa de los Estados Unidos bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA (**Sección 3.1**) y, adicionalmente, ello habilita a la República Dominicana a denegar los beneficios del DR-CAFTA (**Sección 3.2**).
25. Según explica el Sr. Abu Naba’a, gran parte de la relación contractual de Sargeant y el MOPC a lo largo de los años ha sido llevada a cabo a través de dos sociedades del mismo nombre, Sargeant Marine Ltd., sociedad incorporada en Bahamas (“**Sargeant Marine Bahamas**”), y a través de Sargeant Marine Ltd., sociedad incorporada en el Estado de Florida, Estados Unidos (“**Sargeant Marine Florida**”). En efecto, según señala el Sr. Abu Naba, el Sr. Harry Sargeant III y el Sr. Abu Naba’a operaron en la República Dominicana inicialmente a través de Sargeant Marine Florida.⁴ Según el Sr. Abu Naba’a, Sargeant Marine Florida habría aportado “contribuciones de conocimiento” a la industria asfáltica dominicana.⁵
26. El 21 de septiembre de 2020, la sociedad Sargeant Marine Inc., también incorporada y domiciliada en el Estado de Florida, suscribió un acuerdo de culpabilidad (el “**Plea Agreement**”) con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, División de Fraude y la Fiscalía de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York.
27. Mediante el Plea Agreement, Sargeant Marine Inc. se declaró culpable por la comisión de actos de corrupción en violación de la Foreign Corrupt Practices Act, incluyendo el pago de sobornos a funcionarios públicos para la obtención de contratos de asfalto con compañías estatales en diversas jurisdicciones de América Latina.⁶ En virtud de esta confesión, Sargeant Marine Inc. acordó pagar la suma de USD 16.6 millones por concepto de multa criminal. El anuncio de prensa del Departamento de Justicia señala al respecto:

¹ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 14.

² Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶¶ 8-10, 19, 21, 23, 24, 26, 29.

³ **R-0001**, Declaración de Tax Forfeiture de Sargeant Petroleum LLC; **R-0002**, Información Societaria de Sargeant de Open Corporates; **R-0003**, Actas de Asamblea Extraordinaria y de Juntas de Directorio de Sargeant 2013-2021.

⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶¶ 8-10.

⁵ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 22.

⁶ **R-0004**, Plea Agreement del 21 de septiembre de 2020; **R-0005**, Press reléase del Departamento de Justicia del 22 de septiembre de 2020.

According to its admissions, between 2010 and 2018, the company paid millions of dollars in bribes to foreign officials in Brazil, Venezuela, and Ecuador to obtain contracts to purchase or sell asphalt to the countries' state-owned and state-controlled oil companies, in violation of the FCPA. "With today's guilty plea, Sargeant Marine has admitted to engaging in a long-running pattern of paying bribes to corrupt officials in three South American countries to obtain lucrative business," said Acting Assistant Attorney General Brian C. Rabbitt of the Justice Department's Criminal Division.⁷ (énfasis añadido)

28. Como vemos, una compañía vinculada a la Demandante confesó graves actos de corrupción en la obtención de contratos públicos en la industria del asfalto, misma industria en la que Sargeant suscribió contratos con el Estado dominicano a través del MOPC.
29. En el Plea Agreement, también se declaró culpable individualmente el Sr. Daniel Sargeant, nombre que figura como primer secretario de la Demandante en sus estatutos al momento de su constitución.⁸
30. La conducta de Sargeant en la República Dominicana, contrario a lo que afirma la Demandante en su Memorial, ha estado de lejos de representar un "historial de servicio ejemplar", como se explica a continuación.

2.2 LA ACTIVIDAD DE SARGEANT EN EL PAÍS, LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL MOPC Y SUS DIVERSAS IRREGULARIDADES

2.2.1 El Contrato 2003

31. Como explica la Demandante en su Memorial de Demanda, Sargeant suscribió inicialmente con el MOPC, en ese entonces denominado Secretaría del Estado de Obras Públicas y Comunicaciones ("**SEOPC**"), un Contrato para el Transporte, Almacenaje y Manejo de Materiales Asfálticos (el "**Contrato 2003**").⁹
32. El Contrato 2003 fue el resultado de un concurso por invitación del MOPC, cuyas bases previeron como objeto la prestación de servicios de transporte, almacenaje y manejo de materiales asfálticos desde PDVSA y México.¹⁰ Es decir, el suministro o venta de asfalto no fue objeto de esa licitación. El "Consortio Sargeant" presentó una oferta y resultó adjudicatario, firmando Sargeant y el MOPC el Contrato 2003 el 26 de febrero de 2003. El Contrato 2003 fue firmado en representación de Sargeant por el Sr. Mustafa Abu Naba'a.
33. El objeto del Contrato 2003, previsto en su artículo 3, fue la prestación de servicios de transporte, almacenaje y manejo de asfalto, que vendría desde Venezuela y México a la República Dominicana. Como surge de su artículo 9.3, el asfalto a ser transportado y almacenado sería adquirido por parte del MOPC de un suministrador distinto de Sargeant.¹¹

⁷ **R-0005**, Press reléase del Departamento de Justicia del 22 de septiembre de 2020.

⁸ **R-0006**, Articles of Organization de Sargeant, Artículo 3.5.

⁹ **MAN-0006-ENG/SPA**, Contrato 2003.

¹⁰ **R-0045**, Bases del Concurso por Invitación para la Contratación del Transporte, Almacenaje y Manejo de materiales asfáltico.

¹¹ **MAN-0006-ENG/SPA**, Contrato 2003, artículo 9.3.

34. Por su parte, en el Contrato 2003, se previó que Sargeant transportaría 28,350,000 de galones de Cemento Asfáltico por año. Con respecto al almacenamiento, se previó un pago mínimo mensual a ser deducido del contrato por 1.260.000 galones.¹²
35. Si bien el precio ofertado por el “Consortio Sargeant” y adjudicado por el MOPC fue de USD 0.14 por galón por transporte y USD 0.14 por almacenamiento, en el Contrato 2003 se acordó un precio mayor: USD 0.3618 por transporte (más del doble) y USD 0.18 por almacenamiento.¹³

2.2.2 La ejecución del Contrato 2003 y sus diversas adendas

36. A lo largo de la ejecución del Contrato 2003, se suscribieron 13 adendas, también llamadas “contratos adicionales”, que modificaron algunos aspectos del Contrato 2003, y en varias oportunidades incrementaron las obligaciones del MOPC.
37. Un aspecto importante es que, pese a que el objeto del Contrato 2003 era el transporte, almacenamiento y manejo de AC-30, Sargeant comenzó a suministrar AC-30 directamente al MOPC. El suministro es una prestación sustancialmente más onerosa que el transporte, almacenamiento y manejo.
38. En efecto, la Adenda III del 22 de enero de 2008 previó la posibilidad de compras directas e intercambio de productos asfálticos.¹⁴ En consecuencia, la Adenda IV, del 1 de noviembre de 2009, previó una compra de AC-30 del MOPC a Sargeant por un total de USD 45,000,000. Dicha Adenda no previó cantidad de galones ni precio –se estableció que la compra sería al “*precio vigente en mercado*”–, sino solo un monto global en dólares.¹⁵
39. Este cambio fundamental de las condiciones de contratación bajo el Contrato 2003 fue efectuado sin un llamado a licitación y, como se describió en la sección anterior, el suministro de asfalto tampoco había sido objeto de la licitación para el Contrato 2003.
40. A partir de dicha Adenda IV, Sargeant comenzó a suministrar directamente millones de galones de asfalto al MOPC.
41. El plazo original del Contrato 2003 era de ocho años a partir de su firma, de acuerdo con el artículo 15.¹⁶ Es decir, expiraba el 26 de febrero de 2011. Vencido ese plazo, sin embargo, Sargeant siguió operando con un contrato vencido, y se suscribieron siete de sus trece Adendas. En efecto, la Dirección General de Contrataciones Públicas, por Resolución 23-2013 del 29 de mayo de 2013, declaró que se había cumplido el término de vigencia del contrato y que las Adendas suscritas con posterioridad al vencimiento del mismo violaban la ley.¹⁷
42. El 14 de agosto de 2012, más de un año y cinco meses luego de su fecha de vencimiento, Sargeant y el MOPC suscribieron la Adenda XXIII. En el artículo 3 de esa Adenda, se previó

¹² **MAN-0006-ENG/SPA**, Contrato 2003, artículo 11.2.

¹³ **MAN-0006-ENG/SPA**, Contrato 2003, artículo 11.1.; **R-0046**, Análisis de la oferta de Sargeant por la SEOPC.

¹⁴ **MAN-0007-SPA**, Adenda N° III de 22 de enero del 2008.

¹⁵ **MAN-0007-SPA**, Adenda N° IV, de 1 de noviembre del 2009, artículo 1.

¹⁶ **MAN-0006-ENG/SPA**, Contrato 2003, artículo 15.

¹⁷ **R-0007**, Resolución N° 23-2013 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.

que el producto originalmente contratado bajo el Contrato 2003 era de un total de 229,200,000 galones.

43. El documento prevé que, de acuerdo con Sargeant, se habían consumido un total de 149,6 millones de galones, quedando por despacharse la cantidad de 79,6 millones de galones “*para cumplir con la totalidad del suministro convenido en el Contrato Original de 229.200.000*”. (énfasis añadido)
44. Nótese la confusión entre el objeto original del Contrato 2003 y su licitación (transporte, almacenamiento, manejo), y la descripción que la Adenda XIII realiza de lo contratado bajo el Contrato 2003 (suministro), un servicio sustancialmente más oneroso que los primeros.
45. Esta confusión es sumamente relevante ya que Sargeant la ha aprovechado para reclamar sumas totalmente indebidas al MOPC, y que se encuentran incluidas en su reclamo en este arbitraje, como se explicará seguidamente.

2.2.3 El Contrato 2013

46. El 10 de mayo de 2013, Sargeant y el MOPC firmaron el Contrato No.13-2013 (el “**Contrato 2013**”).
47. Como veremos más adelante, el Contrato 2013 se celebró en violación de importantes normas de derecho dominicano, incluyendo la ausencia de un proceso competitivo, una exención tributaria en violación a la Constitución de la República Dominicana, y sin un poder especial del Presidente de la República, como el propio Contrato 2013 prevé como condición de su validez. Todos estos incumplimientos vician al Contrato 2013 de nulidad absoluta.¹⁸
48. Además, el volumen de galones de AC-30 contratado bajo el Contrato 2013 se extinguió hace ya varios años, dando lugar al fin del término de dicho contrato. Sin embargo, aun luego de esa fecha, Sargeant continuó vendiendo AC-30 al MOPC.
49. Por lo tanto, como se explica en detalle a continuación, Sargeant ha operado en la República Dominicana mediante un contrato nulo, vencido y sin pagar impuestos, cobrando millonarias sumas del erario público.
50. Adicionalmente, uno de los principales argumentos de Sargeant es que, bajo el Contrato 2013, el almacenamiento y el manejo de asfalto eran “independientes” de la opción de suministro. Según Sargeant, los volúmenes suministrados no se computaban para el mínimo mensual contratado de almacenamiento, y Sargeant tenía el derecho a cobrar el mínimo mensual de almacenamiento y, separada y adicionalmente, cobrar el precio por suministro.¹⁹
51. Como también veremos, esto es rotundamente falso, y no lo respalda ni el texto del Contrato 2013 ni la forma en la que se ejecutó. A partir de esta interpretación oportunista que el Sr. Abu Naba'a intentó (sin éxito) imponer en el MOPC, Sargeant pretende cobrar en este arbitraje USD 29,6 millones por facturas de almacenamiento que no se adeudan. Esto

¹⁸ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶¶ 39, 48-49.

¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 46.

demuestra un total abuso de Sargeant, que ya ha cobrado del MOPC millonarias sumas de dinero en violación del derecho dominicano.

52. En virtud de todo ello, el MOPC tiene una legítima disputa contractual frente a Sargeant con respecto a la validez, existencia y monto de los créditos que reclama Sargeant en este arbitraje. Ello excluye cualquier incumplimiento del Estado dominicano al DR-CAFTA y el derecho internacional.

(i) Principales condiciones del Contrato 2013

53. El Contrato 2013 dispuso, en sus antecedentes, que el Contrato 2003 continuaba en ejecución pese a que, como se explicó, su plazo había expirado.
54. El artículo 2 dispone el Objeto del Contrato 2013. El artículo 2(a) prevé que Sargeant se comprometía a prestar servicios de almacenaje y manejo de asfalto a un precio de USD 0.75 el galón. El artículo 2(a1) prevé que el acuerdo se fundamenta en un “*consumo mensual*” de 1,260,000 galones, lo que equivale a 15,120,000 galones anuales. Dicho artículo prevé que, si “*el material despachado*” está por debajo de esos galones anuales, el MOPC pagaría la diferencia entre “*lo despachado*” y ese monto anual, al precio previsto para el almacenaje.
55. Por su parte, el artículo 2(B) prevé una opción de suministro directo, mediante la cual el MOPC podía adquirir de Sargeant, directamente, asfalto a un precio máximo de USD 3,75 el galón. Esa opción de suministro, al igual que el suministro bajo el Contrato 2003, no fue objeto de un proceso de compras competitivo, en violación de la ley dominicana.²⁰
56. Dentro del artículo 2(B) que regula la opción de suministro, el artículo 2(B2) refiere a la Adenda XIII al Contrato 2003, del 14 de agosto de 2012, mencionada en la sección 2.2.2 anterior. Este artículo 2(B2) prevé que bajo la Adenda XIII se estableció que el Contrato 2003 preveía “*un suministro*” de 229 millones de galones “*a ser adquiridos por el MOPC*”.
57. El artículo 2(B2) a continuación prevé que quedan pendientes por adquirir del MOPC la cantidad de 74,536,312.52: “*Sujeto a verificación de parte del MOPC en un plazo de 20 días contados a partir de la firma del presente contrato, resta por adquirir al PROVEEDOR la cantidad de 74,536,312.52 galones USA del producto.*”²¹ Al mismo tiempo, el artículo 6 prevé que se contratan 74,536,312.52 galones para almacenar.²² Véase nuevamente la confusión entre los servicios originalmente contratados (almacenamiento, manejo, transporte) y el suministro.
58. Por su parte, el artículo 11 del Contrato 2013 prevé la duración del Contrato en los siguientes términos:

Las partes acuerdan que el presente contrato permanecerá vigente hasta el consumo de los 74,536,312.52 millones de galones de Cemento Asfáltico AC-30 contratados y descritos en el artículo b2 de este contrato.²³

²⁰ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶¶ 41-53.

²¹ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 2(B2).

²² LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 6.

²³ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 11.

59. Finalmente, el artículo 18.2 del Contrato 2013 prevé una cláusula de elección de foro a favor de la jurisdicción administrativa dominicana para las disputas que surjan del mismo.²⁴
60. La misma cláusula, además, prevé que “*La validez del presente contrato estará supeditada a la emisión del poder especial que debe otorgar el Presidente de la República*”. Dicho poder especial nunca fue otorgado.

(ii) El acuerdo de suministro entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS

61. El 15 de julio de 2013, solo dos meses después de la firma del Contrato 2013, Sargeant suscribió con la sociedad Intercaribe Mercantil SAS (“**Intercaribe**”), un Acuerdo de Compra de Cemento Asfáltico por exactamente la misma cantidad de galones contratados con el MOPC y por el mismo mínimo mensual de 1,26 millones de galones.²⁵
62. Dicho acuerdo expresamente prevé como antecedente el Contrato 2013, y lo describe como un contrato para el suministro, almacenamiento y manejo de 74,536,312.52 galones de cemento asfáltico, a ser suplidos por Sargeant al MOPC:

*POR CUANTO: En fecha 10 de mayo de 2013, SARGEANT PETROLEUM LLC, y el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones suscribieron un contrato mediante el cual convinieron el suministro, almacenamiento y manejo de productos asfálticos, por una cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico, a ser suplidos por la empresa a ese Ministerio durante el plazo de vigencia de este contrato.*²⁶ (énfasis añadido)

63. El artículo Primero prevé que Sargeant le compra a Intercaribe los 74,536,312.52 de galones y que ese servicio incluye el suministro, transporte, almacenamiento y manejo de material asfáltico. El artículo Cuarto prevé que los galones son adquiridos *para ser suministrados* al MOPC. El artículo Segundo prevé un suministro mínimo mensual de 1,260,000 galones, es decir el mínimo de almacenamiento y manejo previsto en el Contrato 2013. Veamos:

PRIMERO: La empresa INTERCARIBE MERCANTIL, SAS, acuerda vender a la empresa SARGEANT PETROLEUM LLC, la cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico AC-30. Esta operación incluye el suministro, transporte, almacenamiento, y manejo del producto.

SEGUNDO: El suministro de que se trata, será entregado en forma parcial por LA VENDEDORA a LA COMPRADORA de común acuerdo entre las partes, en el Muelle de Haina, en la República Dominicana. Acordando las partes que cada entrega será por la cantidad mínima de un millón doscientos sesenta mil (1,260,000) galones mensuales de AC-30. Garantizando un suministro de siete millones quinientos sesenta mil (7,560,000) galones de AC-30 cada seis meses, el cual será renovable a vencimiento, hasta agotar el suministro total contratado

²⁴ **LC-0003-ENG/SPA**, Contrato 2013, artículo 18.2: “**LEGISLACIÓN APLICABLE, RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO.**- Para todo lo no previsto en este Contrato se aplicarán preferentemente las normas del derecho administrativo y supletoriamente el derecho común. Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este Contrato o relativo al mismo, su incumplimiento, su interpretación, su resolución o nulidad será sometido a la Jurisdicción Administrativa. La validez del presente contrato estará supeditada a la emisión del poder especial que debe otorgar el Presidente de la República.”

²⁵ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

²⁶ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

(...)

*CUARTO: Este producto es adquirido a fin de ser suministrado al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.*²⁷ (énfasis añadido)

64. Es decir, Sargeant describe al Contrato 2013 como un contrato bajo el cual iba a suministrar, transportar, almacenar y manejar 74,5 millones de galones. Por lo tanto, Sargeant *ya sabía que iba a suministrar* los galones que supuestamente eran opcionales bajo el Contrato 2013. Además, acordó un suministro mínimo de la misma cantidad que el almacenamiento y manejo mínimo del Contrato 2013.
65. Por lo tanto, este acuerdo por sí solo demuestra que el suministro no era independiente del almacenaje y manejo como pretende Sargeant ahora invocar.
66. El artículo CUARTO de dicho acuerdo prevé que Sargeant podría pagar a Intercaribe el asfalto mediante cesiones de los créditos que tuviera contra el MOPC.²⁸ Efectivamente, a lo largo del Contrato 2013, se suscribieron diversas cesiones de crédito, mediante las cuales el MOPC abonaba a Intercaribe un porcentaje de las facturas por ejecución del Contrato 2013.²⁹
67. Finalmente, el Acuerdo de Compra de Asfalto fue firmado, en representación de Intercaribe, por el Licenciado Donald Guerrero Ortiz. El Lic. Guerrero fue titular de Intercaribe entre el año 2013 y el 2019.³⁰
68. En 2016, el Lic. Guerrero fue designado Ministro de Hacienda de la República Dominicana, cargo que ejerció hasta el 16 de agosto de 2020, cuando asumieron las nuevas autoridades de Gobierno. En su cargo, el Lic. Guerrero aprobaba gran parte de los pagos que se realizaban desde el Banco de Reservas a distintas empresas que tenían contratos con el MOPC. A vía de ejemplo, el 31 de julio de 2020, dos semanas antes del cambio de mando en el Gobierno, el Lic. Guerrero aprobó pagos por obligaciones del MOPC que fueron realizados por el Banco de Reservas el 14 de agosto de 2020, último día hábil antes del cambio de mando.³¹ Entre esos pagos figuran: a Sargeant, RD\$ 943,360,000 (aproximadamente USD 16.1 millones); a Intercaribe, RD\$ 1,782,896,145.90 (aproximadamente USD 30.5 millones); al Sr. Mustafa Abu' Naba, RD\$ 220,950,764.36 (aproximadamente USD 3.7 millones) y RD\$ 136,417,193.07 (aproximadamente USD 2.3 millones); y a Grupo Kyrat SRL (empresa afiliada a Sargeant, a la que Sargeant también le cedía créditos)³², RD\$ 2,475,836,939.89 (aproximadamente USD 42.3 millones).³³
69. El Lic. Guerrero se encuentra en prisión preventiva, imputado por presuntos delitos de corrupción cometidos en el ejercicio de su cargo, en el marco de una investigación

²⁷ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

²⁸ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

²⁹ **R-0009**, Cesión de créditos de Sargeant a Intercaribe de fecha 11 de junio de 2019; **R-0010**, Cesión de créditos de Sargeant a Intercaribe de fecha 15 de abril de 2019; **R-0011**, Cesión de crédito de Sargeant a Intercaribe de fecha 26 de junio de 2019; **R-0012**, Cesión de créditos de Sargeant a Intercaribe de fecha 8 de abril de 2019.

³⁰ **R-0013**, Información del sitio Open Corporates sobre Intercaribe Mercantil SAS; **R-0014**, Documentos corporativos de Intercaribe Mercantil SAS.

³¹ **R-0015**, Cartas de Banco de Reservas al Lic. Donald Guerrero Ortiz.

³² **R-0016**, Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 9 de mayo de 2018; **R-0017**, Acta de Asamblea de Sargeant de fecha 15 de agosto de 2018; **R-0018**, Acta de Asamblea de Sargeant de fecha 5 de diciembre de 2016.

³³ Montos en dólares calculados a la tasa de cambio aproximada del mes de agosto de 2020 de 58.4, según **MAN-0015**.

denominada Operación Calamar a instancias de la Procuraduría Especializada de Persecución de la Corrupción Administrativa. Su prisión preventiva fue ratificada por un tribunal de alzada en junio de este año.³⁴ En esa investigación, con arresto domiciliario en este momento, se encuentra también el Sr. Gonzalo Castillo, Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones entre 2012 y 2019.

2.2.4 La ejecución del Contrato 2013

70. Bajo la opción de suministro del Contrato 2013, que no pasó por una licitación competitiva, Sargeant suministró millones de galones de asfalto al MOPC.
71. En efecto, entre la firma del Contrato 2013 en mayo del 2013 y agosto de 2020, Sargeant suministró al MOPC aproximadamente 115 millones de galones de asfalto AC-30 y PG-76;³⁵ es decir, mucho más de lo contratado. En virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Contrato 2013 –que prevé la finalización del Contrato una vez que se consumieran 74,536,312.52 galones–, el Contrato 2013 finalizó en mayo de 2018. Sin embargo, Sargeant continuó vendiendo asfalto al MOPC sobre la base de un contrato vencido, que además no había sido adjudicado debidamente, al no haber pasado por un proceso licitatorio, como exige el derecho dominicano.
72. El volumen suministrado por Sargeant, según su perito en daños, representa más del 55% de todo el asfalto adquirido por ese Ministerio entre agosto de 2012 y agosto de 2020.³⁶ Sólo por concepto de facturas de suministro, según el detalle de facturas de su propio perito, Sargeant cobró bajo el Contrato 2013 aproximadamente USD 360 millones del MOPC.
73. Por su parte, los servicios de almacenamiento y manejo bajo el Contrato 2013 no fueron efectivamente prestados con independencia del suministro. No hubo prestación efectiva de almacenamiento y manejo de asfalto de asfalto suministrado por terceros, sino suministro directo por Sargeant. Sin embargo, el MOPC sí abonó –mes a mes– las sumas correspondientes al mínimo de almacenamiento y manejo mensual bajo el artículo 2(a1).
74. Como explica el Dr. Guillermo Sabbioni, perito económico de esta parte, mes a mes, Sargeant facturaba al MOPC por almacenamiento, en facturas que denominaba “Diferencial Completo”.

³⁴ **R-0019**, “Corte mantiene en prisión a Donald Guerrero y José Ramón Peralta”, Nota de prensa de Diario Libre, 2 de junio de 2023; **R-0020**, “Ratifican prisión preventiva para Donald Guerrero y José Ramón Peralta” Nota de prensa de Listín Diario, 2 de junio de 2023; **R-0021**, “Miriam Germán dirige investigación contra Donald Guerrero y Simón Lizardo por presunta corrupción, desfalco y estafa”, Nota de prensa de AdMedios, 9 de febrero de 2021.

³⁵ Esta suma es de 129,913,319.74 galones de asfalto AC-30 y 3,188,000 galones de asfalto PG-30 entre agosto de 2012 y mayo del 2013. Véase **RI-0011**, Material asfáltico suministrado y retirado por instrucciones del MOPC.

³⁶ **RI-0011**, Material asfáltico suministrado y retirado por instrucciones del MOPC; Informe Pericial de Richard Indge, Apéndice D.I.

75. Ese Diferencial Completivo estaba compuesto por la diferencia de galones entre los galones suministrados en un mes determinado, y el mínimo mensual de 1,260,000 galones de almacenamiento y manejo. A continuación, vemos un ejemplo de factura:³⁷

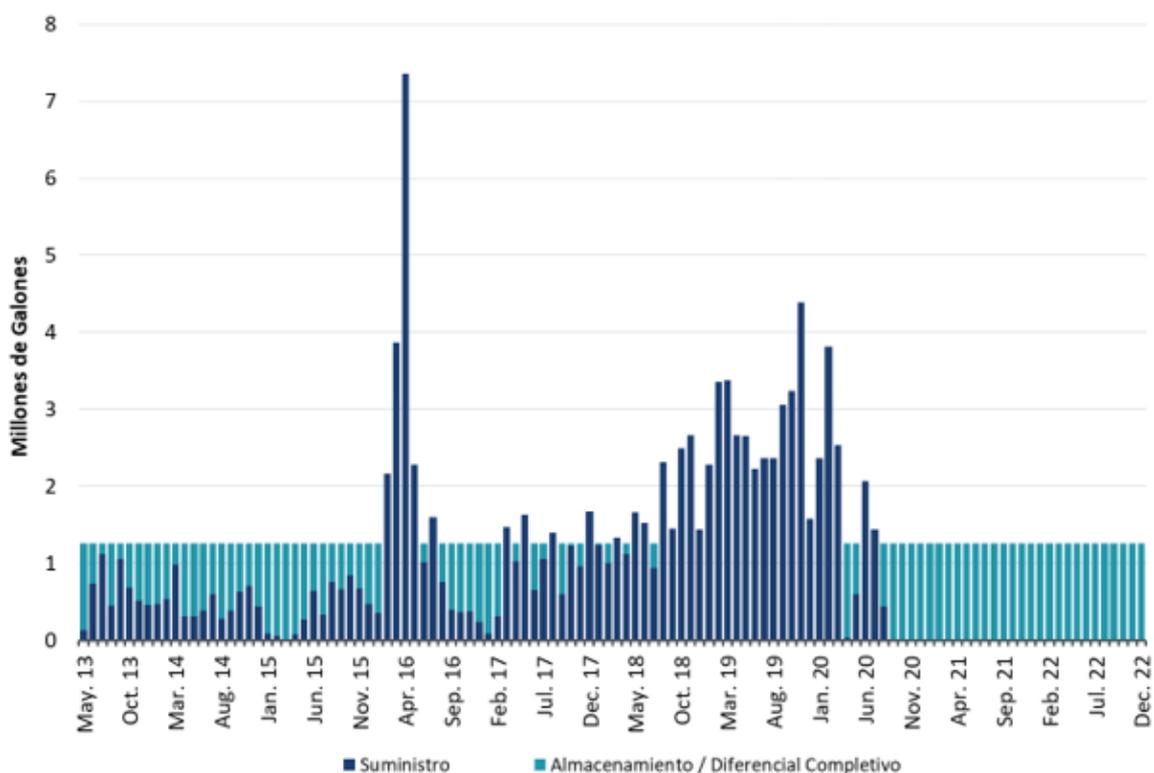
FACTURA
2013-0222

Cliente Ministerio de Obras Públicas & Comunicaciones Atención Lic. Gonzalo Castillo Telefono: 809-565-2811	Fecha: 05-08-2013 No. Pedido Representante: FOB:
--	--

CANTIDAD	DESCRIPCION	PRECIO US\$	TOTAL US\$																
136,848.85	En relación con nuestro contrato para la prestación de los servicios de suministro, Almacenamiento y Manejo de Productos Asfálticos , tenemos a bien remitirle : Factura Correspondiente al Diferencial Completivo del Almacenamiento de 1,260,000 galones de Cemento Asfáltico AC-30 correspondiente al mes de julio, 2013	0.75	102,636.64																
<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td colspan="2">Detalle</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Según Acuerdo</td> <td style="text-align: right;">1,260,000.00</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>Total de Galones Despachados</td> <td style="text-align: right;">1,123,151.15</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>A facturar</td> <td style="text-align: right; border-top: 1px solid black;">136,848.85</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>				Detalle				Según Acuerdo	1,260,000.00			Total de Galones Despachados	1,123,151.15			A facturar	136,848.85		
Detalle																			
Según Acuerdo	1,260,000.00																		
Total de Galones Despachados	1,123,151.15																		
A facturar	136,848.85																		
TOTAL A PAGAR US\$			102,636.64																

76. Si Sargeant suministraba en un mes menos del mínimo mensual de 1,260,000 galones, facturaba, al precio de almacenamiento y manejo, la diferencia en galones entre lo efectivamente suministrado y el mínimo mensual de 1,260,000 galones. Si, en cambio, Sargeant suministraba más del mínimo mensual de 1,260.000 galones, no facturaba nada por almacenamiento. Es decir, la propia Sargeant computaba lo suministrado a los efectos del cálculo del consumo mensual mínimo por almacenamiento.
77. La siguiente gráfica elaborada por el Dr. Sabbioni ilustra como se ejecutó el Contrato. Las barras en color azul representan el volumen comprado en cada mes, mientras que las barras en color celeste representan el volumen facturado por almacenaje o “Diferencial Completivo”:

³⁷ RI-0023, Facturas.



78. Después de años de ejecutar el Contrato 2013 de esta manera, Sargeant intentó imponer una interpretación oportunista y retrospectiva al MOPC de que los volúmenes suministrados no computaban para el volumen de galones a descontarse del contrato. Es decir, Sargeant comenzó a alegar que los galones no facturados cada mes por almacenamiento quedaban pendientes por almacenarse y eran debidos por el MOPC.
79. En aplicación de esta interpretación equivocada y oportunista, a partir de septiembre de 2020, Sargeant comenzó a enviar al MOPC, mes a mes, facturas por mínimo de almacenamiento correspondiente a los galones que supuestamente no habían sido consumidos.³⁸ Esa suma representa USD 29,62 millones reclamados por Sargeant en este arbitraje.
80. Sargeant sostiene ahora que, aparentemente, no facturaba mes a mes la totalidad del mínimo de almacenamiento de 1,260,000 galones “*como cortesía*”, cuando el MOPC compraba una “*suma considerable*” de AC-30.³⁹ Esto es falso y absurdo. La sola imagen que se acaba de ver demuestra que sistemáticamente tanto Sargeant como el MOPC consideraban lo facturado por suministro como parte del mínimo mensual a consumir.
81. Lo que Sargeant busca indebidamente con la supuesta cortesía es extender artificialmente un contrato vencido para seguir vendiendo asfalto sin pasar por una licitación.
82. Hay múltiples razones que demuestran que tanto Sargeant como el MOPC consideraban que los volúmenes suministrados computaban para el mínimo de almacenamiento. Ello se corrobora por el texto expreso del Contrato 2013, a través de documentos emitidos por la

³⁸ Véase **RI-0023**, Detalle de facturas.

³⁹ Memorial de Sargeant, ¶ 42.

propia Sargeant, y por la forma de ejecución del Contrato 2013. En la Sección 4.4.2, veremos en detalle los fundamentos que descartan la interpretación errónea de Sargeant, y que el MOPC no adeuda nada a Sargeant por concepto de almacenamiento.

2.2.5 El Contrato 2017

83. El 21 de diciembre de 2017, el MOPC y Sargeant suscribieron el Contrato 606-2017 (el "**Contrato 2017**").⁴⁰ Sugestivamente, ni Sargeant ni el Sr. Abu Naba'a en su declaración testimonial mencionan dicho contrato.
84. En el Contrato 2017, el MOPC y Sargeant acordaron el suministro de cemento asfáltico AC-30 o PG-76 por un monto de USD 6,266,937.
85. El Contrato 2017 es categórico en demostrar que los galones de suministro eran computados por ambas partes para los volúmenes mínimos mensuales garantizados bajo el Contrato 2013, echando por tierra la interpretación de Sargeant. El artículo Tercero del Contrato 2017 prevé lo siguiente:

Para todos los demás aspectos el suministro a ser provisto en virtud de este acuerdo será regido y regulado por las convenciones contenidas en el Contrato Original N° 13-2013 suscrito en fecha diez (10) de julio de dos mil trece (2013), entre EL PROVEEDOR y MOPC, copia del cual se anexa al presente acuerdo, declarando, reconociendo y aceptando el PROVEEDOR que la cantidad de galones despachadas en virtud de este acuerdo serán descontados del volumen mínimo garantizado estipulado en el contrato de suministro a que se hace referencia en este artículo.⁴¹ (énfasis añadido)

86. Este Contrato pone fin al reclamo de Sargeant por facturas de almacenamiento por USD 29,7 millones. El solo hecho que más de la mitad del reclamo de Sargeant se base en una interpretación que es claramente errónea y abusiva excluye cualquier atisbo de conducta arbitraria y por tanto cualquier ilícito internacional por parte del MOPC, que se comportó como cualquier contraparte contractual razonable que disputa la existencia y el monto de un reclamo de pago.

2.3 EL MOPC ANALIZÓ EL CONTRATO 2013, ENCONTRÓ DIVERSAS VIOLACIONES AL DERECHO DOMINICANO Y RECLAMOS INFUNDADOS DE SARGEANT, Y EJERCIÓ SUS DERECHOS COMO CUALQUIER CONTRAPARTE CONTRACTUAL

87. Según Sargeant, el MOPC habría dejado de pagar facturas supuestamente adeudadas como parte de un "*concerted effort to starve Sargeant of capital and squeeze it out of the Dominican asphalt market*"⁴².
88. Esto es totalmente falso. Además de que no hay un atisbo (ni intento) de prueba de ello en el Memorial de Demanda de Sargeant, los hechos marcan lo contrario.

⁴⁰ R-0022, Contrato 606-2017.

⁴¹ R-0022, Contrato 606-2017, artículo TERCERO.

⁴² Memorial de Sargeant, ¶ 129: "*The Parties' dispute concerns the injury to Sargeant's covered investment in the 2013 Contract arising from breaches by the Dominican Republic of its obligations under Articles 10.3, 10.4, 10.5 and 10.7 of the DR-CAFTA, as well as breaches of the 2013 Contract itself, which is an investment agreement. These breaches are the result of expropriatory, arbitrary and unlawful actions by the government of the Dominican Republic and by its agency MOPC, which commenced in 2019 and continue to the present day.*" (énfasis añadido)

89. Ese supuesto esfuerzo concertado, según Sargeant, habría comenzado con la asunción de la administración del Presidente Luis Abinader, el 16 de agosto de 2020. El propio Memorial de Demanda de Sargeant desmiente esta afirmación, ya que Sargeant afirma que los supuestos incumplimientos al DR-CAFTA comenzaron en 2019, antes de la asunción del nuevo Gobierno.⁴³
90. En el mismo sentido, como reconoce Sargeant, como mínimo en el mes de febrero 2019, Sargeant tomó conocimiento que era posición del MOPC que los volúmenes bajo el Contrato 2013 se habían agotado.⁴⁴
91. Por lo tanto, la tesis de Sargeant es contradictoria en sí misma.
92. Lo que ocurre en este caso es una mera disputa contractual, en la cual el MOPC, como cualquier contraparte contractual, legítimamente disputa la validez del Contrato 2013 y la existencia, procedencia y monto de las sumas de dinero que Sargeant le reclama. En virtud de este entendimiento, como se describirá a continuación, el MOPC inició un procedimiento judicial ante los tribunales contenciosos-administrativos de República Dominicana.
93. En cualquier caso, y aún si el MOPC no tuviese razón –que sí la tiene–, disputar legítimamente la procedencia de un reclamo y ejercer sus derechos como lo hizo aquí el MOPC no es un ilícito internacional.

2.3.1 Informe de la Contraloría General de la República, noticias de prensa sobre irregularidades en la industria del asfalto y análisis del Contrato 2013

94. El 21 de septiembre de 2020, el MOPC recibió un informe de la Contraloría General de la República (la “**Contraloría**”) con algunas observaciones de libramientos relativos a distintos contratos del MOPC.
95. La Contraloría es el órgano estatal con competencia para controlar y autorizar pagos realizados por los órganos del Estado al sector privado.⁴⁵
96. Sargeant era uno de los proveedores a los que refería el informe IN-CFR-2020-002727 de la Contraloría. La Contraloría informó que se identificaron irregularidades en el libramiento N° 7855 a favor de Sargeant, por la suma de RD\$ 973,645,035.15 (aproximadamente USD 16,6 millones a la tasa de la época). En virtud de dichas observaciones, el libramiento fue rechazado por la Contraloría.⁴⁶
97. Entre otras irregularidades referentes a carencia de documentos de soporte y sobregiros en ciertos pagos, la Contraloría observó que el Contrato 2013 se encontraba totalmente pagado, ya que su balance había sido agotado.⁴⁷ Asimismo, la Contraloría General sugirió realizar una auditoría especial del Contrato 2013 con Sargeant.

⁴³ Memorial de Sargeant, ¶ 129.

⁴⁴ Memorial de Sargeant, ¶ 48.

⁴⁵ Declaración Testimonial del Ministro Ascención; **R-0023**, Decreto 15-17 de Control de Gasto y Pago a Proveedores, Artículo 16.

⁴⁶ **R-0024**, Observaciones de la Contraloría General de la República al libramiento N° 7855.

⁴⁷ **R-0024**, Observaciones de la Contraloría General de la República al libramiento N° 7855.

98. Recordemos que el entendimiento en el MOPC sobre el agotamiento de los volúmenes del Contrato 2013 –que es consistente con lo informado por la Contraloría–, y, por tanto, la disputa con Sargeant, no era nueva, sino que databa de la Administración anterior. Como reconoce Sargeant, ya en febrero de 2019 Sargeant sabía que en el MOPC se sostenía esa posición.⁴⁸
99. De hecho, una simple lectura del Contrato 2013 y una operación aritmética sencilla permite concluir que la continuidad del Contrato 2013 en 2020 era, en el mejor de los casos, dudosa.
100. En efecto, si el Contrato 2013 prevé un consumo mínimo mensual de 1,260,000 galones, anual de 15,120,000 galones⁴⁹, y un consumo total de 74,536,312,52, luego del cual, el contrato finalizaba,⁵⁰ es evidente que el Contrato 2013 concluiría en aproximadamente cinco años (esto es, $74,536,312.52 / 15,120,000 = 4.9$). Es decir, a partir de su firma en mayo de 2013, el Contrato 2013 concluiría en mayo de 2018.
101. Un poco más de detalle en el análisis, revisando los volúmenes despachados por Sargeant bajo el Contrato 2013, arrojaba además que los 74,536,312.52 galones ya habían sido consumidos. En efecto, en base al detalle de su perito de daños, entre la firma del Contrato 2013 y agosto de 2020, Sargeant despachó aproximadamente 115 millones de galones, agotando su volumen.
102. En el contexto anterior, surgieron en los medios de comunicación noticias sobre irregularidades en la industria del asfalto, en particular en el relacionamiento entre el MOPC y algunos contratistas, incluyendo a Sargeant.⁵¹ Esas noticias involucraban, entre otros, al Lic. Donald Guerrero, ex Ministro de Hacienda y ex titular de Inter Caribe, a quien Sargeant había contratado para suministrarle asfalto para el MOPC y le había cedido millonarios créditos contra el MOPC, y quien se encuentra ahora en prisión preventiva en el marco de la Operación Calamar por investigaciones de delitos de corrupción en el ejercicio de su cargo.
103. Por lo tanto, legítima y razonablemente, el MOPC comenzó a analizar los reclamos de pago de Sargeant y el funcionamiento del Contrato 2013 en detalle antes de dar tratamiento a cualquier factura que reclamaba Sargeant.

2.3.2 Violaciones al derecho dominicano en la suscripción y ejecución del Contrato 2013. Promoción de una demanda ante la justicia administrativa

104. Además del legítimo cuestionamiento sobre la vigencia del Contrato 2013 y la procedencia de los montos reclamos por Sargeant, luego de un análisis, el MOPC concluyó que el Contrato 2013 adolecía de varios incumplimientos graves a la normativa dominicana.
105. Entre otros, se destacan los siguientes, que son analizados y descritos en el Informe Pericial del Dr. Rafael Dickson Morales.

⁴⁸ Memorial de Sargeant, ¶ 48.

⁴⁹ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 2(a), artículo 2(B2).

⁵⁰ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 11.

⁵¹ R-0025, “El MOPC duró 11 años comprando asfalto AC-30 sin licitación”, Nota de prensa de Acento, 25 de noviembre de 2020; R-0026, “Procuraduría revela Guerrero es investigado por pagos de 21 mil millones, incluyendo asfalto”, nota de prensa del 9 de febrero de 2021; R-0027, “Empresas suplidoras de asfalto caliente habrían estado vinculadas a Gonzalo Castillo” nota de prensa de medio HOY, 10 de septiembre de 2020.

106. En primer lugar, el Contrato 2013 fue suscrito en violación al debido procedimiento administrativo y la Ley 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes Servicios, Obras y Concesiones (la "**Ley de Compras**").
107. Concretamente, como explica el Dr. Dickson, el Contrato 2013 se suscribió sin seguir un debido procedimiento administrativo para contratar, esencialmente, sin un llamado a licitación, violando los principios de legalidad, igualdad y libre competencia, principio de transparencia y publicidad, participación, y razonabilidad.⁵²
108. Bajo derecho dominicano, la consecuencia de dicho incumplimiento normativo es la nulidad absoluta del Contrato 2013.⁵³
109. En segundo lugar, el Contrato 2013 se celebró sin un poder especial del Presidente de la República que autorizara al MOPC a ejecutar el contrato.
110. Como explica el Dr. Dickson, la consecuencia de dicho incumplimiento también es la nulidad del Contrato 2013 por cuanto el artículo 18 sujetó su validez la emisión de ese poder especial.⁵⁴
111. En tercer lugar, el Contrato 2013 incluyó en su artículo 9 una exención tributaria inconstitucional. El artículo 9 del Contrato 2013 dispuso que "*Los impuestos Aduanales o cualquier otro impuesto local, actual o futuro, o cualquier arbitrio o impuesto sobre la operación, serán asumidos por EL MOPC*".⁵⁵
112. Esta exención, como explica el Dr. Dickson, viola los Artículos 128 y 244 de la Constitución, y otras leyes y decretos de la República Dominicana. En particular, la exención tributaria que se le otorgó a Sargeant es inconstitucional porque la Constitución de la República Dominicana requiere que cualquier exoneración de impuestos sea aprobada por ley o por el Congreso.⁵⁶
113. Gracias a esta exoneración inconstitucional, Sargeant dejó de pagar millones de dólares en impuestos en la República Dominicana, pese a haber cobrado varios cientos de millones de dólares del Estado dominicano.
114. En virtud de estas violaciones y otras identificadas por el MOPC referentes al Contrato 2003, se decidió iniciar una demanda ante la justicia administrativa dominicana, en contra de Sargeant y el Sr. Abu Naba'a. En esa demanda, el MOPC reclama la nulidad del Contrato 2003 y sus Adendas, y del Contrato 2013, y la devolución de las sumas percibidas indebidamente por Sargeant. Una copia del escrito de demanda se adjunta al presente.⁵⁷
115. Es decir, ante un entendimiento distinto al de Sargeant, y una disputa legítima sobre la validez del Contrato 2013 –además del desacuerdo sobre la vigencia del Contrato 2013 en cuanto al consumo de los volúmenes acordados y la procedencia de las facturas

⁵² Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶ 48.

⁵³ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶ 49

⁵⁴ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶ 39.

⁵⁵ **LC-0003-ENG/SPA**, Contrato 2013, artículo 9.

⁵⁶ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶¶ 65-75

⁵⁷ **R-0028**, Demanda Contencioso Administrativa 25 de julio de 2022.

reclamadas por Sargeant–, el MOPC hizo lo que cualquier contraparte contractual podría hacer: acudió a la justicia competente a hacer valer sus derechos.

116. No emitió una regulación, no aprobó una ley, no actuó de forma alguna en ejercicio de *ius imperium* o potestades soberanas. No adoptó ninguna medida accionable bajo el DR-CAFTA. Actuó como una mera contraparte contractual.
117. Además de ello, lo hizo justificada y razonablemente, ante la existencia de motivos legítimos y argumentos correctos que le permiten cuestionar los reclamos monetarios de Sargeant bajo el Contrato 2013, excluyendo cualquier tipo de arbitrariedad.

2.3.3 Estado actual de la demanda judicial del MOPC contra Sargeant y el Sr. Abu Naba'a

118. Actualmente, el procedimiento local se encuentra ante la Suprema Corte de Justicia por un recurso de casación interpuesto por el MOPC contra la Sentencia N° 0030-1642-2023-SSEN-00278 dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo el 5 de abril de 2023.⁵⁸
119. Mediante dicha sentencia, el Tribunal Superior Administrativo acogió la objeción de incompetencia planteada por Sargeant, y se declaró incompetente para conocer de la demanda del MOPC.
120. El fundamento del Tribunal Superior Administrativo –inducido a error por la confusión y relato parcial de Sargeant–, fue la pendencia del presente arbitraje. En efecto, la parte dispositiva de dicha sentencia invita a las partes a “*a proveerse en derecho ante el Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversión (CIADI), para el conocimiento y fallo de las pretensiones de la recurrente [el MOPC]*”.⁵⁹
121. La sentencia es absurda, y errónea tanto desde el punto de vista del derecho dominicano como explica el Dr. Dickson,⁶⁰ como desde el punto de vista del texto del DR-CAFTA y del derecho internacional. La demanda planteada por el MOPC contra Sargeant no es (ni puede ser) una disputa relativa a una inversión en los términos del DR-CAFTA.
122. Sorprendentemente, el fundamento principal de dicho fallo es que el Estado dominicano habría consentido tácitamente a la jurisdicción del presente Tribunal por haber designado un árbitro en el presente arbitraje.⁶¹
123. Ese razonamiento no resiste análisis, y este Tribunal no requiere mayor explicación al respecto. En consecuencia, el MOPC ha presentado un recurso de casación que debe resultar en la revocación del fallo.

⁵⁸ **R-0029**, Sentencia N° 0030-1642-2023-SSEN-00278 dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo el 5 de abril de 2023.

⁵⁹ **R-0029**, Sentencia N° 0030-1642-2023-SSEN-00278 dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo el 5 de abril de 2023, p. 15.

⁶⁰ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶¶ 76-93.

⁶¹ **R-0029**, Sentencia N° 0030-1642-2023-SSEN-00278 dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo el 5 de abril de 2023, ¶¶ 19-20.

3 OBJECIONES JURISDICCIONALES Y DE ADMISIBILIDAD

124. La demanda de Sargeant debe ser desestimada por falta de jurisdicción y por ser inadmisibile.
125. La República Dominicana presenta las siguientes ocho objeciones de jurisdicción y/o admisibilidad.
126. Primero, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* porque Sargeant no es una empresa de los Estados Unidos bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA ya que no ha acreditado llevar a cabo actividades de negocios en Estados Unidos (**sección 3.1**). Segundo, para el supuesto y negado caso que el Tribunal entendiese que Sargeant sí es una empresa de los Estados Unidos, la República Dominicana deniega los beneficios del DR-CAFTA según lo dispuesto en el artículo 10.12(2) (**sección 3.2**).
127. Tercero, el Tribunal también carece de jurisdicción *ratione materiae* para conocer del reclamo de Sargeant, porque Sargeant no ha acreditado tener una inversión protegida en los términos del DR-CAFTA (**sección 3.3**). Cuarto, en el supuesto y negado caso que el Tribunal entendiese que Sargeant tiene una inversión protegida, la misma es ilegal (**sección 3.4**). Quinto, la demanda de Sargeant no es una disputa relativa a una inversión, sino un reclamo contractual por cobro de facturas y el Contrato 2013 no es un contrato de inversión (**sección 3.5**). Sexto, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo de Sargeant por violación al Artículo 10.3 de Trato Nacional, porque el Artículo 10.13(5)(a) excluye su aplicación a la contratación pública, como es el caso aquí (**sección 3.6**). Séptimo, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo de Sargeant relativo a las facturas que Sargeant transfirió a un tercero, ya que no son parte de su alegada inversión (**sección 3.7**).
128. Octavo, el Tribunal también carece de jurisdicción *ratione temporis* ya que una parte sustancial del reclamo de Sargeant ha sido presentado fuera del plazo de tres años previsto en el artículo 10.13 del DR-CAFTA (**sección 3.8**).

3.1 PRIMERA OBJECCIÓN *RATIONE PERSONAE*: SARGEANT NO ES UNA EMPRESA DE LOS ESTADOS UNIDOS BAJO EL ARTÍCULO 10.28 DEL DR-CAFTA YA QUE NO HA ACREDITADO LLEVAR A CABO ACTIVIDADES DE NEGOCIOS EN ESTADOS UNIDOS

3.1.1 El DR-CAFTA exige que un inversionista persona jurídica, además de estar constituido u organizado en el país de origen, tenga allí actividades de negocios

129. El Capítulo 10 del DR-CAFTA, relativo a las inversiones, aplica a las medidas que un Estado adopte respecto de los “inversionistas de una Parte” y sus inversiones cubiertas.⁶² El Artículo 10.28 del DR- CAFTA define el concepto de inversionista de una Parte en los siguientes términos:

⁶² RL-0001, DR-CAFTA, Artículo 10.1(1).

*inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.*⁶³ (énfasis añadido)

130. Por su parte, el término empresa de una Parte, aplicable en este caso a Sargeant como una persona jurídica, se define en los siguientes términos:

*empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte, y una sucursal localizada en el territorio de una Parte y que lleven a cabo actividades de negocios en ese territorio.*⁶⁴ (énfasis añadido)

131. Por lo tanto, el DR-CAFTA exige dos requisitos, cumulativos, para que una persona jurídica sea considerada empresa de una Parte:

- (i) que sea una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte o una sucursal localizada en el territorio de una Parte; y
- (ii) que lleve a cabo actividades de negocios en ese territorio.

3.1.2 Sargeant no ha acreditado tener actividades de negocios en Estados Unidos

132. En el apartado IV.C de su Memorial, Sargeant señala que el DR-CAFTA es aplicable y el Tribunal posee jurisdicción porque "*Sargeant was at all relevant times, and continues to be, an enterprise of the State of Texas within the United States*".⁶⁵

133. Sin embargo, Sargeant no ha demostrado cumplir con el segundo requisito para ser considerado una empresa de los Estados Unidos bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

134. Si bien Sargeant señala que es una empresa constituida inicialmente en el Estado de Florida y luego convertida en una empresa de Texas,⁶⁶ no ha acreditado tener actividades de negocios en Estados Unidos. No hay ninguna referencia a este requisito en el Memorial de Demanda.

3.1.3 La evidencia indica que Sargeant no tiene actividades de negocios en Estados Unidos

135. El hecho que la Demandante no haya aportado ningún elemento que acredite cumplir con el requisito de llevar a cabo actividades de negocios en el país de origen es de por sí mismo indicativo de que Sargeant no satisface este requisito.

136. Pero además, existen varios elementos que confirman que, efectivamente, Sargeant no tiene actividades de negocios en Estados Unidos.

⁶³ RL-0001, DR-CAFTA, Artículo 10.28.

⁶⁴ RL-0001, DR-CAFTA, Artículo 10.28.

⁶⁵ Memorial de Sargeant, ¶¶ 134-136.

⁶⁶ Memorial de Sargeant, ¶ 12.

137. El Sr. Mustafa Abu Naba'a, accionista fundador y administrador de Sargeant, indica en su declaración testimonial que Sargeant fue creada exclusivamente a los efectos de participar en la licitación del Contrato 2003 en la República Dominicana, y se eligió incorporarla en Estados Unidos a los efectos de "contar con la asistencia del gobierno estadounidense si fuese necesario".⁶⁷ Según indica el Sr. Abu Naba'a, la única actividad en los Estados Unidos sería que el Sr. Harry Sargeant III y sus familiares "siempre han supervisado las operaciones logísticas de Sargeant de forma remota desde sus oficinas en Florida y Texas".⁶⁸
138. Por lo tanto, Sargeant no es una entidad que tenga una actividad propia por fuera de su operación en la República Dominicana. Fue creada para operar en República Dominicana; y fue incorporada en Estados Unidos para obtener asistencia del gobierno norteamericano. Sin embargo, bajo el DR-CAFTA, la incorporación en un Estado Parte no es suficiente para ser considerado una empresa de ese Estado.
139. Como veremos a continuación, varios otros elementos confirman que Sargeant no tiene actividades de negocios en Estados Unidos.
140. Primero, Sargeant ha estado en situación de "tax forfeiture" en los Estados Unidos durante varios de los años de su operación en la República Dominicana.
141. En efecto, el 27 de junio de 2017, el Secretario de Estado de Texas emitió una resolución respecto de Sargeant, por la cual "*pursuant to Section 171.309 of the Texas Tax Code, the Secretary of State hereby forfeits the charter, certificate or registration of the taxable entity as of the date noted above (...)*".⁶⁹
142. Sargeant permaneció en esta situación durante más de tres años, hasta el 17 de noviembre de 2020 cuando, apenas unos pocos meses antes de iniciar este arbitraje, su registro fiscal fue reinstaurado.⁷⁰ Recientemente, Sargeant volvió a encontrarse en esta situación entre el 10 de marzo de 2023 y el 21 de abril de 2023.
143. Lo anterior demuestra que Sargeant carece de actividad de negocios en Estados Unidos, ya que ni siquiera cumple con regularidad con sus obligaciones fiscales mínimas en ese país, dando ello lugar a la baja de su registro como entidad ante sus autoridades tributarias.
144. Segundo, los documentos corporativos de Sargeant también demuestran que tanto su actividad de negocios como su actividad corporativa se desarrollan en República Dominicana.
145. Por ejemplo, pese a tratarse de una sociedad constituida en los Estados Unidos, desde 2013 a la fecha, Sargeant ha consistentemente celebrado sus Asambleas de Accionistas y Juntas de Directorio en la ciudad de Santo Domingo, en la República Dominicana.
146. En este sentido, se adjuntan a este Memorial 14 actas de Asambleas de Accionista desde 2013 a 2022, y seis actas de Juntas de Directorio, todas las cuales han sido celebradas en

⁶⁷ Declaración Testimonial de Mustafa Abu' Naba, ¶ 14.

⁶⁸ Declaración Testimonial de Mustafa Abu' Naba, ¶ 16.

⁶⁹ R-0001, Declaración de Tax Forfeiture de Sargeant Petroleum LLC.

⁷⁰ R-0002, Información societaria de Sargeant de Open Corporates.

la ciudad de Santo Domingo.⁷¹ En esos actos corporativos, se adoptaron diversas decisiones relevantes de la administración de la compañía, como, por ejemplo, la firma de varios contratos por cesiones de créditos de Sargeant contra el MOPC en favor de terceros, por sumas millonarias.

147. Incluso, varias de dichas actas se refieren al cumplimiento de requisitos de derecho societario dominicano, invocando expresamente el Código de Comercio de la República Dominicana. Ello demuestra que Sargeant, incluso a efectos societarios, opera en la República Dominicana y no en Estados Unidos.
148. Tercero, conjuntamente con lo anterior, Sargeant no ha acreditado tener oficinas, empleados, celebrar actos societarios, o tener cualquier tipo de actividad de negocios en Estados Unidos. De una simple búsqueda en línea no surge que Sargeant tenga ninguna presencial real o actividad en Estados Unidos.
149. Cuarto, como se describió en la sección 2.2.3(ii), incluso las actividades de suministro de asfalto desde el exterior hacia República Dominicana bajo el Contrato 2013 no fueron prestadas directamente por Sargeant, sino por Intercaribe, sociedad contratada por Sargeant a tales efectos mediante el Acuerdo de Compra de Asfalto, como reconoce el perito en daños de Sargeant.⁷²
150. Ello confirma que Sargeant no posee infraestructura ni actividades fuera de la República Dominicana, ya que contrató a un tercero para que le suministrase el asfalto a proveer al MOPC.
151. Incluso, como puede observarse de dicho Acuerdo de Compra de Asfalto, el servicio contratado a Intercaribe incluyó el transporte, almacenamiento y manejo, lo que indica que Sargeant también planeaba tercerizar esa parte del servicio:

PRIMERO: La empresa INTERCARIBE MERCANTIL, SAS, acuerda vender a la empresa SARGEANT PETROLEUM LLC, la cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico AC-30. Esta operación incluye el suministro, transporte, almacenamiento, y manejo del producto.⁷³ (énfasis añadido)

152. Por lo tanto, Sargeant es en Estados Unidos una mera sociedad cáscara sin ninguna actividad real. En virtud de ello, al carecer de actividades de negocios en su país de incorporación, no es una empresa de ese país en los términos del Art. 10.28 del DR-CAFTA.
153. Por lo tanto, no tiene derecho a invocar las protecciones sustantivas ni la cláusula de arbitraje del DR-CAFTA, y este tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* para resolver la demanda planteada por Sargeant.

3.2 SEGUNDA OBJECCIÓN *RATIONE PERSONAE*: DENEGACIÓN DE BENEFICIOS. PARA EL CASO QUE SE CONSIDERARA QUE SARGEANT ES UNA EMPRESA DE LOS ESTADOS UNIDOS BAJO EL ART. 10.28 DEL DR-CAFTA, LA REPÚBLICA DOMINICANA DENIEGA LOS BENEFICIOS DEL DR-CAFTA A SARGEANT SEGÚN LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10.12(2) DEL DR-CAFTA

⁷¹ R-0003, Actas de Asamblea Extraordinaria y de Juntas de Directorio de Sargeant 2013-2021.

⁷² Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 4.1.3.

⁷³ R-0008, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

154. Para el supuesto negado que el Tribunal entendiese que Sargeant es una empresa de los Estados Unidos, la República Dominicana deniega los beneficios del Capítulo 10 del DR-CAFTA a Sargeant, de conformidad con el Artículo 10.12(2). Por lo tanto, la demanda de Sargeant es inadmisibile.
155. El Artículo 10.12(2) del DR-CAFTA establece el derecho de los Estados Parte de denegar los beneficios del capítulo de inversiones del Tratado a los inversionistas de otra Parte, en determinadas circunstancias, en los siguientes términos:
- 2. Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que es una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna Parte, salvo de la Parte que deniega, y si las personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, son propietarias o controlan la empresa.⁷⁴*
156. De acuerdo con el Artículo 10.12.2 del DR-CAFTA, para que la República Dominicana pueda denegar los beneficios del DR-CAFTA a Sargeant, se deben observar los siguientes dos requisitos:
- (i) Que Sargeant no desarrolle una actividad comercial sustancial en el territorio de EE. UU. u otro Estado parte del DR-CAFTA, distinto de la República Dominicana.
 - (ii) Que el propietario de Sargeant o la(s) persona(s) que la controla(n) sea(n) nacional(es) de un país que no es Parte del Tratado, o de la Parte que deniega;
157. Así lo entendió el tribunal en el caso *Pac Rim v. El Salvador*, al analizar por primera vez el Artículo 10.12(2) del DR CAFTA.⁷⁵
158. Como veremos a continuación, en este caso la evidencia disponible indica que se cumplen los dos requisitos anteriores y, por tanto, la República Dominicana tiene el derecho de denegar los beneficios del Capítulo 10 del DR-CAFTA a Sargeant; ello, para el caso que el Tribunal entienda que Sargeant es efectivamente una empresa de los Estados Unidos (*quod non*).
159. Adicionalmente, según lo dispuesto en el propio Artículo 10.12(2) y en el Artículo 18.3 del Tratado, la República Dominicana ha notificado al Gobierno de los Estados Unidos como país potencialmente interesado en la presente denegación de beneficios.⁷⁶

3.2.1 Sargeant no tiene actividades comerciales sustanciales en Estados Unidos

⁷⁴ **RL-0001**, DR-CAFTA, Artículo 10.12(2).

⁷⁵ **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 4.61: "The Tribunal determines that the meaning and application of CAFTA Article 10.12.2, interpreted in accordance with its object and purpose under international law, require the Respondent to establish two conditions in the present case: (i) that the Claimant has no substantial business activities in the territory of the USA (beyond mere form) and (ii) either (a) that the Claimant is owned by persons of a non- CAFTA Party (here Canada) or (b) that the Claimant is controlled by persons of a non-CAFTA Party (here also Canada, or at least persons not of the USA or the Respondent as CAFTA Parties)".

⁷⁶ **R-0030**, Notificación de denegación de beneficios del 13 de agosto de 2023.

160. Primero, como se explicó en la sección 3.1 y 3.2 *supra*, Sargeant no ha acreditado tener actividades de negocios en Estados Unidos, y de hecho la evidencia disponible demuestra lo contrario. Por lo tanto, mucho menos posee “*actividades comerciales sustanciales*” en dicho país.
161. Los tribunales de inversión han entendido que el término sustancial implica que la actividad debe ser de materialidad y establecer una conexión genuina con el territorio. Por su parte, la calificación de la naturaleza de la actividad como comercial o “*business*” (palabra que utiliza el DR-CAFTA) implica que la actividad debe ir más allá de la necesaria para mantener su existencia o registro en ese país. No puede tratarse de una sociedad cáscara o “*shell company*”.⁷⁷
162. En este sentido, el tribunal de *Aris Mining v Colombia*, en el contexto del Artículo 814.2 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá, cuya cláusula de denegación de beneficios es muy similar al del art. 10.12.2 del DR-CAFTA,⁷⁸ sostuvo:

137. The next word in the treaty text, “substantial,” nonetheless provides an important materiality threshold. A business activity may not be mere cursory, fleeting or incidental, but must be of sufficient extent and meaning as to constitute a genuine connection by the company to its home State. That genuine connection is necessary to ensure that the company is one that the home State has an interest to protect, and which the host State would consider it appropriate for the home State to protect. The connection between the company and its home State cannot be merely a sham, with no business reality whatsoever, other than an objective of maintaining its own corporate existence. That requirement is reinforced by the last words in the treaty text, “business activities”; the activities of the company in its State of registration must be of a “business” nature. If the company has no activities in its home jurisdiction other than those required to maintain its bare registration, then it is impossible to conclude that it is conducting any “business” there, in any real sense of that word.

*138. ... Either way, the activities in the home State must be examined on their own merits – separate from the activities undertaken in other jurisdictions, including by the company’s subsidiaries or affiliates – to determine if they are of sufficient reality and materiality as to satisfy the requirement that there be some “substantial business activities” in the country of registration.*⁷⁹ (énfasis añadido)

163. La posición del tribunal de *Aris Mining v. Colombia* ha sido refrendada por otros tribunales analizando la denegación de beneficios.⁸⁰

⁷⁷ **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 4.75.

⁷⁸ **RL-0003**, Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá: “*Una Parte podrá negar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de la misma y a las inversiones de ese inversionista si inversionistas de un país que no es Parte o de la Parte que niega los beneficios son propietarios o tienen el control de la empresa y la empresa no tiene actividades económicas sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuyas leyes se constituye o se organiza*”.

⁷⁹ **RL-0004**, *Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, 23 November 2020, ¶¶ 137-138.

⁸⁰ Véase por ejemplo, **RL-0005**, *Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/17/22, Award, 24 November 2021, ¶ 279.

164. Por su parte, el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador*, señaló que son las actividades del inversor demandante en sí mismo, y no de otras compañías afiliadas o relacionadas, las que deben ser analizadas bajo el Artículo 10.12(2) del DR-CAFTA.⁸¹
165. Como ejemplos de actividades comerciales sustanciales, el tribunal en *Aris Mining v. Colombia* incluyó las siguientes, sosteniendo que deben ser en sí mismas materiales:
- (i) *Core corporate functions in Toronto: corporate finance, fundraising, accounting, shareholder relations, legal, administration and IT support;*
 - (ii) *Office space: spending over US\$100,000 on rent, utilities and related expenses in 2018;*
 - (iii) *Eight full-time employees in Toronto: In 2018, GCG spent over CAD\$1.2 million in Canada on compensation and benefits.*
 - (iv) *Several bank accounts in Canada: Six bank accounts through which GCG actively conducts its business; in or about May 2018, those six accounts contained more than US\$25 million;*
 - (v) *Annual purchases of goods and services in Canada: GCG has spent hundreds of thousands of dollars related to accounting and advisory services, legal services, and shareholder and investor related activities, as well as miscellaneous services such as IT, liability policies and a listing fee for the Toronto Stock Exchange; and*
 - (vi) *Financing activities: GCG has raised more than US\$500 million over the last 10 years, in transactions on the Canadian debt and equity markets, in order to support its operations.*⁸²
166. En una línea similar, el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador* entendió que el demandante carecía de actividades comerciales sustanciales en el país de constitución, dada la ausencia de empleados, la ausencia de un arrendamiento de oficinas, la ausencia de activos distintos de las acciones en la sociedad con la que operaba en El Salvador, y la ausencia de una cuenta bancaria en el territorio de constitución en ese territorio.⁸³
167. Bajo los criterios y elementos delineados por la jurisprudencia, Sargeant no tiene actividades comerciales sustanciales en Estados Unidos.
168. En este caso, como el Sr. Mustafá Abu Naba ha reconocido en su declaración testimonial, Sargeant fue creada exclusivamente a los efectos de participar en la licitación del Contrato 2003 en la República Dominicana, y la elección de incorporarla en Estados Unidos se hizo los efectos de “*contar con la asistencia del gobierno estadounidense si fuese necesario*”⁸⁴.

⁸¹ **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 4.66.

⁸² **RL-0004**, *Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, 23 November 2020, ¶ 139

⁸³ **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012.

⁸⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu' Naba, ¶ 14.

Por tanto, no es una entidad que lleve a cabo una actividad propia fuera de su operación en la República Dominicana ni que tenga una conexión real y sustantiva con EE. UU.

169. En este sentido, no surge de la información disponible que Sargeant desarrolle ninguna de las actividades detalladas por el tribunal en *Aris v. Colombia* en los Estados Unidos. De hecho:

- i. No consta que Sargeant tenga otra actividad por fuera de su actividad en la República Dominicana. La única actividad que el Sr. Abu Naba menciona en Estados Unidos es la “supervisión” de la operación logística de Sargeant, no por Sargeant en sí misma, sino por el Sr. Sargeant y su familia.⁸⁵
- ii. La actividad de importación de asfalto desde el exterior a la República Dominicana, ni siquiera la realizó Sargeant por sí misma, sino Inter Caribe;
- iii. No consta que Sargeant tenga o arriende oficinas en los Estados Unidos por sí mismo. De hecho, el Sr. Abu Naba’a refiere las oficinas del Sr. Harry Sargeant y su familia en Texas y Florida, no de la compañía.
- iv. No consta que Sargeant tenga activos, empleados, gastos rutinarios y típicos de cualquier empresa con actividad comercial, actividades de financiamiento o que posea cuentas bancarias en Estados Unidos.
- v. Incluso la actividad corporativa de Sargeant, asambleas y reuniones de directorio, se han celebrado repetidamente en la República Dominicana, como se explicó en la sección anterior.
- vi. De hecho, como se ha explicado en el apartado 3.1 *supra*, Sargeant ha estado en situación de “*tax forfeiture*” en los Estados Unidos durante varios de los años de su operación en la República Dominicana por no cumplir con regularidad con sus obligaciones fiscales mínimas en ese país, dando ello lugar a la baja de su registro como entidad ante sus autoridades tributarias.

170. Por lo tanto, Sargeant carece de actividades comerciales sustanciales en Estados Unidos.

3.2.2 Sargeant es controlada por el Sr. Mustafá Abu Naba’a, ciudadano jordano y dominicano

171. Segundo, Sargeant es controlada por el Sr. Mustafá Abu Naba. Como surge de su declaración testimonial y otros documentos, el Sr. Abu Naba es originario de Jordania y tiene nacionalidad dominicana.⁸⁶ Por lo tanto, Sargeant es controlada por un nacional de la

⁸⁵ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 13.

⁸⁶ Véase **MAN-009 ENG**, p. 9: “*and the other party, Mr. MUSTAFA ABU NABA’A, of Jordanian origin and a Dominican citizen, of legal age, married, businessman, holder of identity and election card No. 001-1208505-5*”; **R-0031**, Acta de la Asamblea General Extraordinario de Sargeant Petroleum, LLC de 13 de marzo de 2013: “*MUSTAFA ABU NABA’A, jordano*”; **R-0032**, Acta de la Asamblea General Extraordinario de Sargeant Petroleum, LLC de 10 de julio de 2013: “*MUSTAFA ABU NABA’A, dominicano*”; **R-0033**, Resoluciones adoptadas con el consentimiento escrito unánime de la Junta de Directores de Sargeant Petroleum Limited de 3 de junio de 2014: “*MUSTAFA ABU NABA’A, naturalizado dominicano*”; **R-0034**, Acta de la Asamblea General Extraordinaria de Sargeant Petroleum, LLC de 6 de octubre de 2016: “*MUSTAFA ABU NABA’A, jordano*”.

Parte que deniega y de un país que no es parte del DR-CAFTA, por lo que el segundo requisito también se encuentra satisfecho.

172. Los tribunales han entendido que basta con demostrar uno de los elementos alternativos (propiedad o control) para establecer el cumplimiento del requisito de denegación de beneficios. En este sentido, el Tribunal de *Pac Rim c. El Salvador* señaló que debe demostrarse: “(ii) either (a) that the Claimant is owned by persons of a non-CAFTA Party (here Canada) or (b) that the Claimant is controlled by persons of a non-CAFTA Party (here also Canada, or at least persons not of the USA or the Respondent as CAFTA Parties).”⁸⁷
173. De acuerdo a los tribunales de inversiones, control no se limita al concepto de control legal o control del accionariado. Como vemos a continuación, en el ámbito de la denegación de beneficios, varios tribunales han indicado que lo relevante es analizar el control *de facto*. Es decir, puede ejercerse control aun careciendo de más del 50% del paquete accionario, e incluso siendo titular de participaciones menores.
174. De acuerdo con los precedentes relevantes que se describen a continuación, ejerce control *de facto* de una sociedad quien tiene la potestad de ejercer una “influencia sustancial” en la gestión y operación de la sociedad. Ese el caso del Sr. Abu Naba respecto de Sargeant.
175. Por ejemplo, el tribunal en *Big Sky Energy Corporation v. Republic Of Kazakhstan* analizó el control desde la perspectiva de la administración de la sociedad inversora y de quién se encargaba de gestionarla.⁸⁸
176. En este sentido, el tribunal de *Plama v. Bulgaria* consideró que el control al que se refería el Artículo 17(1) del Tratado Sobre la Carta de Energía incluía el control *de facto*, en la medida en que una persona tuviera capacidad para ejercer una influencia sustancial en la gestión de la persona jurídica:

⁸⁷ **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 4.61; véase también **RL-0006**, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, ¶ 170: *Under Article 17(1)’s first limb, the question is whether the Claimant is a legal entity owned or controlled “by citizens or nationals of a third state”. A “third state” being a non-Contracting State under the ECT, it would not include France (as a Contracting State); and if a national of France “owned” and “controlled” the Claimant at all material times, it would follow that Article 17(1)’s first limb would not be satisfied in the present case. In the Tribunal’s view, the word “or” signifies that ownership and control are alternatives: in other words, only one need be met for the first limb to be satisfied, as the Claimant rightly conceded at the September Hearing [D2.37].*

⁸⁸ **RL-0005**, *Big Sky Energy Corporation v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/17/22, Award, 24 November 2021, ¶ 256-257: *“Importantly, the Respondent has failed to establish that Mr. Lawler is a nominee director who takes instructions from another entity or individual, as alleged. In examining the footnote that accompanies this general argument in the Respondent’s Memorial on Jurisdiction and Counter-Memorial on the Merits, it can be seen that the Respondent fails to provide any evidence that definitively supports this position, but rather primarily relies on its contention that the Claimant has failed to provide evidence establishing that Mr. Lawler is not merely such a nominee director. This of course relates to his role generally, and is distinct from the Respondent’s position concerning control over this arbitration which is addressed below. 257. While the Tribunal does acknowledge the Claimant’s failure to provide thoroughly compelling evidence concerning Mr. Lawler’s role in the company, the Claimant has managed to provide enough support to withstand an argument which is primarily based on the allegation that the Claimant has failed to meet its initial burden. Prior to their resignation in March 2013, the Board of Directors, empowered with controlling the business activities of the Claimant, appointed Mr. Lawler as the Sole Director, President, Secretary and Treasurer. As the Claimant correctly highlights, Mr. Lawler has had a long-standing relationship with the Claimant, having been appointed its US General Counsel in 2006. The Tribunal is not willing to characterize Mr. Lawler as a mere “nominee director”. In his role, the Tribunal sees no evidence suggesting that anyone other than Mr. Lawler manages the Claimant’s activities at the Board level, which is the role of the Sole Director. Absent any compelling evidence that Mr. Lawler takes instructions from someone else in his capacity as the Sole Director, the Tribunal is satisfied that Mr. Lawler’s execution of this role is sufficient to withstand scrutiny.”*

Also, in the Tribunal's view, ownership includes indirect and beneficial ownership; and control includes control in fact, including an **ability to exercise substantial influence over the legal entity's management, operation and the selection of members of its board of directors or any other managing body.** This interpretation appeared to be common ground between the parties: see the Respondent's Memorial at paragraphs 49 ff (page 17) and the Claimant's submissions at the September Hearing [D2.38]. What was not remotely common ground were the relevant facts⁸⁹. (énfasis añadido)

177. Por su parte, los tribunales de los casos *Thunderbird c. Mexico* y *B-Mex c. Mexico* analizaron detalladamente qué debe considerarse por "control". Si bien ambos tribunales realizan ese análisis en el marco del Artículo 1117 del TLCAN, las conclusiones a las que llegan son perfectamente extrapolables a la denegación de beneficios, ya que ambos tribunales, en su interpretación del término control, recurrieron al Artículo 1113 del TLCAN relativo a la denegación de beneficios.

178. El tribunal en *Thunderbird c. Mexico* señaló:

105 (...) el presente debate gira en torno a la cuestión de si Thunderbird ejercía el control de las EDM Minoritarias. Cabe preguntarse si el término "control" debe entenderse en sentido jurídico, o si a los efectos del Capítulo XI del TLCAN puede bastar un control de hecho.

106. El Tribunal no comparte la postura de México de que el Artículo 1117 del TLCAN obliga a probar el control jurídico. El TLCAN no define el término "control". En la acepción ordinaria del término, puede ejercerse control de diversas maneras. Por lo tanto, el Tribunal entiende que a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN basta la prueba de control efectivo o "de hecho"(...).

*107. A pesar de que Thunderbird poseía menos del 50% de la propiedad de las EDM Minoritarias, el Tribunal encuentra en el expediente pruebas suficientes de que Thunderbird ejercía un incuestionable y sistemático control de hecho sobre esas entidades. Thunderbird estuvo en condiciones de **influir significativamente** sobre el proceso de adopción de decisiones de EDM y, a través de las actividades, funcionarios, recursos y experiencia técnica de Thunderbird, fue impulso constante de las actividades empresariales de EDM en México.*

108. En el mundo corporativo internacional es muy común controlar una actividad empresarial sin ser propietario de la mayoría de los derechos de voto en las asambleas de accionistas. También puede obtenerse el control a través de la facultad de decidir y ejecutar, en los hechos, las decisiones clave de las actividades de negocios de una empresa y, bajo ciertas circunstancias, a través de uno o más factores, como tecnología, acceso a suministros, acceso a mercados, acceso al capital, conocimientos técnicos, y de un prestigio que confiera autoridad. La propiedad y el control jurídico pueden garantizar que el propietario o la entidad que ejerce ese control, tenga en última instancia el derecho de adoptar decisiones clave. No obstante, si en la práctica una persona ejerce decisiones con la expectativa de recibir un retorno económico por su

⁸⁹ **RL-0006**, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, ¶ 170.

esfuerzo y puede eventualmente ser responsable por las decisiones impropias que adopte, cabe concebir la existencia de un vínculo genuino en virtud del cual esa persona ejerce el control de la empresa.⁹⁰ (énfasis añadido)

179. El tribunal de *B-Mex c. Mexico*, por su parte, indicó:

205. (...) “control” puede significar tanto la capacidad legal de control como el control de facto. Por ende, el Artículo 1117 resulta aplicable toda vez que el inversionista: (...) c. no tenga la propiedad de una cantidad de partes sociales suficiente como para otorgar la capacidad legal de control pero que, de cualquier otro modo, sea capaz de ejercer el control de facto (...).

239 El marco dentro del cual el Tribunal analizó las pruebas del control de facto es el que expone el tribunal de *Thunderbird*, que el Tribunal consideró persuasivo. El tribunal de *Thunderbird* concluyó que el hecho de “est[ar] en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones” y ser “impulso” en la empresa serían pruebas esenciales del control de facto. Más allá de la influencia en el proceso de adopción de decisiones, el tribunal de *Thunderbird* también consideró otros factores como (i) el hecho de estar expuesto a las consecuencias económicas de las decisiones en la empresa y (ii) los conocimientos y la participación en la capitalización y el manejo del negocio. En opinión del Tribunal, estos son meros ejemplos de factores relevantes, pero de ninguna manera son los únicos. El expediente demuestra que las Demandantes ejercieron una influencia dominante en el proceso de toma de decisiones de *E-Games*: a. Control del Consejo; b. Control sobre el voto de los socios; c. Control sobre la constitución; d. Control sobre la dirección y el objetivo de *E-Games*; e. Exposición económica al negocio.⁹¹ (énfasis añadido)

180. En este caso, diversos elementos confirman que el Sr. Abu Naba'a tiene la potestad de ejercer, y en efecto ejerció, una influencia significativa en la gestión y operación de Sargeant.

181. Desde el punto de vista formal, el Sr. Abu Naba'a es el propietario del 50% del accionariado de Sargeant, y es el Vicepresidente de la sociedad.⁹² Además, es apoderado de Sargeant con facultades amplísimas para su representación, contando con sola firma para actuar por la sociedad en diversos actos.

182. En los hechos, es quien administra y conduce la gestión de Sargeant, siendo a todos los efectos la cara visible de Sargeant ante el Estado dominicano y quien de hecho introdujo el negocio de Sargeant al país.⁹³

183. El Sr. Mustafá Abu Naba señala expresamente “*I have always managed Sargeant's on-the-ground activities from the Dominican Republic*”., mientras que afirma que Harry Sargeant

⁹⁰ **RL-0007**, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo de 26 de enero de 2006 ¶¶ 105-108.

⁹¹ **RL-0008**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶ 240.

⁹² **R-0035**, Certificado del Registro Mercantil de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo.

⁹³ Declaración Testimonial de Mustafa Abu' Naba, ¶¶ 6-7.

III se limitaba a “[*oversee*] Sargeant’s logistics operations remotely from their offices in Florida and Texas”⁹⁴.

184. La documentación societaria de Sargeant confirma que las facultades del Sr. Mustafá Abu Naba para controlar y gestionar la sociedad eran amplísimas, pudiendo ejercer una evidente influencia en el proceso de adopción de decisiones de Sargeant de forma continua e ininterrumpida desde su constitución.
185. Por ejemplo, el Acta de Asamblea General Extraordinaria de 13 de marzo de 2013, aprobaba “*otorgar poder al Sr. MUSTAFA ABU NABA’A, socio de la empresa para que sea el gestor o representante de la misma en la República Dominicana*”⁹⁵.
186. Por su parte, mediante la resolución de la Junta de Directores de Sargeant de 25 de abril de 2014, se resolvió que “*el Sr. Mustafá Abu Naba (...) tiene por la presente autorización y poder suficiente para dirigir y ejecutar (...) y firmar todos los actos necesarios, para negociar la forma de pago para efectuar o llevar a cabo los propósitos y la intención de las resoluciones que aquí se enuncian.*”⁹⁶
187. Adicionalmente, la declaración del Sr. Mustafá Abu Naba acredita que era el responsable de reunirse con las personas relevantes y altos funcionarios del Gobierno de República Dominicana durante sus distintas administraciones;⁹⁷ y quien negociaba con el MOPC el contenido de los distintos contratos que suscribía Sargeant⁹⁸ y las propuestas que presentaba⁹⁹.
188. Además, el Sr. Mustafá Abu Naba ha sido el encargado de firmar todos los contratos de Sargeant con el MOPC y otras entidades desde su constitución en 2003: el Contrato 2003,¹⁰⁰ el Contrato 2013 y sus anexos,¹⁰¹ el denominado Contrato de Arrendamiento del Muelle,¹⁰² y el Contrato 2017.¹⁰³
189. El grado de influencia en la operación y suerte económica de la compañía es de tal entidad que enormes sumas de dinero por servicios de Sargeant al MOPC, más de USD 65 millones, fueron cobrados directamente por el Sr. Abu Naba’a.
190. En efecto, el 1 de noviembre de 2016, Sargeant cedió a favor del Sr. Abu Naba’a créditos contra el MOPC por la suma total de USD 23.000.000.¹⁰⁴

⁹⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 16.

⁹⁵ **R-0031**, Acta de la Asamblea General Extraordinario de Sargeant Petroleum, LLC de 13 de marzo de 2013

⁹⁶ **R-0036**, Resolución de la Junta de Directores de Sargeant de 26 de mayo de 2014; véase también **R-0037**, Resolución de la Junta de Directores de Sargeant de 11 de febrero de 2015 y **R-0037** Resolución de la Junta de Directores de Sargeant de 26 de octubre de 2017;

⁹⁷ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶¶ 41, 53, 54, 55, 61, 70, 83, 88.

⁹⁸ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 47.

⁹⁹ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 77.

¹⁰⁰ **MAN-0006**, Contrato 2003.

¹⁰¹ **LC-0003**, Contrato 2013; **MAN-0007**, Adendas de Contrato 2003.

¹⁰² **MAN-004**, Contrato de Arrendamiento del Muelle.

¹⁰³ **LC-0003**, Contrato 2013; **MAN-0007**, Adendas de Contrato 2003.

¹⁰⁴ **R-0038**, Acuerdo de cesión de créditos entre Sargeant y Mustafa Abu’ Naba de fecha 1 de noviembre de 2016.

191. El 9 de mayo de 2018, la Asamblea General Extraordinaria de Sargeant resolvió ceder cuatro créditos de Sargeant contra el MOPC al Sr. Abu Naba'a por la exorbitante suma de USD 45.744.020,02.¹⁰⁵
192. En definitiva, la abrumadora prueba existente acredita que el Sr. Abu Naba'a controla a Sargeant, bajo el estándar y elementos propuestos por los tribunales internacionales.
193. En efecto, el Sr. Abu Naba'a ha estado siempre en condiciones de ejercer una influencia significativa en el proceso de toma de decisiones de Sargeant y de hecho la ha ejercido; tenía capacidad para decidir y ejecutar, en los hechos, las decisiones clave de las actividades de negocios de Sargeant; tenía poder suficiente para controlar las decisiones de gestión, dirección y operación de Sargeant, y así lo ha hecho; teniendo, además, un evidente beneficio económico como demuestran las cesiones de millonarias sumas efectuadas por Sargeant al Sr. Abu Naba'a.¹⁰⁶
194. Así, siendo el Sr. Abu Naba'a un ciudadano tanto de la Parte que deniega beneficios (República Dominicana) como de un país que no es parte del DR-CAFTA (Jordania), el segundo requisito previsto por el Artículo 10.12(2) del DR-CAFTA se encuentra satisfecho.
195. En virtud de lo expuesto, la República Dominicana deniega los beneficios del DR-CAFTA a Sargeant según lo previsto en el Artículo 10.12(2) del DR-CAFTA.

3.3 PRIMERA OBJECIÓN RATIONE MATERIAE: SARGEANT NO TIENE UNA INVERSIÓN PROTEGIDA BAJO EL DR-CAFTA

196. Este Tribunal también carece de jurisdicción ya que Sargeant no ha demostrado ser titular de una inversión protegida bajo los Artículos 10.1 y 10.28 del DR-CAFTA y no puede, por lo tanto, invocar sus protecciones sustantivas ni su oferta de arbitraje.
197. El Artículo 10.1(1) del DR-CAFTA, al definir su ámbito de aplicación, prevé:

Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

(a) los inversionistas de otra Parte;

(b) las inversiones cubiertas las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a los inversionistas de la otra Parte y a las "inversiones cubiertas" ...

198. Por lo tanto, para invocar la aplicación del DR-CAFTA, el presunto inversor, además de demostrar que es un inversionista de una Parte, debe demostrar la existencia de (i) medidas adoptadas por el Estado Parte, (ii) relativas a una inversión cubierta.
199. Por su parte, el Artículo 2.1 de Definiciones Generales prevé que

¹⁰⁵ **R-0039**, Segunda Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 9 de mayo de 2018; véase también **R-0040**, Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 5 de julio de 2018; **R-0041**, Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 26 de octubre de 2017.

¹⁰⁶ **R-0038**, Acuerdo de cesión de créditos entre Sargeant y Mustafa Abu' Naba de fecha 1 de noviembre de 2016; **R-0039**, Segunda Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 9 de mayo de 2018; véase también **R-0040**, Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 5 de julio de 2018; **R-0041**, Acta de Asamblea Extraordinaria de Sargeant de fecha 26 de octubre de 2017.

inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión, de acuerdo a la definición del Artículo 10.28 (Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte existente en la fecha de entrada en vigor de este Tratado o establecida, adquirida o expandida después de esa fecha. (énfasis añadido)

200. El Artículo 10.28 define a las inversiones de la siguiente manera:

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

(a) una empresa;

(b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;

(c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;

(d) futuros, opciones y otros derivados;

(e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;

(f) derechos de propiedad intelectual;

(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y

(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda. (énfasis añadido)

201. Si bien el presente es un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, y el *double-barreled test* bajo Artículo 25 del Convenio CIADI no es directamente aplicable, el DR-CAFTA incluye en la propia definición de inversión la exigencia de que el demandante demuestre que su inversión cuenta con las características propias de una inversión. Ello ha sido ratificado por tribunales bajo el DR-CAFTA recientemente.¹⁰⁷

202. En aplicación de dicha norma, por lo tanto, la definición de inversión requiere a Sargeant demostrar:

i. La existencia de un activo de propiedad de Sargeant o controlado por éste;

ii. Que cumpla con las características propias de una inversión.

203. Sargeant invoca como su inversión en la República Dominicana, por un lado, el Contrato 2013 en sí mismo y unas órdenes de compra supuestamente impagas e inventario supuestamente adquirido por Sargeant bajo el Contrato 2013. Por otra parte, invoca un conjunto de otros elementos respecto de los cuales no realiza ningún reclamo ni explica

¹⁰⁷ **RL-0009**, *The Lopez-Goyne Family Trust and others v. Republic of Nicaragua*, ICSID Case No. ARB/17/44, Award, 1 March 2023, ¶¶ 329-330.

cómo se ven impactados por las supuestas medidas de la Demandada que invoca como violatorias del Tratado.¹⁰⁸

204. En su Memorial de Demanda, al justificar la jurisdicción, Sargeant no realiza ningún esfuerzo argumentativo para demostrar que lo que invoca como inversiones cubiertas se ajustan a la definición de inversión antecitada.¹⁰⁹
205. Además de no demostrar la existencia y propiedad de varios de los elementos que identifica como su inversión, como se detallará a continuación, tampoco indica ni cómo esos elementos cumplen con las características de una inversión ni como encajan en algunas de las formas de inversión listadas en el Artículo 10.28.
206. Como veremos a continuación, ninguno de los elementos invocados por Sargeant califica como una inversión cubierta bajo el DR-CAFTA.

3.3.1 El Contrato 2013 no es una inversión

207. La demanda de Sargeant refiere esencialmente a una pretensión de cobro de facturas por venta de bienes y servicios. Las únicas “medidas” que invoca Sargeant como violatorias del DR-CAFTA y por las cuales articula un reclamo, son la supuesta falta de pago de facturas supuestamente adeudadas bajo un contrato comercial ordinario.
208. La pretensión de Sargeant, por lo tanto, no refiere a medidas relativas a una inversión cubierta, como exige el Artículo 10.1(1) del DR-CAFTA para su aplicabilidad.
209. El Contrato 2013 no es una inversión cubierta bajo el DR-CAFTA, por cuanto: (i) el propio DR-CAFTA excluye a texto expreso de la definición de inversión, las pretensiones de pago por venta de bienes o servicios; y (ii) el Contrato 2013 no cumple con las características de una inversión bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.
210. En primer lugar, la definición de inversión prevista en el Artículo 10.28 del DR-CAFTA prevé, en su nota al pie 12, la siguiente exclusión:

Para efectos de este Tratado, reclamos de pago que son de vencimiento inmediato y que son resultado de la venta de mercancías o servicios no son inversiones.

211. Esta exclusión es clara, y su formulación en el DR-CAFTA es aún más categórica que la que aparece en otros tratados similares.¹¹⁰
212. El reclamo de Sargeant es un reclamo de pago resultante de la venta de mercancías (suministro de asfalto) y de servicios (almacenamiento de asfalto). Por lo tanto, no es un

¹⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 139.

¹⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 139.

¹¹⁰ Véase por ejemplo **RL-0010**, Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú, capítulo 10, nota 16: “Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características.” (énfasis añadido); **RL-0011**, Trade Promotion Agreement entre Estados Unidos y Colombia, capítulo 10, nota 12: “Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics”.

reclamo relativo a una inversión. La intención de las partes contratantes del DR-CAFTA es meridianamente clara en excluir reclamos como el formulado por Sargeant.

213. En segundo lugar, el Contrato 2013 es un contrato comercial ordinario y por lo tanto no califica como una inversión.
214. Si bien el Artículo 10.28, en su literal (e), incluye algunos tipos de contratos como ejemplos de inversiones, a saber, “*contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares*”, el Contrato 2013 no se asemeja a ninguno de estos contratos, y es exactamente el tipo de contrato que los tribunales internacionales excluyen del concepto de inversión.
215. Como se detalló anteriormente, la definición de inversión del DR-CAFTA exige que los activos de propiedad del inversor cumplan con las características propias de una inversión. Las características enumeradas en el Artículo 10.28 del DR-CAFTA (compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, riesgo) son a título enunciativo.¹¹¹ Por lo tanto, resulta relevante a estos efectos tomar en cuenta los criterios enunciados por los tribunales internacionales para definir el concepto de inversión.
216. En este sentido, la jurisprudencia de inversiones excluye del concepto de inversión a los meros contratos comerciales, en particular a los contratos por venta de bienes.¹¹²
217. En el mismo sentido, Estados Unidos ha explicado, comentando la norma de un tratado de inversión idéntica al literal (e) de la definición de inversión del DR-CAFTA, que “*Ordinary commercial contracts for the sale of goods or services typically do not fall within the list in subparagraph (e)*”.¹¹³
218. El Contrato 2013 es esencialmente un contrato comercial ordinario para la venta de bienes (suministro) y servicios (almacenamiento) que, además, nunca llegó a prestarse directamente por Sargeant. En efecto, la única actividad de Sargeant bajo el Contrato 2013, realizada a través de un tercero, Intercaribe, fue vender asfalto al MOPC y cobrar por diferenciales de mínimos de almacenamiento (facturas por completo contractual).
219. Por lo tanto, el Contrato 2013 y los reclamos de pago de Sargeant bajo el mismo no son inversiones protegidas bajo el DR-CAFTA.

3.3.2 Los restantes elementos invocados por Sargeant no son inversiones cubiertas, no están en su mayoría acreditados, ni son objeto de un reclamo por parte de Sargeant

¹¹¹ Véase por ejemplo **RL-0012**, *Amec Foster Wheeler Usa Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler Usa Corporation and Process Consultants, Inc. c. República de Colombia*, Presentación de los Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB/19/34, 4 de abril de 2022, ¶ 30.

¹¹² **RL-0013**, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004 ¶ 58: “*The Tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment.*”; **RL-0014**, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 1 December 2010 ¶¶ 55-57; **RL-0015**, *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, PCA Case No. 2007-07/AA280, Award, 26 November 2009 ¶ 185-187; **RL-0016**, *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1, Award, 30 April 2014, ¶ 113.

¹¹³ **RL-0017**, *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama*, Presentación de los Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB/16/34, 28 de agosto de 2016, ¶ 16.

220. Además del Contrato 2013 en sí mismo, Sargeant señala que su inversión en la República Dominicana está compuesta por el arrendamiento de un muelle, unos supuestos gastos para reparar determinados tanques de azúcar en las Terminales 1, 2 y 3 del Puerto de Haina, unos supuestos gastos para arrendar tanques de almacenamiento en la Terminal 3, supuestos gastos en permisos y planos para construir una cuarta terminal y expandir su operación en República Dominicana, y los supuestos gastos para la construcción de un ducto.
221. Sargeant señala que incurrió en todos esos gastos para ejecutar sus obligaciones bajo el Contrato 2003 y el Contrato 2013, y para continuar prestando servicios a la República Dominicana una vez estos contratos fuesen finalizados.
222. Primero, según Sargeant, estos elementos serían accesorios al Contrato 2013, que no es una inversión cubierta como se demostró en la sección anterior, por lo que tampoco son inversiones cubiertas.
223. Segundo, con excepción del arrendamiento del muelle respecto del cual se aportan contratos de arrendamiento, que prevén un desembolso de USD 18.000 dólares anuales hasta 2019 y de USD 37,000 a partir de diciembre de 2019, montos ínfimos comparados con el reclamo de Sargeant y con los cientos de millones de dólares que ya ha percibido del Estado dominicano desde 2002 a la fecha, los restantes supuestos desembolsos no están acreditados y su monto se basa simplemente en meras estimaciones del Sr. Abu Naba'a.¹¹⁴ Tampoco se demuestra que haya sido Sargeant, y no otras entidades mencionadas en el Memorial de Demanda, como, por ejemplo, Sargeant Marine Florida o Sargeant Marine Bahamas, quien haya realizado esos supuestos desembolsos.
224. Todo ello además se ve cuestionado por el hecho de que dos meses después de suscribir el Contrato 2013, Sargeant contrató a Intercaribe para prestar las actividades previstas en el Contrato 2013.¹¹⁵
225. Tercero, Sargeant no formula ningún reclamo relacionado con estas supuestas inversiones. Su experto en daños lo señala expresamente:
- Sargeant continues to own and operate the infrastructure assets and has not claimed that the Measures have resulted in a diminution in value of the physical investments themselves. As such, there are no losses claimed in respect of these assets and I have not sought to estimate such losses.*¹¹⁶
226. El Artículo 10.1(1) DR-CAFTA prevé como requisito de aplicabilidad la existencia de medidas del Estado relativas a inversiones cubiertas. Los únicos reclamos de Sargeant en este arbitraje refieren a sumas de dinero supuestamente adeudadas por venta de mercaderías y servicios, excluidos a texto expreso por el DR-CAFTA. Por lo tanto, no existe una inversión cubierta que justifique la jurisdicción de este Tribunal.

¹¹⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu' Naba ¶¶ 27-33.

¹¹⁵ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013, artículo PRIMERO: "La empresa INTERCARIBE MERCANTIL, SAS, acuerda vender a la empresa SARGEANT PETROLEUM LLC, la cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico AC-30. Esta operación incluye el suministro, transporte, almacenamiento, y manejo del producto."

¹¹⁶ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

3.4 SEGUNDA OBJECCIÓN RATIONE MATERIAE: PARA EL HIPOTÉTICO SUPUESTO QUE SARGEANT TUVIESE UNA INVERSIÓN CUBIERTA, LA MISMA ES ILEGAL

227. Como se demostrará a continuación, Sargeant no tiene derecho a invocar las protecciones del DR-CAFTA, y carece de legitimación para presentar sus reclamaciones, porque su alegada inversión es ilegal, ya que fue adquirida en violación de la ley.

3.4.1 Las inversiones realizadas en violación de la ley no son susceptibles de protección bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional

228. Una inversión obtenida por medios ilícitos es contraria a la obligación de buena fe y trato justo en virtud del derecho internacional y el orden público, y por lo tanto es excluida de las protecciones otorgadas por el DR-CAFTA.¹¹⁷

229. Como estableció el Tribunal en *Hamester v. Ghana*:

*An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law.*¹¹⁸

230. Dicha posición es asimismo compartida por el tribunal en *Yukos v Russia*, el cual reconoció que:

*there is support in the decisions of tribunals in investment treaty arbitrations for the notion that... an investment that is made in breach of the laws of the host State may either: (a) not qualify as an investment, thus depriving the tribunal of jurisdiction; or (b) be refused the benefit of the substantive protections of the investment treaty.*¹¹⁹

231. Como señala el Prof. Zachary Douglas:

*if a plea of illegality to the effect that the investor has violated a ground of international public policy is successful, then it should result in the rejection of the claims as inadmissible.*¹²⁰

232. El requisito de legalidad de la inversión es independientemente del lenguaje específico del tratado, y es aplicable aun cuando el tratado aplicable no prevea dicho requisito a texto expreso.

¹¹⁷ **RL-0018**, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, ¶ 100: "The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State. The protection of foreign investments made in accordance with the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments."

¹¹⁸ **RL-0019**, *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, 2010, ¶¶ 123-124.

¹¹⁹ **RL-0020**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014, ¶ 1349.

¹²⁰ **RL-0021**, Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), p. 180.

233. El tribunal en *Alvarez Marin c. Panama*, bajo el texto del TLCAN que es muy similar al DR-CAFTA, entendió que los tratados de inversión únicamente protegen inversiones que no violenten la legalidad del Estado receptor, aun cuando el tratado aplicable no lo prevea expresamente:

*En opinión del Tribunal el requisito de legalidad surge implícitamente de los Tratados de inversión, y se fundamenta en un principio general de Derecho que restringe la protección jurídica internacional a inversiones realizadas sin violentar la legalidad del país receptor.*¹²¹

234. Por su parte, el tribunal en *Inceysa v. El Salvador* señaló que:

*un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, "nadie puede beneficiarse de su propio dolo".*¹²²

235. El tribunal en *Plama*, al decidir un caso bajo el TCE, declaró que las "*substantive protections of the ECT cannot apply to investments made contrary to law*"¹²³ y si bien reconoció que el TCE "*does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law*", afirmó que "[t]his does not mean... that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic and international law."¹²⁴ De acuerdo con el tribunal:

*granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle nemo auditur propriam turpitudinem allegans invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy - that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal.*¹²⁵

236. Varios tribunales arbitrales han indicado que el principio de que una inversión no estará protegida si ha sido creada en violación de los principios nacionales o internacionales de buena fe o de la ley del Estado receptor es un principio general que existen independientemente del lenguaje específico en un tratado de inversión.¹²⁶

¹²¹ **RL-0022**, *Álvarez y Marín Corporación S.A. y Otros c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/15/14, Laudo, 12 de octubre de 2018, ¶ 140

¹²² **RL-0023**, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, ¶ 242.

¹²³ **RL-0024**, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, ¶ 139

¹²⁴ **RL-0024**, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, ¶ 138

¹²⁵ **RL-0024**, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, ¶ 143; Véase también, **RL-0020**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014, ¶ 1349.

¹²⁶ **RL-0018**, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, ¶ 101: "it is the Tribunal's view that this condition - the conformity of the establishment of the investment with the national laws - is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT"; **RL-0025**, *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award, 16 May 2014, ¶ 131: "The BIT in this case does not define an 'investment' in terms that explicitly require the investment to be made in accordance with the host State's law. Nonetheless, it is now generally accepted that investments made on the basis of fraudulent conduct cannot benefit from BIT protection; and this is a principle that is independent of the effect of any express requirement in a BIT that the investment be made in accordance with the host State's law."; Véase también, **RL-0019**, *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. K.G. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award of 2010, ¶¶ 123-124; **RL-0020**, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014, ¶ 1349.

237. Por ejemplo, en *Fraport v Philippines*, el tribunal indicó que:

*even absent the sort of explicit legality requirement that exists here, it would still be appropriate to consider the legality of the investment. As other tribunals have recognized, there is an increasingly well-established international principle which makes international legal remedies unavailable with respect to illegal investments, at least when such illegality goes to the essence of the investment.*¹²⁷

238. El tribunal del caso *Mamidoil Jetoil* también compartió la opinión generalizada de que las inversiones sólo están protegidas por el derecho internacional cuando se realizan de conformidad con la legislación del Estado receptor. Según el tribunal, los Estados aceptan el arbitraje y aceptan renunciar a parte de su inmunidad de jurisdicción para fomentar y proteger las inversiones en los convenios internacionales; al hacerlo, no se puede esperar que hayan aceptado extender ese mecanismo a las inversiones que violan sus leyes.¹²⁸

239. En resumen, aunque el tratado aplicable no exija expresamente que la inversión deba iniciarse y obtenerse de acuerdo con la legislación local del Estado receptor, tal requisito puede ser impuesto por el tribunal como una cuestión de interpretación de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el tratado, o, como una causa de inadmisibilidad.

3.4.2 La alegada inversión de Sargeant es contraria al derecho dominicano y no merece protección

240. Como fue explicado en la sección 2.3.2, el Contrato 2013 fue suscrito en violación de normas y principios centrales del derecho dominicano. Durante años, Sargeant se ha beneficiado de sumas millonarias bajo un contrato que no merece protección bajo derecho dominicano, ya que es nulo de nulidad absoluta y, por tanto, no merece protección bajo el DR-CAFTA.

241. Entre otras varias irregularidades, el Contrato 2013 fue obtenido en violación de la Ley de Compras, sin que mediara un procedimiento de contratación competitivo, violando los principios de legalidad, igualdad y libre competencia, principio de transparencia y publicidad, participación, y razonabilidad.¹²⁹ Bajo derecho dominicano, la consecuencia de dicho incumplimiento normativo es la nulidad absoluta del Contrato 2013.¹³⁰

¹²⁷ **RL-0026**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014, ¶ 332.”

¹²⁸ **RL-0027**, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. c. Republic of Albania*, ICSID Case. No. ARB/11/24, Award, 30 March 2015, ¶¶ 294, 359: “the Tribunal shares the widely-held opinion that investments are protected by international law only when they are made in accordance with the legislation of the host State. States accept arbitration and accept to waive part of their immunity from jurisdiction to encourage and protect investments in international conventions. In doing so, they cannot be expected to have agreed to extend that mechanism to investments that violate their laws; likewise, it cannot be expected that States would want illegal investments by their nationals to be protected under those international conventions.”; **RL-0028**, *SAUR International v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, ¶ 308: “El Tribunal entiende que la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y bona fide. El hecho de que el APRI entre Francia y la Argentina mencione o deje de mencionar la exigencia de que el inversor haya actuado en conformidad con la legislación interna, no constituye un factor relevante. El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, insita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica”;

¹²⁹ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶ 48

¹³⁰ Informe Pericial de Rafael Dickson Morales, ¶ 49

242. En segundo lugar, el Contrato 2013 se celebró sin un poder especial del Presidente de la República que autorizara al MOPC a ejecutar el contrato. Como explica el Dr. Dickson, la consecuencia de dicho incumplimiento también es la nulidad del Contrato 2013.
243. En tercer lugar, el Contrato 2013 incluyó una cláusula de exención tributaria inconstitucional. Esta exención, como explica el Dr. Dickson, viola los Artículos 128 y 244 de la Constitución, y otras leyes y decretos de la República Dominicana.¹³¹
244. Gracias a dicha exoneración tributaria inconstitucional, Sargeant ha cobrado cientos de millones de dólares del erario dominicano, sin pagar los impuestos correspondientes.
245. En este sentido, el Tribunal en *Kim c. Uzbekistán* señaló que, para analizar si una inversión no es merecedora de protección bajo un tratado de inversión por haberse realizado en violación de la ley local, resulta relevante tomar en cuenta la importancia de las normas incumplidas, la seriedad de las violaciones, y si de una combinación entre la conducta violatoria y la norma violada, resulta comprometido un interés fundamental del Estado que justifique colocar a la inversión fuera de la protección de un tratado de inversión.¹³²
246. En este caso, todos esos elementos justifican que el Tribunal concluya que la inversión de Sargeant, de existir, es ilegal. Todas estas ilegalidades son serias y de entidad, y tienen consecuencias graves bajo derecho local, como explica el Dr. Dickson.¹³³ La violación de esas normas le han costado al Estado dominicano cientos de millones de dólares, y ha dejado de percibir otros cientos de millones en impuestos.
247. En virtud de las diversas ilegalidades de la operativa de Sargeant en el país, el MOPC ha actuado en consecuencia y promovido una demanda ante la justicia contencioso-administrativa buscando la nulidad de los Contratos 2003 y 2013, y la devolución de las sumas percibidas indebidamente por Sargeant.
248. Las ilegalidades concretas ya identificadas determinan por sí solas la ilegalidad de la inversión, pero es indicativo además considerarlas junto con otros elementos del contexto y circunstancias de la operativa de Sargeant en el país, a saber:
- i. El hecho de que el Contrato 2013 se haya continuado ejecutando más allá del consumo de los galones contratados, al igual que el Contrato 2003 que se continuó ejecutando una vez vencido su plazo;
 - ii. el Acuerdo de Compra de Asfalto entre Sargeant e Intercaribe mediante la cual Sargeant compró todo el volumen de AC-30 del Contrato 2013 para suministrarle al MOPC, cuando según Sargeant ese suministro era totalmente opcional y podía no ocurrir;¹³⁴
 - iii. el vínculo de Sargeant e Intercaribe en sí mismo, considerando que esa sociedad era del Lic. Donald Guerrero, quien luego como Ministro de Hacienda aprobaba pagos millonarios a Sargeant, Intercaribe y el Sr. Abu Naba'a, y ahora se encuentra

¹³¹ Informe Pericial de Rafael Dickson, ¶¶ 66-67.

¹³² **RL-0029**, *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 8 March 2017, ¶¶ 404-408.

¹³³ Informe Pericial de Rafael Dickson

¹³⁴ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

en prisión por hechos relacionados a cesiones de crédito y pagos aprobados en el ejercicio de sus funciones públicas;¹³⁵

- iv. el hecho de que el Sr. Abu Naba'a haya tenido acceso a memorándums internos del MOPC, como se explica en la declaración testimonial del Ministro Ascención;¹³⁶
 - v. la cercanía del Sr. Abu Naba'a con altas autoridades del Gobierno dominicano durante varios años;¹³⁷ y
 - vi. los antecedentes de corrupción de las empresas vinculadas a Sargeant en el mercado de asfalto en contratos con entidades públicas latinoamericanas.¹³⁸
249. En virtud de todos esos elementos, la República Dominicana se reserva el derecho de invocar otras ilegalidades que surjan ya sea de la prueba a producirse en este arbitraje y/o de otras investigaciones que se lleven a cabo.
250. Por lo anterior, la supuesta, y negada, inversión de Sargeant, en caso de existir, es contraria al derecho dominicano y no es susceptible de protección bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional.

3.5 TERCERA OBJECCIÓN *RATIONE MATERIAE*: LA PRESENTE NO ES UNA CONTROVERSIA RELATIVA A UNA INVERSIÓN BAJO EL ARTÍCULO 10.16(1) DEL DR-CAFTA SINO UNA DISPUTA MERAMENTE CONTRACTUAL POR COBRO DE FACTURAS

251. El reclamo de Sargeant no se encuentra alcanzado por el compromiso arbitral del DR-CAFTA ya que se trata de un reclamo meramente contractual. Sargeant ha planteado un litigio por cobro de facturas.
252. Sargeant es plenamente consciente de ello, y por ello intenta forzar la jurisdicción del Tribunal sosteniendo que la cláusula de NMF le permite importar cláusulas paraguas de otros Tratados, o que el Contrato 2013 es un acuerdo de inversión. Ambos argumentos, como se demostrará, son improcedentes.
253. La República Dominicana no consintió someter a arbitraje bajo el DR-CAFTA disputas meramente contractuales. Según el Artículo 10.16(1) DR-CAFTA, podrán someterse a arbitrajes reclamaciones en las que se alegue que el demandado ha violado:

¹³⁵ **R-0013**, Información del sitio Open Corporates sobre Intercaribe Mercantil SAS; **R-0014**, Documentos corporativos de Intercaribe Mercantil SAS; **R-0015**, Cartas de Banco de Reservas al Lic. Donald Guerrero Ortiz; **R-0019**, "Corte mantiene en prisión a Donald Guerrero y José Ramón Peralta", Nota de prensa de Diario Libre, 2 de junio de 2023; **R-0020**, "Ratifican prisión preventiva para Donald Guerrero y José Ramón Peralta" Nota de prensa de Listín Diario, 2 de junio de 2023; **R-0021**, "Miriam Germán dirige investigación contra Donald Guerrero y Simón Lizardo por presunta corrupción, desfalco y estafa", Nota de prensa de AdMedios, 9 de febrero de 2021.

¹³⁶ Declaración Testimonial del Ministro Ascención.

¹³⁷ Declaración Testimonial del Ministro Ascención; **R-0042**, "Mustafá Abu visitó a su hijo en prisión, y luego a Leonel en la Funglode", Nota de prensa de Acento, 26 de diciembre de 2012; **R-0043**, "Príncipe Karim", el polémico empresario estadounidense que resultó herido en accidente aéreo en Soledad", Nota de prensa de Infobae, 18 de febrero de 2023.

¹³⁸ Véase Sección 2.1.

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión, o

(C) un acuerdo de inversión.

254. Mediante dicha redacción, las Partes Signatarias excluyeron las disputas de carácter contractual –que no se sustenten en la violación de un acuerdo de inversión– de la jurisdicción del Tribunal.
255. De acuerdo con Sargeant, el Tribunal sería competente para entender esta disputa bajo los literales (A) y (C) del Artículo 10.16(1) DR-CAFTA.¹³⁹
256. Sin embargo, el argumento de Sargeant es improcedente y el Tribunal carece de jurisdicción porque el reclamo de Sargeant representa una disputa meramente contractual que debe ser resuelta ante los tribunales dominicanos (**Sección 3.5.1**); el Artículo 10.4 del DR-CAFTA no puede ser utilizado por Sargeant para importar cláusulas paraguas de otros Tratados (**Sección 3.5.2**); aún si el Artículo 10.4 fuese aplicable a esos fines, el Contrato 2013 contiene una cláusula de jurisdicción que debe ser respetada (**Sección 3.5.3**); y el Contrato 2013 no es un acuerdo de inversión (**Sección 3.5.4**).

3.5.1 La presente es una disputa meramente contractual que debe ser resuelta ante los tribunales dominicanos.

257. Las alegadas violaciones de la Sección A de DR-CAFTA por parte de la República Dominicana no son más que meros incumplimientos contractuales los cuales se encuentran excluidos de la competencia del Tribunal y deben ser remitidos a la jurisdicción Administrativa dominicana. Este es un simple litigio por cobro de facturas y no una controversia relativa a una inversión bajo el Artículo 10.16(1).
258. En efecto, los supuestos incumplimientos de la República Dominicana alegados por Sargeant son:
- i. Negarse a pagar los montos de Sargeant adeudados en virtud del Contrato 2013;
 - ii. Negarse a recibir y pagar los volúmenes de AC-30 que se habían pedido a Sargeant; y
 - iii. Excluir a Sargeant del mercado dominicano de AC-30 a favor de la competencia local.¹⁴⁰
259. La naturaleza contractual de los dos primeros puntos resulta evidente, en tanto refieren a una supuesta deuda del Contrato 2013 y al alegado incumplimiento de obligaciones de pago. El tercer reclamo es un mero intento de Sargeant de disfrazar su reclamo contractual. Además de no formular ninguna pretensión por esa tercera supuesta violación, su base fundamental y fáctica es la misma que en los otros dos reclamos: se basa en el supuesto impago de la deuda contractual. Por lo tanto, todos ellos están por fuera del consentimiento a arbitrar de la República Dominicana bajo el Tratado, y por tanto fuera de la jurisdicción del Tribunal.

¹³⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 123, 125.

¹⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 131, 171, 181.

260. Los tribunales de inversión señalan de forma constante que los reclamos de naturaleza puramente contractual no están sujetos a la jurisdicción arbitral bajo los tratados de inversión.

261. Por ejemplo, de acuerdo con el tribunal en *Abaclat*:

316. It is in principle admitted that with respect to a BIT claim an arbitral tribunal has no jurisdiction where the claim at stake is a pure contract claim. This is because a BIT is not meant to correct or replace contractual remedies, and in particular it is not meant to serve as a substitute to judicial or arbitral proceedings arising from contract claims.

Within the context of claims arising from a contractual relationship, the tribunal's jurisdiction in relation to BIT claims is in principle only given where, in addition to the alleged breach of contract, the Host State further breaches obligations it undertook under a relevant treaty. Pure contract claims must be brought before the competent organ, which derives its jurisdiction from the contract, and such organ – be it a court or an arbitral tribunal – can and must hear the claim in its entirety and decide thereon based on the contract only.¹⁴¹

262. En la misma línea el tribunal en *BP v. Argentina* dejó en claro que “sólo tiene jurisdicción sobre una reclamación basada en el tratado y que no puede conocer de reclamaciones estrictamente contractuales que no entrañen una violación del TBI.”¹⁴²

263. En el presente caso, el Artículo 18.2 del Contrato 2013 claramente establece que “[t]odo litigio, controversia o reclamación resultante de este Contrato o relativo al mismo, su incumplimiento, su interpretación, su resolución o nulidad será sometido a la jurisdicción Administrativa [de la República Dominicana].”¹⁴³ Por lo tanto, son dichos tribunales, y no uno constituido bajo el DR-CAFTA, el competente para decidir sobre los reclamos de Sargeant.

264. El tribunal en *Abaclat* proporcionó un criterio para determinar cuando la acción de un Estado respecto de un contrato asciende a un ilícito internacional, siendo para ello necesario que dicho incumplimiento derive de una acción soberana:

¹⁴¹ **RL-0030**, *Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, ¶ 316; **RL-0031**, *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, ¶ 103: “In order for a breach of contract to serve as the basis for jurisdiction of a tribunal in an investment arbitration, such breach must at the same time, and for reasons inherent in the investment protection treaty itself, amount to a violation of that treaty, one that could not be resolved by using the ordinary procedure. Among the matters falling within the scope of the jurisdiction *ratione materiae* of an arbitral tribunal in an investment case are acts by the host State in the exercise of its public powers (“actes de puissance publique”) that deprive the foreign investor of its rights in violation of the guarantees offered by the Agreement.”

¹⁴² **RL-0103**, *BP America Production Company and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, ¶ 91. Véase también, **RL-0013**, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, ¶ 78, donde el tribunal confirmó que no tenía jurisdicción, ya que una garantía bancaria es claramente un elemento comercial del contrato y los argumentos del demandante de que la no liberación de la garantía constituye una violación del Tratado eran difíciles de aceptar.

¹⁴³ **LC-0003-ENG/SPA**, Contrato 2013, artículo 18.2.

318. *A claim is to be considered a pure contract claim where the Host State, party to a specific contract, breaches obligations arising by the sole virtue of such contract. This is not the case where the equilibrium of the contract and the provisions contained therein are unilaterally altered by a sovereign act of the Host State. This applies where the circumstances and/or the behavior of the Host State appear to derive from its exercise of sovereign State power. Whilst the exercise of such power may have an impact on the contract and its equilibrium, its origin and nature are totally foreign to the contract.*¹⁴⁴

265. De forma similar, el tribunal en *Conviaf Callao v Peru* señaló que el Estado debe haber actuado más allá de su rol de mera parte contractual, ejerciendo facultades soberanas:

*En los casos que implican relaciones contractuales con el Estado, la protección prevista por un estándar internacional sólo debe ser acordada si se comprueba que el Estado actuó más allá de su rol de mera parte contractual, con el objetivo de desconocer no sólo obligaciones de carácter contractual, sino también obligaciones de carácter internacional por medio del ejercicio de sus facultades soberanas. Por tanto, para establecer la responsabilidad internacional del Estado es menester establecer la existencia de un "elemento soberano" que haya frustrado las expectativas legítimas del inversor.*¹⁴⁵

266. En la misma línea el tribunal en *Impregilo v Pakistan* indicó:

*In fact, the State or its emanation, may have behaved as an ordinary contracting party having a difference of approach, in fact or in law, with the investor. In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority ("puissance publique"), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT. In other words, the investment protection treaty only provides a remedy to the investor where the investor proves that the alleged damages were a consequence of the behaviour of the Host State acting in breach of the obligations it had assumed under the treaty.*¹⁴⁶

267. Aplicando el estándar propuesto en *Impregilo v Pakistan*, el tribunal en *Bureau Veritas* concluyó que para que prospere una reclamación en que se alegue la violación del tratado, la demandante tendría que demostrar los actos del estado pongan de manifiesto un acto de "puissance publique", es decir de una "actividad que exceda la de una parte contratante ordinaria".¹⁴⁷

¹⁴⁴ **RL-0030**, *Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, ¶ 318.

¹⁴⁵ **RL-0032**, *Conviaf Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/10/2, Final Award, 21 May 2013; véase también **RL-0033**, *UAB E energija v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award of the Tribunal, 22 December 2017, ¶ 838: "Moreover, the breach by a State of a representation made in a contract may not suffice to give rise to a breach of the standard of fair and equitable treatment since a distinction must be made between pure contract claims and treaty claims. The Tribunal considers that, as a general rule, a breach of contract is unlikely on its own to amount to a breach of the standard of fair and equitable treatment, and the State would have to have acted in its sovereign capacity".

¹⁴⁶ **RL-0034**, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan (II)*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, ¶ 260.

¹⁴⁷ **CL-0034-ENG**, *Bureau Veritas v. Paraguay*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, ¶ 125.

268. En el presente caso, el MOPC no ejerció facultades *ius imperium* en la ejecución de los Contratos de 2003 y 2013. Las actuaciones del MOPC reprochadas por Sargeant constituirían, a lo sumo, incumplimientos contractuales, sin que se alegue ni pruebe ninguna medida legislativa o regulatoria que haya frustrado la supuesta, y negada, inversión de Sargeant.
269. Sargeant ni siquiera alega que el MOPC haya actuado en ejercicio de su *ius imperium*, y por ello directamente acude a intentar importar una cláusula paraguas mediante la cláusula NFM del DR-CAFTA.
270. Lo único que argumenta Sargeant, refiriendo al Comentario de los Artículos de Atribución de Responsabilidad Internacional, es que el incumplimiento de un contrato entre un instrumento estatal y un inversor extranjero es imputable al Estado y, en determinadas circunstancias, dicho incumplimiento equivale a un hecho internacionalmente ilícito. Asimismo, Sargeant indica que no es pertinente a los efectos de la atribución que el comportamiento del órgano del Estado pueda calificarse de comercial o de *acta iure gestionis*.¹⁴⁸
271. Sin embargo, como es señalado por los tribunales antes mencionados, un mero incumplimiento contractual por parte de una entidad estatal –al margen de que pueda eventualmente serle atribuido al Estado– no es *per se* suficiente para generar responsabilidad internacional. Lo anterior resulta claro de la lectura completa de la sección del Comentario de los Artículos de Atribución de Responsabilidad Internacional, que Sargeant cita parcialmente:
- It is irrelevant for the purposes of attribution that the conduct of a State organ may be classified as “commercial” or as acta iure gestionis. Of course, the breach by a State of a contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as a denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party. But the entry into or breach of a contract by a State organ is nonetheless an act of the State for the purposes of article 4, and it might in certain circumstances amount to an internationally wrongful act.*¹⁴⁹
272. No cabe duda de que nos encontramos frente a actos puramente comerciales sin invocación ni ejercicio de poder soberano alguno por parte del MOPC.
273. En relación a los primeros dos incumplimientos que invoca Sargeant (falta de pago de facturas bajo el Contrato 2013 y falta de recepción y pago de órdenes de compra), ello es claro de su mera lectura. En lo que refiere al tercer supuesto incumplimiento de la República Dominicana (excluir a Sargeant del mercado dominicano de AC-30 en favor de la competencia local), la base fundamental del reclamo es la misma que para los primeros dos incumplimientos, esto es, el incumplimiento del Contrato 2013. Además, Sargeant no formula ningún reclamo por esa supuesta tercera violación al Tratado.
274. Según el tribunal en *Cristalex v Venezuela*:

¹⁴⁸ Memorial de Demanda, ¶ 159.

¹⁴⁹ CL-0008-ENG, ¶ 41.

To determine whether, as a matter of jurisdiction, the Claimant is bringing contract or treaty claims, the Tribunal must consider, to use the words of the Vivendi I annulment committee, the "fundamental basis of the [Claimant's] claim". The Tribunal's starting point will be the Claimant's prayers for relief and the formulation of its claims, as it is for a claimant to file its claim and thus define the nature of the claim that it submits before a tribunal. However, it would of course not be sufficient for a claimant to simply label contract breaches as treaty breaches to avoid the jurisdictional hurdles present in a BIT. The Tribunal's jurisdictional inquiry is a matter of objective determination, and the Tribunal would in case of pure "labeling" be at liberty and have the duty to re-characterize the alleged breaches.¹⁵⁰

275. En su Memorial de Demanda, Sargeant no particulariza en forma clara cómo la República Dominicana ha excluido a Sargeant del mercado dominicano de AC-30 en favor de la competencia local. Es más, su argumentación se torna circular en la Sección VII de su Memorial (trato nacional), que es la sección en donde se esperaría encontrar los argumentos relativos a la exclusión en favor de los inversores nacionales. Sin embargo, allí Sargeant meramente repite que dicho incumplimiento se basa en:

- i. Negarse a pagar los montos de Sargeant supuestamente adeudados en virtud del Contrato 2013;
- ii. Negarse a aceptar la entrega y pagar los volúmenes de AC-30 que supuestamente se habían pedido a Sargeant; y
- iii. Excluir a Sargeant del mercado dominicano de AC-30 a favor de la competencia local.¹⁵¹

276. También resulta revelador el hecho de que, al argumentar que las violaciones del Tratado por parte del MOPC continúan hasta el día de hoy, Sargeant solo se refiere al hecho de que la supuesta deuda por facturas bajo el Contrato 2013 sigue impaga.¹⁵²

277. De hecho, Sargeant no formula un reclamo de daños independiente por esa supuesta exclusión del mercado dominicano. En este sentido, su perito en daños, indica:

Sargeant claims that the actions of the MOPC have excluded Sargeant from the Dominican Republic AC-30 market, and that this had the effect of causing "injury" to the value of the Claimant's investment in the Dominican Republic. I have not been instructed to perform an assessment of the Claimant's loss resulting from this alleged breach, at this time.¹⁵³

278. De acuerdo con el tribunal en *Crystallex*, el punto de partida del análisis para determinar la naturaleza del reclamo son las pretensiones del Demandante y la formulación de éstas. En base a lo anterior, resulta claro que, a pesar de que Sargent haya disfrazado los alegados

¹⁵⁰ **RL-0034**, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, ¶ 475.

¹⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 181.

¹⁵² Memorial de Demanda, ¶ 98-99.

¹⁵³ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.3.

incumplimientos contractuales como violaciones del Tratado, la base fundamental de los mismos sigue siendo en todos los casos el supuesto incumplimiento del Contrato 2013.

279. Si Sargeant consideraba que el Estado dominicano le debía las facturas que exige, debió iniciar el procedimiento judicial correspondiente para reclamar su pago. La Demandante no ha alegado que se le haya obstaculizado de ningún modo el ejercicio de los recursos legales previstos en el Contrato 2013.
280. Por lo tanto, el Tribunal debe desestimar el presente reclamo en favor de los tribunales judiciales dominicanos, los cuales resultan competentes bajo el Artículo 18.6 del Contrato 2013.

3.5.2 La cláusula de NMF del Artículo 10.4 del DR-CAFTA no permite importar una cláusula paraguas ni es aplicable

281. Sargeant alega la aplicación del Artículo 10.4 DR-CAFTA, tanto en materia de ley aplicable,¹⁵⁴ así como con respecto a los incumplimientos de la República Dominicana de sus obligaciones bajo el Tratado.¹⁵⁵ De acuerdo con Sargeant, “*numerosos tribunales internacionales*” han sostenido que cláusulas de NMF “*en términos similares al Artículo 10.4*” permiten a un inversor recurrir a cláusulas paraguas contenidas en tratados celebrados por el Estado con terceros estados.¹⁵⁶ En concreto, Sargeant busca recurrir al Artículo 3(4) del tratado entre República Dominicana y el Reino de los Países Bajos de 2006, y/o a al Artículo 12(2) del tratado entre la República Dominicana y Finlandia.¹⁵⁷ Según Sargeant, en aplicación de la cláusula de NMF, el supuesto incumplimiento del Contrato 2013 es automáticamente un incumplimiento al DR-CAFTA.¹⁵⁸
282. El argumento de Sargeant es improcedente por múltiples e independientes razones.
283. En primer lugar, el Artículo 10.4 DR-CAFTA no es aplicable al presente caso porque los tratados de inversión que invoca Sargeant son anteriores al DR-CAFTA y resulta aplicable la reserva formulada por la República Dominicana bajo el Artículo 10.13 DR-CAFTA (**Sección 3.5.2(i)(a)**), y porque el Artículo 10.13 excluye la aplicación de la cláusula de NMF a la contratación pública (**Sección 3.5.2(i)(b)**). En segundo lugar, en aún si la cláusula de NMF fuere en abstracto aplicable, los requisitos del Artículo 10.4 DR-CAFTA no se cumplen (**Sección 3.5.2(ii)**). Finalmente, las cláusulas de NMF no permiten importar cláusulas paraguas de otros tratados de inversión (**Sección 3.5.2(iii)**).

(i) La aplicación de la cláusula de NMF es excluida por el Artículo 10.13 DR-CAFTA

284. Para que una cláusula de NMF de un tratado base permita la importación de una norma de protección más favorable de un tratado de un tercero, primero debe establecerse la

¹⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶ 116.

¹⁵⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 119, 193-212.

¹⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶ 195.

¹⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 199, 205.

¹⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 211-212.

aplicabilidad de esa cláusula NMF al tratado base.¹⁵⁹ Es decir, la Demandante debe establecer, en primer lugar, que la disposición de NMF del tratado base es aplicable. Luego, basándose en esa disposición, podrá importar –o no– una norma de protección más favorable de un tratado de terceros.¹⁶⁰ En este caso, Sargeant debía haber establecido primero que la disposición de NMF, es decir, el Artículo 10.4 DR-CAFTA, es aplicable. Ello incluye demostrar que el presente caso no queda alcanzado por ninguno de los supuestos del Artículo 10.13 DR-CAFTA. No lo ha hecho.

285. El Artículo 10.13, titulado “Medidas disconformes”, prevé una serie de excepciones a la aplicación de la cláusula de NMF y de Trato Nacional. El Artículo 10.13 opera como una excepción a la jurisdicción del Tribunal,¹⁶¹ por lo que aún si se cumplieran con los requisitos del Artículo 10.4 – *quod non* – dichos supuestos quedarían fuera de la competencia del Tribunal.
286. El Artículo 10.13 no aparece ni siquiera una vez en los escritos de la Demandante, quien tiene la carga de demostrar la jurisdicción del Tribunal. Como se verá, el Artículo 10.13 es fatal para su caso.
287. En línea con lo indicado por el tribunal en *Resolute Forest v Canada*, el Tribunal debería comenzar con el análisis del Artículo 10.13 antes de abordar el análisis del Artículo 10.4, ya que, si el Tribunal determinara que la materia de la controversia está cubierta por dichas excepciones, las obligaciones establecidas en el Artículo 10.4 no aplican y el argumento de Sargeant debe ser desestimado sin más trámite.¹⁶²
288. En este caso, las siguientes dos exclusiones del Artículo 10.13 resultan aplicables.
- (a) *La República Dominicana realizó una reserva aplicable a todos los sectores bajo el Artículo 10.13.2*
289. De conformidad con el Artículo 10.13.2, la cláusula de NMF “*no se aplica[rá] a cualquier medida que [la República Dominicana] adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.*”
290. Tal como se indica en su Lista del Anexo II, la República Dominicana realizó una reserva aplicable a “Todos los Sectores”, respecto de sus obligaciones de trato de NMF (Artículo 10.4), en los siguientes términos:

¹⁵⁹ **RL-0035**, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, ¶ 145: “*Or, in fewer words, one must be under the treaty to claim through the treaty*”. Véase también, **CL-0026-ENG**, *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, ¶ 401.

¹⁶⁰ **CL-0026-ENG**, *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, ¶ 401.

¹⁶¹ Véase **RL-0036**, *Astrida Benita Carrizosa v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/05, Submission of the United States of America, 1 May 2020, ¶ 17, explicando que el Tribunal “*has no jurisdiction to consider*” reclamos que se encuentren dentro del alcance de reservas realizadas por los Estados parte.

¹⁶² **RL-0037**, *Resolute Forest Products Inc. v. Canada*, PCA Case No. 2016-13, Final Award, 25 July 2022, ¶ 371.; véase también **RL-0038**, *Mercer International, Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, ¶ 6.50.

*República Dominicana se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue trato diferente a países de conformidad con cualquier tratado bilateral o multilateral internacional en vigor o que se suscriba antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.*¹⁶³

291. Dicho de otro modo, la República Dominicana se ha reservado el derecho de otorgar un trato diferencial a los inversores de cualquier país que tenga un tratado preexistente con la República Dominicana. Dicho sentido del texto ha sido confirmado por Estados Unidos – país de constitución Sargeant–, y por otros países.
292. Por ejemplo, Estados Unidos, refiriéndose a una reserva idéntica en el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia, indicó que un tribunal no tiene jurisdicción para considerar cualquier trato más favorable otorgado en virtud de acuerdos anteriores.¹⁶⁴ El foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) ha ofrecido la misma interpretación confirmado que en dichos casos el compromiso de NMF se aplicará de forma prospectiva pero no retrospectiva.¹⁶⁵
293. Esta reserva se aplica en este caso, ya que todos los tratados con terceros países invocados por Sargeant bajo la cláusula de NMF son anteriores a la entrada en vigencia del DR-CAFTA para la República Dominicana, esto es, el 1 de marzo de 2007.¹⁶⁶
294. Sargeant recurre a la cláusula NMF en un intento de importar la cláusula paraguas contenida en el Artículo 3(4) del Tratado de Bilateral de Inversión entre la República Dominicana y el Reino de los Países Bajos.¹⁶⁷ Sin embargo, dicho tratado fue firmado el 3 de marzo de 2006, antes de la fecha de entrada en vigor del DR-CAFTA (i.e., 1 de marzo 2007), quedando así alcanzado por la reserva del Artículo 10.13.2.
295. Lo mismo acontece respecto de todos tratados alternativamente propuestos por Sargeant en su escrito. Los tratados entre República Dominicana-Finlandia,¹⁶⁸ y República Dominicana-Taiwan¹⁶⁹ fueron firmados en 2001; mientras que el tratado República Dominicana-Chile¹⁷⁰ se firmó en 2000, es decir antes de la entrada en vigor del DR-CAFTA en la República Dominicana.
296. Por lo tanto, la cláusula de NMF del Artículo 10.4 DR-CAFTA no puede ser utilizada para importar ninguno de los beneficios contemplados en los tratados referidos por Sargeant ya que estos quedan alcanzados por la reserva de Artículo 10.13.2, y por ende fuera de la jurisdicción del Tribunal.

¹⁶³ **RL-0001**, DR-CAFTA, ANEXO II, Lista de República Dominicana, II-RD-3.

¹⁶⁴ **RL-0036**, *Astrida Benita Carrizosa v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/05, Submission of the United States of America, 1 May 2020, ¶ 17: “a tribunal has no jurisdiction to consider any more favorable treatment extended pursuant to [prior] agreements.”

¹⁶⁵ **RL-0039**, APEC, A Guide for Telecommunications Elements of Regional Trade Agreements and Free Trade Agreements, 5 August 2010, p. 8: “In some RTAs / FTAs, Parties may, in their Schedules, include limitations on MFN reserving the right to treat service suppliers and investors of a non-Party more favourably under a previously concluded RTA / FTA. This means that the MFN commitment will apply prospectively but not retrospectively.”, disponible en https://www.apec.org/-/media/Files/Groups/TEL/2010_GuideTelecomsElementsRTAsFTAs.doc.

¹⁶⁶ Memorial de Sargeant, ¶ 127.

¹⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶ 199; **CL-0029-ENG**, firmado el 3 de marzo de 2006.

¹⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶ 205; **CL-0038-ENG**, firmado el 27 de noviembre de 2001.

¹⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶ 207-208; **CL-0039-ENG**, firmado el 5 de noviembre de 2001.

¹⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 207, 209; **CL-0040-ENG**, 28 de noviembre de 2000.

(b) *La cláusula de nación más favorecida no es aplicable a asuntos de contratación pública bajo el Artículo 10.13.5(a) del DR-CAFTA*

297. Aún si el Tribunal entendiere que la reserva del Artículo 10.13.2 no excluye la aplicación del Artículo 10.4 de MFN, su aplicación se encuentra excluida también por el Artículo 10.13.5(a) del DR-CAFTA. Dicha norma expresamente prevé que los Artículos 10.3 de Trato Nacional y 10.4 de trato de NMF no se aplican a “la contratación pública”. Es decir, para que Sargeant establezca que el Artículo 10.4 es aplicable, debería haber demostrado que el Contrato 2013 no constituye contratación pública, lo cual no ha hecho ni puede hacer.
298. El tribunal en *Mesa v Canada* analizó una disposición similar en el contexto de NAFTA.¹⁷¹ En dicho caso, el inversor argumentó que las autoridades de Ontario, a través de la empresa estatal Ontario Power Authority (OPA), habían impuesto requisitos arbitrarios para impedir su participación en un programa de tarifas de alimentación (FIT) y habían favorecido a otras empresas en circunstancias similares. El tribunal en *Mesa* concluyó que el programa FIT era en efecto contratación pública y desestimó las reclamaciones relacionadas con los Artículos de trato nacional y nación más favorecida, ya que los actos del gobierno de Ontario en el marco de contratación pública no podían ser impugnados en virtud de los mismos.¹⁷²
299. De acuerdo con el tribunal en *Mesa*, “*Article 1108(7)(a) is a “carve-out” rule. Its function is to exclude all procurement activities from the scope of some of the obligations of Chapter 11*”.¹⁷³
300. En este caso, la presunta inversión de Sargeant y su reclamo refiere sin dudas a contratación pública, por lo que se encuentra excluida del ámbito de protección del Artículo 10.4 de NMF, y por ende de la jurisdicción del Tribunal.
301. Contratación pública es definida en el Capítulo Dos del Tratado como:
- el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial.*¹⁷⁴
302. Evidentemente, el Contrato 2013 constituye contratación pública según dicha definición.
303. Primero, el objeto del Contrato 2013 expresamente refiere a la contratación por el Estado de servicios y mercancías: el servicio de almacenaje y manejo del producto, así como a la opción de venta o el suministro de este por parte de Sargeant al MOPC.

¹⁷¹ **RL-0040**, NAFTA, Article 1108: “*Reservations and Exceptions ... 7. Articles 1102, 1103 and 1107 do not apply to: (a) procurement by a Party or a state enterprise...*”

¹⁷² **CL-0026-ENG**, *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, ¶ 465.

¹⁷³ **CL-0026-ENG**, *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, ¶ 427.

¹⁷⁴ **RL-0001**, DR-CAFTA, Capítulo 2, Artículo 2.1.

Artículo 2.- OBJETO DEL CONTRATO

El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones por medio del presente documento contrata los servicios descritos más adelante de la compañía Sargeant Petroleum, Ltd., quien declara aceptar bajos los términos y condiciones acordados en el presente contrato:

a) *Servicio de almacenaje y manejo del producto*

...

B) DEL SUMINISTRO. *A opción del MOPC, EL PROVEEDOR podrá vender o suministrar el producto...*¹⁷⁵

304. Segundo, dichas mercancías o servicios fueron adquiridos por el MOPC para propósitos gubernamentales y no para su reventa comercial, como lo confirma el primer considerando del Contrato 2013, según el cual el producto será utilizado para la ejecución de obras del Gobierno Dominicano, así como la realización de trabajos viales dentro de su territorio.

POR CUANTO (1): *Para EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES, en lo adelante [MOPC] es de sumo interés el cemento asfáltico denominado AC-30, [en lo adelante el Producto] material que se utiliza para la ejecución del plan de obras trazadas por el Gobierno Dominicano, así como para la realización de los trabajos de mantenimiento y reparación de las Autopistas, Carreteras, Avenidas, Calles y Caminos Vecinales en todo el Territorio de la República Dominicana.*¹⁷⁶

305. Resulta indubitado pues que el Contrato 2013 suscrito por Sargeant con la República Dominicana encaja a la perfección en la definición de Contratación Pública del DR-CAFTA. Por lo tanto, el reclamo de Sargeant relativo al trato NMF (y trato nacional, como también se explicará) es inadmisibles, por encontrarse comprendido por la exclusión del Artículo 10.13.5(a) y por ende fuera de la jurisdicción del presente Tribunal. En virtud de ello, la cláusula de NMF tampoco puede ser invocada por Sargeant para importar las cláusulas paraguas de otros tratados.

(ii) *Aún si la cláusula de NMF fuere aplicable en abstracto, los requisitos del Artículo 10.4 DR-CAFTA no se cumplen*

306. En cualquier caso, aun si el Tribunal concluyere que en el presente caso el Artículo 10.13 no excluye la aplicación del Artículo 10.4 de NMF, el argumento de Sargeant tampoco es procedente porque los requisitos de la cláusula de NMF no se cumplen.

307. El Artículo 10.4 DR-CAFTA establece que:

*Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*¹⁷⁷ (énfasis

¹⁷⁵ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 2.

¹⁷⁶ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, preámbulo.

¹⁷⁷ RL-0001, DR-CAFTA, Artículo 10.4.

añadido)

308. En aplicación de los requisitos del Artículo 10.4, Sargeant debería haber:
- i. Identificado un comparador, es decir, la existencia de un inversor concreto de alguno de los países respecto de los cuales invoca los tratados cuyas cláusulas paraguas pretende importar;
 - ii. Demostrar que ese inversor se encuentra en circunstancias similares; y
 - iii. Demostrar la existencia de “trato” menos favorable a Sargeant que al inversor comparador.
309. El tribunal *UPS v Canada*, al aplicar una disposición idéntica de NAFTA, entendió que “[f]ailure by the investor to establish one of those three elements will be fatal to its case”, ya que se trata de una carga legal que recae directamente sobre el demandante y que nunca se traslada al Estado.¹⁷⁸ En la misma línea, Estados Unidos indicó en su presentación en el caso *Mercer* que nada en los Artículos de trato nacional y nación más favorecida sugiere un desplazamiento de la carga de la prueba. La carga de probar la violación de dichos Artículos, y cada elemento de su reclamación, recae y permanece directamente en el demandante.¹⁷⁹ Estados Unidos ratificó dicha postura en el caso *Kappes v Guatemala* con respecto a los Artículos 10.3 y 10.4 del DR-CAFTA.¹⁸⁰
310. En su Memorial de Demandada, Sargeant no probó el cumplimiento de ninguno de los requisitos del Artículo 10.4. Sargeant no hace siquiera un intento de individualizar y satisfacer los tres requisitos del Artículo 10.4. Su única argumentación respecto del estándar de NMF se limita al siguiente párrafo y a una referencia al caso *EDF v Argentina*:¹⁸¹
- El Artículo 10.4 del DR-CAFTA es lo que se conoce comúnmente como una cláusula de “nación más favorecida” (most-favoured nation, MFN). Numerosos tribunales internacionales han sostenido que las cláusulas de NMF en términos similares al Artículo 10.4 permiten a un inversionista basarse en disposiciones más favorables contenidas en otros tratados celebrados por el estado anfitrión que se relacionan con el cumplimiento de las obligaciones hacia un inversionista extranjero o una inversión cubierta.*¹⁸²
311. En primer lugar, Sargeant no indicó cual es el “trato” en concreto que reclama. El “trato” invocado parecería ser el mero hecho que el DR-CAFTA no incluye una cláusula paraguas, lo cual no configura un trato individualizado que permita la aplicación del Artículo de NMF.
312. En segundo lugar, Sargeant tampoco individualizó ningún inversionista o inversiones de un tercer estado en “circunstancias similares” a las suyas. El trato debe ser identificado a través

¹⁷⁸ **RL-0041**, *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada*, Award on the Merits, 24 May 2007, ¶¶ 83, 84: “Failure by the investor to establish one of those three elements will be fatal to its case. This is a legal burden that rests squarely with the Claimant. That burden never shifts to the Party, here Canada. For example, it is not for Canada to prove an absence of like circumstances between UPS Canada and Canada Post regarding article 1102.”

¹⁷⁹ Posición adoptada anteriormente por Estados Unidos en **RL-0042**, *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Submission of the United States of America, 8 May 2015, ¶ 13.

¹⁸⁰ **RL-0043**, *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43, Submission of the United States of America, 19 February 2021, ¶ 31.

¹⁸¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 196-197.

¹⁸² Memorial de Demanda, ¶ 195.

de un comparador, es decir, otro inversor concreto e individualizado en la República Dominicana. Sargeant no referencia ningún comparador disponible, como exige la cláusula de NMF.

313. En este sentido, no es suficiente que Sargeant eventualmente nomine cualquier empresa extranjera beneficiada por un tratado incorporando una cláusula paraguas –en cualquier caso, tampoco lo ha hecho–, sino que dicha empresa deberá estar en “circunstancias similares” a Sargeant. Por ejemplo, de acuerdo con Estados Unidos, la identificación de comparadores apropiados a efectos del análisis de "circunstancias similares" bajo el Artículo 10.4 requiere tener en cuenta algo más que el sector empresarial o económico, sino también el marco normativo y los objetivos políticos, entre otras posibles características pertinentes. Es decir, el comparador propuesto debe ser similar en todos los aspectos relevantes salvo en la nacionalidad del titular.¹⁸³
314. Por último, Sargeant no identificó cómo recibió un trato “menos favorable” que el otorgado a dichos inversores o inversiones. Nuevamente, solo queda asumir que el trato menos favorable que invoca Sargeant sería el mero hecho de que el DR-CAFTA no incluye una cláusula paraguas cuando otros tratados internacionales firmados por la República Dominicana lo hacen.
315. Estos defectos en la argumentación de Sargeant resultan fatales porque es sobre dicha parte en quien recae la carga de demostrar los extremos del Artículo 10.4, lo cual no ha realizado en el presente caso.
316. Sargeant no ha hecho ningún intento de discutir o analizar los elementos de la obligación de NMF del Artículo 10.4. Simplemente ha invocado la existencia de disposiciones de varios tratados entre la República Dominicana y otro país que considera más útil para sí en el contexto de este arbitraje, sin satisfacer su carga de probar los elementos requeridos de la obligación de NMF.
317. El único argumento de Sargeant con respecto al Artículo 10.4 es que “numerosos tribunales internacionales” han sostenido que cláusulas de NMF “en términos similares al Artículo 10.4” permiten a un inversor recurrir a cláusulas paraguas contenidas en tratados celebrados por el Estado con terceros estados. Sin embargo, ni siquiera dicho punto ha sido adecuadamente elaborado.
318. En primer lugar, a pesar de afirmar que su argumento es respaldado por numerosos tribunales internacionales, en los hechos solo refiere a la decisión del tribunal de *EDF v Argentina* y su posterior comité ad-hoc de anulación. Un caso en el cual la cláusula de NMF analizada no era en “términos similares al Artículo 10.4”.
319. El Tribunal en *EDF* analizó el texto del Artículo 4 del APPRI Francia-Argentina, según el cual:

¹⁸³ **RL-0043**, *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43, *Submission of the United States of America*, 19 February 2021, ¶ 33.

*Cada Parte Contratante aplicará, en su territorio y en su zona marítima, a los inversores de la otra Parte, en aquello que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores, o el tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida si este último fuese más ventajoso...*¹⁸⁴

320. En dicho caso, el comité ad hoc enfatizó la “amplia redacción” de la cláusula para concluir que la misma permitiría su aplicación a cualquier tipo de obligación sustantiva.¹⁸⁵
321. Sin embargo, el Artículo 4 del APPRI Francia-Argentina tiene una diferencia fundamental con el Artículo 10.4 DR-CAFTA, ya que el primero no refiere a la necesidad de que existan “circunstancias similares” para la operación de la cláusula de NMF. Como vimos, el Artículo 10.4 DR-CAFTA requiere la identificación de un comparador, de una inversión real o de un inversor real, además de la prueba de que el comparador se encuentra en una “situación similar”. Es necesario demostrar que el comparador está recibiendo un trato objetivamente más favorable y no simplemente señalar derechos hipotéticos otorgados a inversores hipotéticos en virtud de tratados con otros países.
322. Esto lo han entendido tribunales en el contexto específico de las cláusulas paraguas. Por ejemplo, en el caso *Muhammet Çap & Sehil v. Turkmenistan*, el tribunal analizó una cláusula de NMF similar a la del Artículo 10.4 DR-CAFTA. Al igual que Sargeant, en dicho caso, la demandante argumentó que el tribunal era competente para decidir sobre sus reclamaciones contractuales al importar una cláusula paraguas de otro tratado mediante de la cláusula NMF del APPRI entre Turkmenistan y Turquía.¹⁸⁶
323. Sin embargo, el tribunal correctamente concluyó que la inclusión del término en “situaciones similares” en el artículo limita la aplicación de la obligación de NMF a cuando exista una discriminación *de facto*, es decir cuando hay dos inversores reales en una situación similar que reciben un trato diferente. De acuerdo con el tribunal:

783. The Tribunal considers the key wording here is “similar situations” since this obligation can only apply if the investments are in “a similar situation”. Accordingly, when determining if there was a breach of Article II(2) a comparison between the “situations” of the investments in question is needed. This involves comparing the factual circumstances surrounding the investments in question. It must be shown that actual investors, found in a similar situation, were treated differently. It is not sufficient that the two investors invested in the same State. This would simply render the term meaningless and without effect. Understanding the scope of application of “similar situation” only in relation to the territorial application of the treaty is contrary to the generally accepted treaty interpretation rules which provide that each term of the treaty should be given meaning and effect.

¹⁸⁴ **RL-0044**, Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Argentina y Francia, adoptado el 3 de julio de 1991, Artículo 4.

¹⁸⁵ **CL-0028-ENG**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Decision on Annulment, 5 February 2016, ¶ 237.

¹⁸⁶ **RL-0045**, Agreement between the Republic of Turkey and Turkmenistan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, adoptado el 2 de mayo de 1992, Artículo II(2): “Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.”

784. Accordingly, the Tribunal considers that the words “similar situations” indicate the State parties’ intention to restrict the scope of the MFN clause to apply only to discriminatory treatment between investments of investors of one of the State parties and investors of third States, insofar as such investments may be said to be in a factually similar situation. This required that the actual measures taken by the host State is directed towards investments of actual investors that are in a similar situation, and to prove that such measure had the effect of treating one less favourably than the other.¹⁸⁷ (énfasis añadido)

324. En líneas similares el tribunal en *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* sostuvo que:

It follows that, given the limitation of the scope of application of the MFN clause to “similar situations,” it cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State. The standards of protection included in other investment treaties create legal rights for the investors concerned, which may be more favorable in the sense of being additional to the standards included in the basic treaty, but such differences between applicable legal standards cannot be said to amount to “treatment accorded in similar situations,” without effectively denying any meaning to the terms “similar situations.”¹⁸⁸

325. Al incluir los términos “situaciones similares” en el Artículo 10.4 DR-CAFTA, los Estados Parte han acordado restringir el alcance de la cláusula NMF de modo que cubra el trato discriminatorio entre las inversiones o inversores de terceros Estados, en la medida en que se pueda decir que estos se encuentran en una situación de hecho similar, no cubriendo el Artículo 10.4 meras diferencias teóricas entre hipotéticas inversiones e inversores de terceros Estados, en relación con las protecciones incluidas en otros tratados de inversión.

326. Por lo tanto, el argumento de Sargeant bajo el Artículo 10.4 debe ser desestimado en tanto no ha demostrado el cumplimiento de ninguno de los elementos del Artículo 10.4.

(iii) En cualquier caso, las cláusulas de NMF no permiten importar cláusulas paraguas de otros tratados de inversión

327. Aun si el Tribunal entendiese que la cláusula de NMF es aplicable y que sus requisitos se encuentran cumplidos – *quod non* – la misma no puede ser utilizada para importar cláusulas paraguas, porque implicaría imponer a la República Dominicana obligaciones que nunca contempló al momento de acordar el Tratado, e implicaría crear jurisdicción donde los Estados Parte nunca la contemplaron. En este sentido, la cláusula de NMF no puede ser utilizada para crear nuevos derechos.

328. En dicha línea, según el Comentario de la Comisión de Derecho Internacional al Artículo 9 (titulado “Alcance de los derechos en virtud de una cláusula de nación más favorecida”), a menos que el proceso por el cual la cláusula de NMF atrae provisiones de otros tratados “*is strictly confined to cases where there is a substantial identity between the subject matter of*

¹⁸⁷ **RL-0046**, *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Award, 4 May 2021, ¶¶ 783-784.

¹⁸⁸ **RL-0047**, *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016, ¶ 329.

the two sets of clauses concerned, the result in a number of cases may be to impose upon the granting State obligations it never contemplated."¹⁸⁹ (énfasis añadido)

329. Históricamente, las cláusulas de NMF tienen su origen en los tratados económicos y de comercio entre Estados. Sin embargo, como señalaban Dolzer y Shreuer, la aplicación casi mecánica del principio de NMF en el derecho mercantil no debe replicarse en el derecho de inversión debido a que:

*Investment treaties contain the results of negotiations covering distinct substantive areas. When the MFN rule is applied in such a context in a mechanical manner, the effect may be to replace the negotiated substance of the treaty rather than to add an element of cooperation (...). A literal application of an MFN clause may indeed have the effect of transferring a regime into the treaty in an area that the parties specifically negotiated and that they regulated in the treaty in a manner distinct from the substance of the referenced treaty.*¹⁹⁰

330. En la misma línea, para Zachary Douglas:

*The MFN clause does not, in truth, operate automatically to 'incorporate' provisions of a third treaty so that all that remains for a tribunal to do is to interpret the amended text of the basic treaty. It is not an exercise in the construction of a static legal text that has been modified by an invisible hand prior to or upon the commencement of arbitration proceedings. (...) it does not operate to rewrite the terms of a treaty in respect of which the claimant is not even a signatory.*¹⁹¹

331. Al negociar el texto del Tratado, los Estados Parte optaron por excluir los reclamos bajo acuerdos puramente comerciales de entre las protecciones del DR-CAFTA, así como de la competencia de los tribunales constituidos bajo el mismo. Ello se evidencia, primero, en la ausencia de una cláusula paraguas en la Sección A del Capítulo 10, y, segundo, en la inclusión de los "acuerdos de inversión" dentro de la jurisdicción del Artículo 10.16(1)(a) DR-CAFTA.

332. En este sentido, el tribunal en *Teinver v Argentina* rechazó el intento del demandante de invocar la cláusula paraguas de otro tratado de inversión en base a la cláusula de NMF del tratado de inversión entre España y Argentina, señalando que "*las partes del Tratado en toda probabilidad tenían conocimiento de la existencia de las cláusulas paraguas y si hubiesen tenido la intención de incluir una cláusula de este tipo en el Tratado, lo habrían hecho.*"¹⁹² (énfasis añadido). En el mismo sentido, el tribunal señaló que "*la utilización de*

¹⁸⁹ **RL-0048**, International Law Commission, Draft Articles on Most Favored-Nation Clauses with Commentaries, in Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, 30th Session (1978), p. 30.

¹⁹⁰ **RL-0049**, Rudolph Dolzer, Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law (2nd ed., Oxford University Press 2008), p. 186-187.

¹⁹¹ **RL-0050**, Zachary Douglas, The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails, 2.1 J. INT'L DISPUTE SETTLEMENT (2011), p. 105.; véase también **RL-0051**, Tony Cole, The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law, 33 MICH. J. INT'L L. (2012), p. 560, explicando que la incorporación por referencia de disposiciones de una cantidad ilimitada de tratados "*would potentially be transformed into a replacement for the treaty itself, gathering any more favorable treatment offered to any third party while avoiding any restriction*"

¹⁹² **RL-0052**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, 21 July 2017, ¶ 884.

la cláusula NMF para incorporar una cláusula paraguas en el Tratado redundaría en la incorporación de un nuevo derecho o estándar de tratamiento no previsto en el Tratado”.¹⁹³

333. Por ende, permitir que Sargeant utilice la cláusula de NMF para importar una cláusula paraguas implicaría forzar la intención de los Estados Parte del DR-CAFTA, los cuales optaron por excluir dicha provisión de las protecciones del Tratado.

3.5.3 Aun si el tribunal considerase que la cláusula de NMF vuelve aplicable las cláusulas paraguas de otros tratados, el Contrato 2013 prevé una cláusula de jurisdicción específica a favor de los tribunales dominicanos que debe ser respetada

334. El Artículo 18.2 del Contrato 2013 establece claramente que “[t]odo litigio, controversia o reclamación resultante de este Contrato o relativo al mismo, su incumplimiento, su interpretación, su resolución o nulidad será sometido a la Jurisdicción Administrativa.”¹⁹⁴
335. Es decir, aun en el caso que el tribunal entendiere que Sargeant puede utilizar la cláusula de NMF para importar la cláusula paraguas de un tercer tratado de inversión – *quod non*–, el Tribunal no sería competente para analizar las controversias relativas al Contrato 2013.
336. Múltiples tribunales internacionales en las mismas circunstancias han concluido que el inversor está obligado a cumplir con la cláusula de resolución de controversias específica del contrato en cuestión, no pudiendo recurrir a la cláusula paraguas para eludirla.
337. Por ejemplo, en *SGS v. Filipinas*, el tribunal analizó el impacto de la cláusula de selección de foro en el contexto de una cláusula paraguas. El tribunal concluyó que, en términos de admisibilidad, no se debería permitir a una parte “to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum”, a menos que existan buenas razones, como fuerza mayor, que impidan al demandante cumplir con el contrato. Según el tribunal, “a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it”.¹⁹⁵

¹⁹³ **RL-0052**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, 21 July 2017, ¶ 884.; véase también **RL-0053**, *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. República Argentina*, Case CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011 ¶¶ 79, 81: “En el presente caso podría alegarse que la cláusula NMF impone la obligación de conceder a los inversionistas, en el marco del TBI Argentina-Alemania, un trato de la NMF durante la realización de un arbitraje, pero que dicha cláusula no puede generar el derecho de someter el asunto al arbitraje si el TBI no prevé ese mecanismo. El argumento puede expresarse en forma más general: la cláusula NMF estipula la manera en que debe tratarse a los inversionistas cuando éstos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el TBI, pero no pretende otorgarles ningún derecho adicional a los que les confiere el TBI. (...) A juicio del Tribunal no puede suponerse que Argentina y Alemania tenían la intención de que la cláusula NMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban contemplados en el TBI Argentina-Alemania. La cláusula NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros. Se toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros; no el alcance de los derechos conferidos a estos últimos”.

¹⁹⁴ **LC-0003-ENG/SPA**, Contrato 2013, artículo 18.2.

¹⁹⁵ **CL-0031-ENG**, *SGS v. Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, ¶ 154: “The question is whether a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum. In the Tribunal’s view the answer is that it should not be allowed to do so, unless there are good reasons, such as force majeure, preventing the claimant from complying with its contract. This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction.”; **RL-0031**, *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, ¶ 103: “It is hard to see how an investment treaty would be breached by the mere fact of a breach of contract, as long as the control mechanisms put in place by that contract are functioning normally. Investment arbitration was not set up to provide a substitute for contracting partners who refrain from following the ordinary procedure by which they have agreed to be bound, nor as a means of appeal for those who have failed to obtain satisfaction (or full satisfaction) by using that procedure.”

338. En *Bureau Veritas v. Paraguay*, se llegó a la misma conclusión. El tribunal consideró que la cláusula de elección de foro en el contrato, la cual establecía que las disputas serían resueltas por los tribunales de Asunción, generaba un problema adicional de admisibilidad. La cuestión era si una cláusula paraguas “*puede ser invocada en circunstancias en que las partes han convenido claramente en una jurisdicción exclusiva para la resolución de diferencias contractuales que puedan estar comprendidas dentro de las disposiciones de la cláusula paraguas.*”¹⁹⁶
339. De acuerdo con el tribunal de *Bureau Veritas*, las partes de un contrato no pueden elegir qué partes del contrato quieren hacer valer bajo la cláusula paraguas e ignorar otras. Para el tribunal, permitir a la demandante “*que eligiera las obligaciones que deseaba incorporar al TBI y no otras, afectaría grave y negativamente la autonomía contractual. Si las partes de un contrato han asumido libremente determinadas obligaciones, deben respetar esas obligaciones, y tienen derecho de esperar que otros, incluidas las cortes y los tribunales internacionales, también las respeten, a menos que existan poderosas razones para no hacerlo.*”¹⁹⁷
340. De manera similar, en *Consutel v. Argelia*, al examinar los efectos asociados a la cláusula paraguas en el caso concreto, el tribunal concluyó que la cláusula paraguas no permitía al demandante evitar la cláusula de arbitraje correspondiente a sus compromisos contractuales, presentando una disputa contractual que las partes habían acordado someter a otro tribunal.¹⁹⁸
341. En base a lo anterior, aún si el Tribunal entendiese que la cláusula NMF le permite a Sargeant importar cláusulas paraguas, el Tribunal carece de jurisdicción en aplicación de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales dominicanos prevista en la cláusula 18.2 del Contrato 2013.

3.5.4 El Contrato 2013 no es un acuerdo de inversión bajo el Artículo 10.28 DR-CAFTA

342. Además de las reclamaciones presentadas en contra de la República Dominicana basadas en violaciones de las protecciones sustantivas otorgadas por el Tratado, Sargeant presenta un reclamo basado en el Artículo 10.16(1)(a)(i)(C) del DR-CAFTA. Esta norma permite a un inversor iniciar procedimientos de arbitraje cuando el Estado receptor ha violado un “*acuerdo de inversión*”.
343. Este argumento de Sargeant y su intento de utilizar la cláusula de NMF para importar cláusulas paraguas, son ambos un patente reconocimiento de que su reclamo es puramente contractual.

¹⁹⁶ **CL-0034-ENG**, *Bureau Veritas v. Paraguay*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, ¶ 142.

¹⁹⁷ **CL-0034-ENG**, *Bureau Veritas v. Paraguay*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, ¶ 148.

¹⁹⁸ **RL-0054**, *Consutel Group S.P.A. in liquidazione v. People's Democratic Republic of Algeria*, PCA Case No. 2017-33, Final Award, 3 February 2020, ¶ 375-376; **RL-0055**, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, ¶ 202: According to which the Umbrella Clause “*does not elevate pure contractual claims into treaty claims. The contractual claims remain based upon the contract; they are governed by the law of the contract and may be affected by the other provisions of the contract. In the case at hand that implies that they remain subject to the contractual jurisdiction clause and have to be submitted exclusively to the Lebanese courts for settlement. Because of this jurisdiction clause in favor of Lebanese courts, the Tribunal has no jurisdiction over the contractual claims arising from the contract referring disputes to Lebanese courts.*”

344. De acuerdo con Sargeant, el Contrato 2013 sería un acuerdo de inversión, según la definición del Artículo 10.28 del DR-CAFTA.¹⁹⁹ Sin embargo, eso no es correcto.

345. El Artículo 10.28 DR-CAFTA define acuerdo de inversión en los siguientes términos:

acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito que comience a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte que otorga a la inversión cubierta o al inversionista derechos:

(a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y

(b) sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo escrito mismo.

346. En primer lugar, el Contrato 2013 no es un acuerdo de inversión porque no otorga derechos “con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales”.

347. Según Sargeant, este requisito estaría satisfecho por las distintas obligaciones enumeradas en el artículo 17 del Contrato 2013 en cabeza del MOPC.²⁰⁰ Sin embargo, basta una lectura completa de la cláusula para concluir que ello no es así.

348. De acuerdo con dicha cláusula:

EL MOPC hará todo lo posible a su alcance, a fin de lograr que se proceda a:

17.1 Dar a los funcionarios, agentes y representantes de EL MOPC o de los varios organismos del Estado, todas las instrucciones que puedan ser necesarias o pertinentes, para la pronta y eficaz ejecución de los servicios;

17.2 En caso de importación directa EL MOPC asignará el personal correspondiente para verificar la recepción, llevar el inventario y controlar el despacho, (la parte administrativa), así como la seguridad física de las instalaciones de depósito del producto. EL PROVEEDOR será. Responsable únicamente del transporte, almacenamiento y manejo del producto.

17.3 EL MOPC hará su mejor esfuerzo y suscribir todos los protocolos de lugar con el Ministerio de Industria y Comercio, de Hacienda, la Dirección de Impuestos Internos y de Aduanas, la Autoridad Portuaria, etc., a fin de conseguir los permisos y autorizaciones necesarias para las importaciones, libre de toda clase de impuestos locales, actuales o futuros.

17.4 EL MOPC asignará un director de proyecto, el cual será responsable de las relaciones con los otros organismos del Estado y todo lo concerniente a la ejecución del presente contrato.

¹⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 125, 148.

²⁰⁰ Memorial de Demanda, ¶ 151: “The 2013 Contract grants Sargeant rights with respect to assets that a national authority controls, including rights with respect to port officials and officials of state agencies (clause 17.1), personnel to provide physical security and other services (clause 17.2), other Ministries of the Dominican Republic (clause 17.3), a project manager assigned by the MOPC (clause 17.4), together with any asphalt cement owned or controlled by the MOPC in respect of which Sargeant has agreed to provide transport, handling and storage services.”

349. Contrario a lo que sostiene Sargeant, ninguna de las obligaciones previstas en el artículo 17 del Contrato 2013 le otorga a Sargeant derechos con respecto a recursos naturales u otros activos controlados por el Estado. Simplemente se trata de obligaciones contractuales de mejores esfuerzos por parte del MOPC para una ejecución eficiente del Contrato 2013.
350. Lo anterior es suficiente para descartar al Contrato 2013 como un acuerdo de inversión bajo el Artículo 10.28 DR-CAFTA.
351. Sin embargo, el Contrato 2013 tampoco cumple con el requisito del Artículo 10.28(b). Ante todo, los elementos que Sargeant invoca como inversiones independientes del Contrato 2013²⁰¹ no representan una “*inversión cubierta diferente*” del Contrato 2013, como exige el Artículo 10.28(b), por las razones ya expresadas en la sección 3.3.2 *supra*. Muchos de esos elementos, además, no se encuentran siquiera acreditados.
352. En cualquier caso, Sargeant no ha probado que esas supuestas inversiones se fundamenten en el Contrato 2013, como exige el Artículo 10.28(b):
- Arrendamiento del Muelle No. 3 – Sargeant reconoce que el contrato inicial se celebró el 10 de agosto de 2010, casi tres años antes del Contrato 2013.²⁰² Sargeant no puede haber suscrito un arrendamiento con fundamento en un contrato que se firmaría años después.
 - Renovación de las terminales para el uso de los tanques de azúcar – Sargeant no ha presentado prueba alguna de la fecha de realización de las alegadas inversiones en las terminales 1, 2 y 3.²⁰³ Siendo la carga de Sargeant probar todos los hechos que alega, y habiendo fallado en hacerlo, este ítem debe ser descartado por el Tribunal.
 - Alquiler de tanques de almacenamiento en la terminal 3 - Sargeant no ha presentado prueba alguna de la fecha de realización de la alegada inversión,²⁰⁴ por lo que este ítem también debe ser descartado por el Tribunal.
 - Permisos y planes para construir una cuarta terminal – Sargeant no ha presentado prueba alguna de la fecha de realización de la alegada inversión,²⁰⁵ por lo que este ítem también debe ser descartado por el Tribunal.
 - Construcción de un oleoducto entre sus terminales – Sargeant reconoce que dicha construcción se realizó “*en el 2010, o alrededor de esa fecha*”, es decir varios años antes del Contrato 2013.²⁰⁶ Por lo tanto, tampoco puede sostenerse que se haya realizado con fundamento en el Contrato 2013. En cualquier caso, al igual que los ítems anteriores, Sargeant no proporciona prueba alguna al respecto, por lo cual también debe ser descartado por el Tribunal.

²⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 152: “*consisting of all of those investments described at paragraphs 23-29 above which were made after the 2013 Contract came into force.*”

²⁰² Memorial de Demanda, ¶ 24.

²⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 25.

²⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 26.

²⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 27.

²⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶ 28.

353. En virtud de lo anterior, los elementos que invoca Sargeant como inversiones cubiertas diferentes, que se habrían realizado con fundamento en el Contrato 2013, deben ser todas descartadas por el Tribunal.
354. En consecuencia, el Contrato 2013 no es un “acuerdo de inversión” tal como se define en el Artículo 10.28 del DR-CAFTA, y el Tribunal tampoco posee jurisdicción con base en el Artículo 10.16(1)(a)(i)(C).

3.6 CUARTA OBJECCIÓN RATIONE MATERIAE: EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DEL RECLAMO POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 10.3 DEL DR-CAFTA DE TRATO NACIONAL, PORQUE EL ARTÍCULO 10.13(5)(A) EXCLUYE SU APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

355. Sargeant formula un reclamo independiente por violación a la cláusula de trato nacional del Artículo 10.3, sosteniendo que la República Dominicana le habría otorgado un trato menos favorable al otorgado a Refidomsa, Bluport Asphalt, Inversiones Titanio y General Asphalt.²⁰⁷ Este reclamo se basa en las mismas tres supuestas acciones que invoca para los demás supuestos incumplimientos.²⁰⁸ En la demanda de Sargeant, este reclamo no tiene ninguna pretensión de daños asociada.
356. En cualquier caso, el Tribunal también carece de jurisdicción para oír dicho reclamo, por razones adicionales e independientes a las desarrolladas anteriormente.
357. Como ya se explicó en la sección anterior, el Artículo 10.13(5)(a) del DR-CAFTA prevé que las obligaciones de NMF bajo el Artículo 10.4 y de trato nacional bajo el Artículo 10.3 no son aplicables a la contratación pública.
358. Así como el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo de violación a la cláusula de NMF –por medio del cual Sargeant intenta importar cláusulas paraguas de otros tratados–, por las mismas razones el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo de trato nacional bajo el Artículo 10.3.
359. Como se explicó *supra*, todas las reservas al Artículo 10.13 son de naturaleza jurisdiccional, ya que este último opera como una excepción a la protección establecida en los Artículos 10.3 y 10.4 del Tratado, lo que significa que el Tribunal no tiene competencia para conocer de ninguna reclamación que caiga dentro del ámbito de aplicación del Artículo 10.13.²⁰⁹
360. En este caso, el reclamo de Sargeant refiere a la contratación pública, como ya se demostró. El reclamo de trato nacional de Sargeant cae de lleno dentro de esta reserva, ya que Sargeant está reclamando que varias empresas nacionales supuestamente comparables, “[t]odas estas [] competidoras de Sargeant y [que] proporcionan a la República Dominicana AC-30 y servicios relacionados”, habrían tenido un trato más favorable que Sargeant en el cumplimiento de sus respectivos contratos con el MOPC.²¹⁰

²⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 179-182.

²⁰⁸ Memorial de Demanda, ¶ 181.

²⁰⁹ Véase en este sentido, **RL-0037**, *Resolute Forest Products Inc. v. Canada*, PCA Case No. 2016-13, Final Award, 25 July 2022, ¶ 371; **RL-0038**, *Mercer International, Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, ¶ 6.50; **CL-0026-ENG**, *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016 ¶ 465.

²¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 181-182.

361. Por lo tanto, dicho reclamo se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal. Esto es, sin perjuicio del derecho de la República Dominicana de argumentar, en caso de que el Tribunal entienda que tiene jurisdicción para analizar dicho reclamo, que Sargeant no ha satisfecho los requisitos del Artículo 10.3 a nivel de fondo (sección 4.2 *infra*).

3.7 QUINTA OBJECCIÓN RATIONE MATERIAE: SARGEANT TRANSFIRIÓ PARTE DE SU ALEGADA INVERSIÓN A UN TERCERO, POR LO QUE EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER SOBRE EL RECLAMO POR FALTA DE PAGO DE LOS CRÉDITOS CEDIDOS Y/O DICHO RECLAMO ES INADMISIBLE

362. Para el negado supuesto que el Tribunal entendiese que Sargeant tiene una inversión y que la misma se encuentra protegida bajo el DR-CAFTA no obstante su ilegalidad, Sargeant ha transferido parte de lo que invoca como su inversión a un tercero, Intercaribe.

363. En efecto, como afirma el perito en daños de Sargeant, Sargeant suscribió acuerdos de cesión de créditos con Intercaribe, en virtud de los cuales un total de USD 9.812.407 de los supuestos créditos contra el MOPC que Sargeant reclama en este arbitraje fueron transferidos a Intercaribe.²¹¹

364. En este sentido, puede observarse en cada una de las facturas, la referencia a cada contrato de cesión de créditos respectivo, y el monto a pagarse a Intercaribe.²¹² Las facturas correspondientes a los créditos cedidos son identificadas con la letra “A” al final del número de factura correspondiente. A vía de ejemplo, véase la factura N° 2020-0539-A:

Pago de acuerdo a Contrato de Cesión de Crédito	
suscrito entre Sargeant Petroleum LTD - Intercaribe Mercantil SAS de fecha 26/06/2019	
Detalle	
Monto de la factura	1,263,664.91
(De acuerdo Contrato de Cesión de Crédito)	32%
Monto a Pagar Intercaribe Mercantil	<u>404,372.77</u>

365. Dicha transferencia trae aparejado tanto un obstáculo de jurisdicción, porque Sargeant no es el titular de la inversión en cuanto a esos créditos; como de admisibilidad, porque al no ser titular de esos créditos, legalmente no tiene legitimación para reclamarlos; como de daños, porque al no ser el titular de esos créditos, Sargeant no sufrió un perjuicio asociado a la supuesta falta de pago de esos créditos. En esta sección, abordaremos los obstáculos de falta de jurisdicción y admisibilidad.

366. El Artículo 10.28 del DR-CAFTA define inversión como todo “*activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo*”; es decir, requiere que el inversionista sea el titular del activo que invoca como su inversión.

367. Sargeant no es titular de esos créditos, ya que los ha transferido a Intercaribe, por lo tanto no son parte de su alegada inversión.

368. En este sentido, tribunales de inversión han sostenido que carecen de jurisdicción para entender en reclamos respecto de los cuales el presunto inversor ha transferido los activos objeto de la inversión. El tribunal en *Aven c. Costa Rica*, por ejemplo, bajo el DR-CAFTA e invocando su definición de inversión, asumió jurisdicción sobre los reclamos referentes a

²¹¹ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 4.1.4, Apéndice E.3 de Facturas Impagas.

²¹² RI-0023 Facturas Impagas.

activos (inmuebles) que el demandante mantenía en su poder, mientras rechazó jurisdicción para conocer de los reclamos referentes a las propiedades que el demandante había transferido a un tercero.²¹³

369. Como explica el perito Dr. Rafael Dickson Morales, bajo derecho dominicano, la cesión de créditos –a partir de su notificación al deudor cedido– implica una transferencia del crédito al cesionario. El cesionario (Intercaribe) es el único titular del crédito, y el cedente (Sargeant) no tiene ninguna legitimación para reclamar el crédito al deudor cedido (MOPC).²¹⁴
370. En este caso, las cesiones fueron debidamente notificadas al MOPC, operando la transferencia de la titularidad de esos créditos (supuestamente adeudados) y siendo Intercaribe su nuevo titular.²¹⁵ De hecho, las facturas fueron emitidas directamente en favor de Intercaribe.²¹⁶
371. Por lo tanto, el tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo por las facturas cedidas a Intercaribe porque Sargeant no es titular de una inversión en relación con éstas; y el reclamo también es inadmisibile porque Sargeant carece de legitimación activa para reclamar por esas supuestas deudas.
372. Por otra parte, notamos que el perito en daños de Sargeant señala que las cesiones de crédito habrían sido revocadas, invocando un documento de revocación de fecha 28 de diciembre de 2020.²¹⁷ Para el caso que Sargeant argumentara en respuesta a esta excepción que, en virtud de esa revocación, sí es titular de los créditos cedidos a Intercaribe, la República Dominicana entiende y se reserva el derecho de argumentar en detalle que es de aplicación la doctrina del abuso de derecho del derecho de inversiones, según ha sido delineada por los tribunales de inversiones.²¹⁸
373. El abuso de derecho se configura por cuanto dicha revocación –es decir, la readquisición de los créditos cedidos por Sargeant– habría sido realizada con el único propósito de crear jurisdicción bajo el DR-CAFTA, cuando la disputa no solo era previsible, sino que ya se encontraba materializada. Por lo tanto, esa supuesta revocación es inoponible a los efectos jurisdiccionales.
374. Finalmente, no es correcto lo que afirma el perito en daños de Sargeant cuando sostiene que aún si la revocación no hubiese tenido lugar –y los créditos pertenecen a Intercaribe– ello representaría una pérdida para Sargeant porque Sargeant permanecería responsable frente a Intercaribe por el costo de comprarle AC-30.²¹⁹ Bajo derecho dominicano, el cedente de un crédito (Sargeant) no mantiene responsabilidad frente al cesionario del

²¹³ **RL-0053**, *Aven v. Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 306.

²¹⁴ Informe Pericial de Dickson Morales, ¶ 114.

²¹⁵ Informe Pericial de Dickson Morales, ¶¶ 116-117, 119-120; **R-0009**, Cesión de crédito de Sargeant a Intercaribe de fecha 11 de junio de 2019; **R-0010**, Cesión de crédito de Sargeant a Intercaribe de fecha 15 de abril de 2019; **R-0011**, Cesión de crédito de Sargeant a Intercaribe de fecha 26 de junio de 2019; **R-0012**, Cesión de crédito de Sargeant a Intercaribe de fecha 8 de abril de 2019.2019

²¹⁶ **RI-0023** Facturas Impagas.

²¹⁷ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 4.1.3; **RI-0010-SPA**, Assignment Revocation Agreement.

²¹⁸ Véase por ejemplo, **RL-0057**, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, ¶ 554; **RL-0002**, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, ¶ 2.99

²¹⁹ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 4.1.4

crédito si el deudor cedido (MOPC) no paga, excepto cuando haya garantizado expresamente la solvencia del deudor cedido, lo que no ocurrió aquí.²²⁰ De hecho, adicionalmente, el propio Acuerdo de Compra de Asfalto prevé la cesión de créditos como forma de pago, extinguiendo esa obligación de Sargeant frente a Intercaribe.²²¹

375. Por todo lo antedicho, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer del reclamo los créditos cedidos a terceros, y el reclamo es inadmisibile.

3.8 OBJECIÓN *RATIONE TEMPORIS*: PARTE DEL RECLAMO DE SARGEANT HA SIDO PRESENTADO MÁS ALLÁ DEL PLAZO LÍMITE DE TRES AÑOS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10.18(1) DEL DR-CAFTA

376. El Artículo 10.18 del DR-CAFTA contiene limitaciones y condiciones al consentimiento de la República Dominicana al arbitraje.

377. El Artículo 10.18(1) excluye del consentimiento aquellos reclamos respecto de los cuales han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la que el presunto inversor tuvo o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación al Tratado, en los siguientes términos:

*Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.*²²²

378. Como entendió el Tribunal en *Corona Materials c. República Dominicana*, la fecha para computar el plazo de tres años del Artículo 10.18(1) del DR-CAFTA, es la fecha de la presentación de la solicitud de arbitraje.²²³ De acuerdo con dicho tribunal, “*el período de tres años es estricto; el Tratado no contempla suspensión ni interrupción alguna de dicho período.*”²²⁴

379. En este caso, Sargeant presentó su solicitud de arbitraje el 23 de marzo de 2022, por lo que la fecha crítica es el 23 de marzo de 2019. Cualquier reclamo respecto del cual Sargeant tuvo o debió haber tenido conocimiento antes del 23 de marzo de 2019, se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal.

²²⁰ Informe Pericial de Dickson Morales, ¶ 115, 120

²²¹ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013, artículo CUARTO

²²² **RL-0001**, DR-CAFTA, Artículo 10.18(1).

²²³ **RL-0058**, *Corona Materials, LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016, ¶ 199: “*Hay poco margen de discusión respecto de la fecha crítica; como fuera acordado por las Partes, no es materia de controversia que la Demandante haya sometido sus reclamos a arbitraje cuando iniciara el presente procedimiento, es decir, por medio de su Solicitud de Arbitraje de fecha 10 de junio de 2014. La aplicación del Artículo 10.18.1 lleva a la conclusión de que la fecha crítica tuvo lugar tres años antes, es decir, el 10 de junio de 2011*”.

²²⁴ **RL-0058**, *Corona Materials, LLC v. Dominican Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/3, Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016.

380. Sargeant señala que las alegadas violaciones al Tratado “*commenced in 2019*”.²²⁵ Sin embargo, no especifica en qué momento de 2019 en su entender comenzaron las violaciones al Tratado y cuáles comenzaron en esa fecha.

3.8.1 El reclamo de Sargeant por mínimos de almacenamiento ha sido presentado fuera de plazo

381. Como se explica en las secciones 2.2 y 4.4.2, el reclamo de Sargeant por la suma de USD 29.62 millones por concepto de facturas de almacenamiento es inadmisibles. El MOPC no adeuda a Sargeant ninguna suma por concepto de mínimos de almacenamiento, y el reclamo de Sargeant se basa en una interpretación del Contrato 2013 que es equivocada, oportunista y contraria a los actos de Sargeant misma.

382. En cualquier caso, para el negado supuesto de que este Tribunal entendiese que la interpretación de Sargeant es correcta, el reclamo por concepto de servicios de almacenamiento igualmente está fuera de la jurisdicción del Tribunal, por haber sido presentado fuera del plazo límite de tres años.

383. La propia Demandante indica en su Memorial de Demanda que, en febrero de 2019, Sargeant conoció que el MOPC entendía que el componente de almacenamiento y manejo del Contrato 2013 había sido consumido.²²⁶

384. Por lo tanto, como mínimo para febrero de 2019, Sargeant ya conocía que el MOPC entendía que no adeudaba a la Demandante ninguna suma por almacenamiento bajo el Contrato 2013. La falta de pago de esos conceptos es, según Sargeant, la medida violatoria del Tratado.

385. Por lo tanto, en la medida en la que Sargeant tuvo conocimiento de esa supuesta violación en febrero de 2019, antes del límite de tres años anteriores a la presentación solicitud de arbitraje –23 de marzo de 2019–, este reclamo se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal.

386. Adicionalmente, aun si esos mínimos de almacenamiento fuesen adeudados, se trataría de adeudos incurridos entre los años 2013 y 2018. Por lo tanto, también se encontrarían fuera del plazo límite de tres años. Sargeant no puede evadir este plazo bajo la excusa que no los reclamó en su momento por una supuesta “cortesía”, que como se explica en las secciones 2.2 y 4.4.2, es inexistente.

3.8.2 El reclamo de Sargeant por las seis facturas anteriores al 23 de marzo de 2019 ha sido presentado fuera de plazo

387. El reclamo de Sargeant incluye seis facturas anteriores al 23 de marzo de 2019, por la suma total de USD 1.49 y USD 0.12 millones.²²⁷ Tres de esas facturas datan del año 2013, y las otras tres del año 2015.

²²⁵ Memorial de Demanda, ¶ 129.

²²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 48: “*In February 2019, Sargeant learned that the MOPC believed that it had completed the 2013 Contract’s storage and handling component, and thus that the 2013 Contract had ended*”.

²²⁷ Facturas 2013-0211, 2013-0212, 2013-0214, 2015-0306, 2015-0343, 2015-0344. Véase Informe Pericial de Richard Indge, **Apéndice E.3. y RL-00213**.

388. En la medida que la violación invocada por Sargeant es la falta de pago de esas facturas, la misma habría ocurrido –y Sargeant tiene conocimiento– varios años antes de la fecha límite del 23 de marzo de 2019.
389. Por lo tanto, el reclamo de Sargeant sobre estas seis facturas también se encuentran fuera de la jurisdicción del Tribunal.

4 CONTESTACIÓN SOBRE EL FONDO: LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA COMETIDO NINGUNA VIOLACIÓN AL DR-CAFTA

390. La República Dominicana no ha cometido ninguna violación bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional.
391. Como veremos a continuación, no existe expropiación de la supuesta inversión de Sargeant (**Sección 4.1**); la República Dominicana no ha violado la cláusula de Trato Nacional (**Sección 4.2**), ni el derecho internacional consuetudinario (**Sección 4.3**), ni la cláusula de Trato de NMF (**Sección 4.4**).

4.1 LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA EXPROPIADO LA SUPUESTA INVERSIÓN DE SARGEANT

392. El Artículo 10.7 del DR-CAFTA, sobre expropiación, establece que:

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea: a) por causa de un propósito público; b) de una manera no discriminatoria, c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

393. En su Memorial de Demanda, Sargeant alega que *“las acciones de la República Dominicana presentan un caso claro de expropiación indirecta mediante medidas equivalentes a la expropiación. A través de una serie de acciones, la República Dominicana ha despojado a Sargeant de los beneficios económicos razonablemente esperados del Contrato de 2013”*.²²⁸
394. La Demandante califica la supuesta expropiación indirecta como ilegal y contraria al Artículo 10.7 del DR-CAFTA. Sin embargo, no ha acreditado tales afirmaciones, pues las acciones invocadas por la Demandante como base de su reclamación no constituyen una expropiación indirecta de su supuesta inversión.
395. Según Sargeant, las acciones que indirectamente habrían configurado la expropiación de su supuesta inversión son las siguientes: *“(a) el incumplimiento del MOPC de pagar los montos de Sargeant adeudados en virtud del Contrato de 2013; (b) el incumplimiento del MOPC en la entrega y el pago de los volúmenes de AC-30 que había pedido a Sargeant; y (c) la exclusión de Sargeant del mercado dominicano de AC-30 a favor de la competencia local”*.²²⁹

²²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 170.

²²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 171.

396. Sargeant alega que, en conjunto, estas acciones habrían resultado en una violación del Artículo 10.7 del DR-CAFTA pues, según sostienen, “*la República Dominicana ha fijado como blanco a Sargeant y los derechos contractuales de Sargeant, tratándolos de manera desfavorable y discriminatoria, durante un periodo prolongado*”.²³⁰
397. Contrario a lo que afirma Sargeant, ni las acciones alegadas configuran una expropiación - ni directa, ni indirecta ni tampoco progresiva-, ni la República Dominicana ha orquestado ningún plan para privarla de su pretendida pero inexistente inversión.

4.1.1 Estándar legal sobre expropiación

398. Sargeant no ha demostrado que el conjunto de acciones que invoca haya violado el estándar legal de expropiación bajo el DR-CAFTA y el derecho internacional general. En concreto, la Demandante no ha demostrado que el efecto de las supuestas acciones atribuibles al Estado, ni individualmente ni en su conjunto, le haya privado por completo del valor de su supuesta inversión a través de la afectación de su derecho de propiedad, ni que esas acciones (ya sea en su conjunto o individualmente) no son justificables.

(i) Requisito de umbral: existencia de un derecho susceptible de expropiación.

399. El Anexo 10-C (Expropiación) (2) del DR-CAFTA establece que “*Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión*”. (énfasis añadido)
400. Es decir, para que pueda existir expropiación, por definición, es necesario que la Demandante tenga un derecho válido que el Estado haya infringido.²³¹ Este es el requisito esencial: la existencia de un derecho válido, existencia que debe ser evaluada a la luz del derecho interno del Estado receptor de la inversión.
401. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el tribunal en *Encana*, al indicar que “*para que exista la expropiación de una inversión o beneficio [...] los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea*”.²³² En definitiva, es imposible expropiar derechos individuales que no existen bajo el derecho del Estado anfitrión.
402. Como se explicará, (i) Sargeant no ha identificado qué derecho de propiedad le habría sido supuestamente expropiado conforme al Anexo 10-C (2) del DR-CAFTA; (ii) la supuesta exclusión del mercado de asfalto no existió y, además, la Demandante no efectúa ningún reclamo por esta supuesta medida; (iii) los pretendidos créditos bajo el Contrato 2013 no son susceptibles de expropiación, ya que bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA, nota 12, no son inversión, por lo que no hay expropiación posible; y (iv) las restantes supuestas y negadas inversiones invocadas por Sargeant no han sido expropiadas, como lo reconoce su perito en daños:

²³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 173.

²³¹ **RL-0059**, *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, LCIA, Laudo de 3 de febrero de 2006, ¶ 184; **RL-0060**, *Sr. Frank Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI Nº ART/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, ¶¶ 417-420; **RL-0061**, *Emmis Radio Operating, B.V. et al. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 de abril de 2014, ¶¶ 161-162; **RL-0062**, *Accesion Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Laudo, 17 de abril de 2015, ¶75; **RL-0063**, *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/4, Laudo, 15 de abril de 2016, ¶ 257.

²³² **RL-0059**, *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, LCIA, Laudo, 3 de febrero de 2006, ¶184.

Sargeant continues to own and operate the infrastructure assets and has not claimed that the Measures have resulted in a diminution in value of the physical investments themselves. As such, there are no losses claimed in respect of these assets and I have not sought to estimate such losses.²³³

(ii) El grado de afectación es determinante

403. El Anexo 10-C (Expropiación) (4) del DR-CAFTA establece que:

La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere, entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental. (énfasis añadido)

404. Por lo tanto, el segundo de los elementos a analizar para ver si una determinada actuación estatal es susceptible de ser considerada como expropiación es el grado de afectación de la inversión.²³⁴ Los tribunales coinciden en que no cualquier interferencia en la inversión da lugar a una expropiación que ha de ser compensada, sino que la interferencia tiene que afectar de manera radical o destruir efectivamente el valor de la inversión.²³⁵

405. Sargeant se apoya en el laudo del caso *Metalclad Corporation c. México*²³⁶ como sustento de su tesis de lo que constituye una expropiación indirecta.²³⁷ Sin embargo, distintos tribunales han cuestionado el estándar aplicado en ese caso, por la amplitud de la definición que adoptó ese tribunal.²³⁸ La mayoría de los tribunales en arbitrajes de inversión han adoptado un estándar mucho más exigente que el de *Metalclad* para determinar si se ha llevado a cabo una expropiación (ya sea directa o indirecta).

406. Por ejemplo, el tribunal del caso *Electrabel c. Hungría* resumió la jurisprudencia y doctrina pertinente de la siguiente manera:

the Tribunal considers that the accumulated mass of international legal materials, comprising both arbitral decisions and doctrinal writings, describe for both direct and indirect expropriation, consistently albeit in different terms, the requirement under international law for the investor to establish the substantial, radical,

²³³ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

²³⁴ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. C. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 356-357; **RL-0064**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 245.

²³⁵ **RL-0065**, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ART/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, ¶ 285.

²³⁶ **CL-0010-ENG**, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶103.

²³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 167.

²³⁸ **RL-0066**, *Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/02/01, Laudo, 17 de julio de 2006, ¶177; **RL-0062**, *Accesion Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Laudo, 17 de abril de 2015, ¶ 176; **RL-0067**, *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, 2001, British Columbia Supreme Court Decision 664, 2 de mayo de 2001, ¶ 99.

severe, devastating or fundamental deprivation of its rights or the virtual annihilation, effective neutralisation or factual destruction of its investment, its value or enjoyment.²³⁹ (énfasis añadido)

407. El tribunal en *IMFA c. Indonesia*, resaltó que la formulación del estándar de expropiación, expresada por el tribunal en *Electrabel*, refleja fielmente la jurisprudencia.²⁴⁰ Asimismo, el tribunal en *Isolux Netherlands c. España* aclaró que “*el impacto de las medidas tiene que ser de tal magnitud sobre los derechos o los bienes del inversor que su inversión pierde todo o una parte muy significativa de su valor, lo que equivale a una privación de su propiedad*”.²⁴¹
408. Por su parte, el tribunal en *Tecmed c. México* señaló que una medida solamente es expropiatoria “*si es irreversible y de carácter permanente*”, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que “*toda manera de explotarlos [...] ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido*”.²⁴²
409. Por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia, una mera reducción del valor de la inversión no constituye, *per se*, una expropiación indirecta. Esto es así incluso en aquellos supuestos en los que la reducción del valor ha sido significativa²⁴³ como, por ejemplo, en el caso *Glamis Gold c. EE.UU.*, en donde el tribunal determinó que la conducta estatal había supuesto una reducción de casi el 60% de la inversión, pero, aun así, concluyó que no se había producido una expropiación porque la afectación no había sido suficientemente “*radical*”.²⁴⁴
410. Pues bien, en el presente caso, no es que Sargeant no haya acreditado que las supuestas acciones expropiatorias han causado un impacto económico de tal magnitud y gravedad que ha despojado de valor su inversión, sino todo lo contrario.

²³⁹ **RL-0068**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, ¶ 6.62; **RL-0069**, *IMFA c. Indonesia*, Caso PCA N 2015-40, Laudo Final, 29 de marzo de 2019, ¶ 305; **RL-0070**, *Hydro Energy 1 S.à r.l. y Hydroxana Sweden AB c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/42, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Daños, 9 de marzo de 2020, ¶ 530; **RL-0071**, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, 2 de agosto de 2019, ¶ 505; **RL-0072**, *9REN Holding S.a.r.l c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019, ¶ 363; **RL-0073**, *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. República de India*, Caso PCA No. 2014-26, Laudo, 11 septiembre 2018, ¶ 414; **RL-0074**, *LG&E Energy Corp., et al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶ 192.

Con respecto a las expropiaciones directas, véase por ejemplo, **CL-0013-ENG**, *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals, S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015, ¶200: “[A] State measure constitutes expropriation under the Treaty if (i) the measure deprives the investor of its investment; (ii) the deprivation is permanent; and (iii) the deprivation finds no justification under the police powers doctrine’ [...] Tribunals dealing with direct expropriations have emphasized the need for a deprivation of property which must amount to a forcible taking or transfer to the State, and its permanent nature”.

²⁴⁰ **RL-0069**, *IMFA c. Indonesia*, Caso PCA N 2015-40, Laudo Final, 29 de marzo de 2019, ¶ 305.

²⁴¹ **RL-0075**, *Isolux Netherlands c. Reino de España*, Caso SCC No. V2013/153, Laudo, 12 de julio de 2016, ¶ 839.

²⁴² **RL-0076**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 116.

²⁴³ **RL-0064**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 233.2.b.

²⁴⁴ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 364, 366, 536.

411. La propia Sargeant reconoce que las supuestas acciones adoptadas por el Estado dominicano no han dado lugar a una disminución del valor de las supuestas inversiones. Así lo indica su perito en daños:

*Sargeant no ha afirmado que las medidas hayan dado lugar a una disminución en el valor de las inversiones físicas en sí.*²⁴⁵

412. En el mismo sentido, el perito de Sargeant señala que la supuesta falta de pago de facturas no le ha impedido continuar operando en el país, confirmando que no existe una deprivación sustancial del valor de la inversión, como requiere el estándar aplicable.

*Given the Claimant has continued to operate through the period affected by the Measures, this does not all appear to be cash which is required for the ongoing operations of the Business. On this basis, I assume that the withheld cash in respect of the Unpaid Invoices represents a surplus asset.*²⁴⁶

413. Esta conclusión del perito desmiente la afirmación de Sargeant de que las supuestas medidas impugnadas tengan el efecto de “starve Sargeant of capital and squeeze it out of the Dominican asphalt market”.²⁴⁷

414. Por lo tanto, no existió expropiación y esta reclamación debe ser rechazada.

(iii) Vínculo causal entre las medidas reclamadas y el daño alegado

415. Sargeant también tiene la carga de probar la existencia de un “nexo causal entre las medidas reclamadas y la privación de su negocio”²⁴⁸. Esto requiere más que las simples declaraciones realizadas por la Demandante, ya sea en el Memorial de Demanda o a través de las declaraciones testimoniales presentadas.

416. En *Oostergetel*, el tribunal explicó que la mera mención:

*of the word ‘expropriation’ [...] or a literal quotation of another case cannot stand in lieu of an allegation of specific facts giving rise to a treaty breach. ‘Labelling’ - as an investment tribunal once wrote - ‘is no substitute for analysis’.*²⁴⁹

417. En el presente caso, Sargeant se ha limitado a etiquetar las supuestas acciones y omisiones del Estado dominicano como “expropiatorias”. Pero, como acredita la jurisprudencia, eso no es ni puede ser suficiente para establecer la responsabilidad de un Estado bajo el derecho internacional.

²⁴⁵ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

²⁴⁶ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.5.

²⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 4.

²⁴⁸ **RL-0077**, *Link-Trading Joint Stock Company c. Departamento de Aduana de la República de Moldova*, CNUDMI, Laudo Final, 18 de abril de 2002, ¶ 87. (traducción libre)

²⁴⁹ **RL-0078**, *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c. la República Slovaca*, CNUDMI, Laudo Final (versión redactada), 23 de abril de 2012, ¶ 319.

418. Para que la reclamación de un inversor pueda ser estimada, tiene que demostrar el vínculo fáctico causal entre el supuesto acto ilícito del Estado y el daño alegado.²⁵⁰ Ese nexo causal no se puede establecer si la destrucción de la inversión ha sido el resultado de las acciones u omisiones del propio demandante o de terceros, en lugar de acciones y omisiones atribuibles al Estado demandado. Así lo establece claramente el derecho internacional público²⁵¹ y la jurisprudencia internacional.²⁵²
419. Como se verá, las reclamaciones de Sargeant tienen que ser rechazadas porque, entre otras cuestiones, no existe relación causal entre, por un lado, la conducta del Estado que alega y, por el otro, cualesquiera daños o perjuicios que haya sufrido Sargeant en relación con su supuesta, y negada, inversión en la República Dominicana.

(iv) El estándar legal de expropiación progresiva es más exigente que el de una simple expropiación indirecta

420. El concepto de expropiación progresiva está reconocido en el derecho internacional, pero su alcance está significativamente delimitado, lo que hace que, en definitiva, resulte difícil de probar. Tanto es así, que muy pocos tribunales han aceptado reclamaciones de expropiación progresiva.

421. En el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, el tribunal explicó que:

*A plea of creeping expropriation must proceed on the basis that the investment existed at a particular point in time and that subsequent acts attributable to the State have eroded the investor's rights to its investment to an extent that is violative of the relevant international standard of protection against expropriation.*²⁵³

422. Una expropiación progresiva no puede consistir simplemente en una serie de actos desligados y sin relación, sino que deben ser parte de un proceso o esquema coordinado que consiste en una serie de actos que, tomados en su conjunto, despojan al inversionista del valor económico de su propiedad. En este sentido se pronunció el tribunal en el caso *Siemens*, señalando que “[b]y definition, creeping expropriation refers to a process, to steps that eventually have the effect of an expropriation”²⁵⁴.

423. Al explicar qué se debe entender por expropiación progresiva, este tribunal indicó que “[w]e are dealing here with a composite act in the terminology of the Draft Articles [on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts]”²⁵⁵. Con cita del Artículo 15 de los

²⁵⁰ **RL-0079**, *Bewater Gauff (Tanzania) c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, ¶¶ 786-787; **RL-0080**, *Tradex Hellas S.A. (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/94/2, Laudo, 29 de abril de 1999, ¶ 200; **RL-0081**, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016, ¶ 366, que desestima una reclamación de expropiación debido a que, “[i]n the view of the Tribunal, the termination of the Contract and the subsequent actions by the Turkmen courts were largely either the result of choices made by Garanti Koza, including the decision not to seek an extension or renewal of the bank guarantee, or were caused by circumstances within its control”; **CL-0033-ENG**, *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶¶ 215-216.

²⁵¹ **RL-0082**, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, *Artículos de Responsabilidad Estatal por ilícitos internacionales*, Comisión de Derecho Internacional, 2001.

²⁵² **RL-0083**, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América c. República de Italia*, CIJ, Dictamen, 20 de julio de 1989, ¶¶ 98, 101.

²⁵³ **RL-0084**, *Generation Ukraine, Inc., c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, ¶ 20.26.

²⁵⁴ **RL-0085**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, ¶ 263.

²⁵⁵ **RL-0085**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, ¶ 264.

Artículos sobre Responsabilidad Estatal, indicó que el incumplimiento de una obligación internacional puede consistir en un acto compuesto²⁵⁶. En cualquier caso, los actos individualmente reclamados deben ser “*bastante numerosos y relacionados entre sí para no reducirse a incidentes aislados o a excepciones, para formar un conjunto o sistema*”²⁵⁷.

424. Por lo tanto, para que una expropiación progresiva pueda ser estimada, el demandante debe probar que las medidas adoptadas por el Estado tienen un patrón común²⁵⁸. Diversos tribunales, en su análisis del concepto de expropiación progresiva, se han referido a esa interconexión de las medidas individuales como “*steps under a common denominator*”²⁵⁹, “*coordinated pattern*”²⁶⁰, “*an overall confiscatory scheme*”²⁶¹ o “*series of acts leading in the same direction*”²⁶².
425. Nada de esto ha acreditado Sargeant. La razón es evidente, no se puede probar lo que no existe. Sargeant sigue siendo la única titular de los derechos de propiedad sobre las supuestas, y negadas, inversiones, no identifica qué derecho de propiedad de los que ostenta habría sido supuestamente expropiado ni tampoco indica cuáles habrían sido ese conjunto de actuaciones que configurarían el esquema confiscatorio que alega, y cómo éstas habrían provocado cualesquiera de los daños o perjuicios invocados Sargeant.

4.1.2 El Estado dominicano no ha expropiado la supuesta, y negada, inversión de Sargeant

- (i) Sargeant no ha identificado qué derecho de propiedad la habría sido supuestamente expropiado conforme al Anexo 10-C (2) del DR-CAFTA

426. El Anexo 10-C (2) del DR-CAFTA establece claramente que “[u]n acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión”.
427. Al respecto, Sargeant se limita a enumerar un listado de supuestas inversiones que habría realizado en la República Dominicana, indicando que serían:

- el Contrato 2013 en sí;
- el Arrendamiento del muelle;

²⁵⁶ **RL-0086**, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Comisión de Derecho Internacional, 2001, Artículo 15, numeral 1: “*La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.*” **RL-0064**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 516: “*Según el Tribunal, esta serie de medidas constituye un acto compuesto, tal como lo sugiere la Comisión de Derecho Internacional en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (Artículo 15)*”.

²⁵⁷ **RL-0087**, *Irlanda c. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ¶ 159.

²⁵⁸ **RL-0088**, *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013, ¶ 271. Véase también, **RL-0034**, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, ¶ 545, “[E]l Tribunal procurará determinar si ha surgido un patrón general de conducta a partir de estas instancias y si ese patrón general de conducta infringe, en efecto, el estándar”.

²⁵⁹ **RL-0089**, *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso SCC No. 079/2005, Laudo Final, 12 de septiembre de 2010, ¶ 621.

²⁶⁰ **RL-0090**, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶ 308.

²⁶¹ **RL-0091**, *Renta 4 S.V.S.A., et al., c. Federación de Rusia*, Caso SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, ¶ 147.

²⁶² **RL-0092**, *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, ¶ 91.

- las inversiones en las Terminales 1, 2 y 3 [...];
 - el arrendamiento de tanques de almacenamiento
 - inversiones en los permisos y planes mencionados en el párrafo 23 [...];
 - el oleoducto mencionado en el párrafo 28 [...]; y
 - las órdenes de compra emitidas en virtud del Contrato 2013 que, según dice, aún no se habrían pagado, junto con el inventario de productos adquirido por Sargeant en virtud del Contrato de 2013”.²⁶³
428. Sin embargo, Sargeant no hace ni el más mínimo esfuerzo por explicar cómo los supuestos actos expropiatorios del Estado dominicano habrían interferido con estos derechos de propiedad. En cualquier caso, no existe interferencia alguna con los derechos de propiedad de la Demandante, ni con los atributos o facultades esenciales del dominio de sus supuestas, y negadas, inversiones.
429. De hecho, y como vimos, su perito indica expresamente que “*Sargeant continues to own and operate the infrastructure assets and has not claimed that the Measures have resulted in a diminution in value of the physical investments themselves [...]*”.²⁶⁴
430. Esto es una muestra evidente de que esta reclamación no tiene fundamento alguno, ni fáctico, ni mucho menos jurídico, lo que debería llevar a su íntegra desestimación.
- (ii) Los supuestos créditos bajo el Contrato 2013 no son susceptibles de expropiación ya que bajo el Artículo 10.28 nota 12 no son una inversión, por lo que no hay expropiación posible
431. El Artículo 10.28 (Definiciones) del DR-CAFTA indica que:
- inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda o préstamos. (énfasis añadido)*
432. En este último punto, y como ya vimos, el DR-CAFTA nos remite a la nota al pie número 12 que expresamente indica que “*Para efectos de este Tratado, reclamos de pago que son de vencimiento inmediato y que son resultado de la venta de mercancías o servicios no son inversiones*”. (énfasis añadido)
433. Por lo tanto, las supuestas facturas impagadas invocadas por Sargeant, que serían, en su caso, el resultado de la venta de mercancías o la prestación de servicios, quedan excluidas del concepto de inversión protegida por el DR-CAFTA y, por lo tanto, no son susceptibles de expropiación.
434. En cualquier caso, veremos a continuación que el impago de una deuda, aunque calificara como inversión bajo el DR-CAFTA – *quod non* – tampoco constituye expropiación.

²⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 139.

²⁶⁴ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

(iii) El supuesto impago de una deuda no constituye expropiación

435. Son numerosos los tribunales que han establecido que “*el mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco [...] es equivalente a una expropiación*”²⁶⁵.
436. Concretamente, en relación con el impago de una deuda contractual, el tribunal en *SGS c. Filipinas* consideró que:

*In the Tribunal's view, in the material presented by the Claimant no case of expropriation has been raised. Whatever debt the Philippines may owe to SGS still exists; whatever right to interest for late payment SGS had it still has. There has been no law or decree enacted by the Philippines attempting to expropriate or annul the debt, nor any action tantamount to an expropriation. The Tribunal is assured that the limitation period for proceedings to recover the debt before the Philippine courts under Article 12 has not expired. A mere refusal to pay debt is not an expropriation of property, at least where remedies exist in respect of such a refusal. A fortiori, a refusal to pay is not an expropriation where there is an unresolved dispute as to the amount payable.*²⁶⁶ (énfasis añadido)

437. En parecidos términos se expresó el tribunal en *Bureau Veritas v. Paraguay*:

Cuando una deuda emanada de un contrato sigue existiendo y cuando el foro contractualmente acordado para la resolución de diferencias relativas a esa deuda sigue disponible, parece evidente que no pueda decirse que los derechos de una parte contratante relacionados con esa deuda hayan sido expropiados, ya sea directa o indirectamente. En el presente caso no se ha alegado que la deuda enmarcada en el contrato no siga existiendo o que no sea posible acudir al foro contractual previsto en el Contrato. BIVAC ha optado libremente por no acudir ante los tribunales de Asunción para recuperar las sumas que según manifiesta se le deben conforme al Contrato. [...]

[...] Sea que una parte contratante se rehúse a pagar una o cinco veces, la deuda contractual sigue existiendo, sin que pueda sostenerse que la caracterización jurídica de la obligación de pago haya variado. Tampoco puede decirse que una negativa a pagar en cinco (o más) ocasiones pueda alterar los derechos legales de BIVAC a percibir la cantidad que se le adeuda.

[...] Aun suponiendo que haya habido “una negación definitiva” de pago, suposición que al parecer el Paraguay cuestiona, BIVAC no alega que se haya obstaculizado el ejercicio de los recursos legales previstos en el Contrato. El hecho de que BIVAC haya optado por no utilizar esos recursos, o por alguna razón que no manifiesta considere que ellos no son atractivos o efectivos, no puede contribuir a respaldar el argumento de la expropiación.

Nuestra conclusión se puede exponer en términos sencillos: en circunstancias en donde no se debate la continua existencia de la supuesta deuda contractual

²⁶⁵ **CL-0024-ENG**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 174; **RL-0059**, *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, LCIA, Laudo, 3 febrero de 2006, ¶ 194

²⁶⁶ **CL-0031-ENG**, *SGS Societe Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Laudo sobre objeciones preliminares, 29 de enero de 2004, ¶ 161.

*o en que el acceso al foro para la resolución de diferencias contractuales sigue estando plenamente disponible, los materiales presentados por BIVAC no permiten sostener que haya tenido lugar una expropiación.*²⁶⁷ (énfasis añadido)

438. Por lo tanto, aun en el hipotético caso de que las facturas supuestamente impagadas por el MOPC se consideraren inversión protegida bajo el DR-CAFTA – *quod non*–, no puede considerarse que haya tenido lugar una expropiación.
439. Si Sargeant consideraba que el MOPC le debía las facturas que exige, debió iniciar el procedimiento administrativo correspondiente para reclamar su pago. No lo hizo, y tampoco alegó que se le haya obstaculizado de ningún modo el ejercicio de los recursos legales previstos en el Contrato 2013. Si ha optado por no utilizarlos, por los motivos que considere, ha sido su decisión, pero ello no puede respaldar de modo alguno el argumento de la expropiación.
- (iv) La supuesta exclusión del mercado del asfalto no existió y Sargeant no realiza ningún reclamo por esta supuesta medida
440. Entre las supuestas “medidas adoptadas o mantenidas por la República Dominicana”²⁶⁸ que, según Sargeant, habrían violado las protecciones sustantivas otorgadas por el Capítulo 10 del DR-CAFTA estaría la “exclusión deliberada de Sargeant del mercado dominicano de AC-30 a favor de la competencia local”.²⁶⁹
441. Sin embargo, lo cierto es que, a día de hoy, Sargeant es parte del mercado dominicano de AC-30. De hecho, sigue constando inscrita en el Registro de Proveedores del Estado²⁷⁰ como empresa que provee servicios al Estado dominicano, por lo que no ha existido la supuesta exclusión alegada:



Registro de Proveedores del Estado (RPE)
Constancia de inscripción
RPE: 31508

Fecha de registro: 6/6/2013	Fecha actualización: 29/3/2017
Razón social: Sargeant Petroleum, LLC	No. Documento: 131001262 - RNC
Género: Male	Provee: Servicios
Certificación MIPYME: false	Registro de beneficiario: false
Clasificación empresa: Gran Empresa	Estado: Activo
Ocupación:	Motivo:
Domicilio: Calle Dr. Carlos Sanchez y Sanchez, 2, Ens. Naco 10100 - REPÚBLICA DOMINICANA	
Persona de contacto: Ambiorix M. Popoter Zapata	

²⁶⁷ **CL-0034-ENG**, *Bureau Veritas v. Paraguay*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, ¶¶ 110, 114, 116-117.

²⁶⁸ Memorial de Demanda, Sección IV B.

²⁶⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 131, 171 y 181.

²⁷⁰ **R-0044**, Constancia de inscripción de Sargeant Petroleum LLC en el Registro de Proveedores del Estado.

442. Pero es más, la prueba más evidente de que esta supuesta exclusión no ha tenido lugar la encontramos en el informe de daños de su propio perito, en el que expresamente se recoge que Sargeant no le ha indicado que proporcione una evaluación de la supuesta pérdida que la Demandante habría sufrido por la supuesta exclusión del mercado de asfalto de la República Dominicana²⁷¹.
443. Resulta ciertamente elocuente que Sargeant, tras alegar que el Estado la habría expulsado del mercado dominicano de cemento AC-30, le haya indicado a su perito que no era necesario hacer una valoración de la pérdida que este supuesto hecho le habría causado.
444. Si la exclusión del mercado dominicano alegada por la Demandante fuera cierta ¿no habría sido pertinente que el perito contratado por Sargeant hubiera valorado qué daño habría sufrido la Demandante por este acto?
445. La respuesta es evidente: la Demandante no ha encargado a su perito esta valuación porque es plenamente consciente de que (i) no ha existido la exclusión del mercado que alega; (ii) el Estado dominicano no ha violado el DR-CAFTA; y (iii) no existe daño alguno que reclamar por este concepto.
- (v) Las restantes supuestas, y negadas, inversiones invocadas por Sargeant no han sido expropiadas
446. Sargeant afirma también que, entre sus supuestas inversiones en República Dominicana se encontrarían: (i) un tanque de almacenamiento de AC-30 de 27.000 galones de capacidad, una planta de emulsión, oficinas y almacenes, en la Terminal 1²⁷²; (ii) un tanque de almacenamiento de AC-30 de 1,9 millones de galones y un tanque de almacenamiento de AC-30 de 2 millones de galones de capacidad, junto con bombas, calderas y tanques de almacenamiento de diésel asociados, en la Terminal 2²⁷³; (iii) un tanque de almacenamiento de AC-30 de 1 millón de galones y un tanque de almacenamiento de AC-30 de 1,1 millones de galones en la Terminal 3²⁷⁴; (iv) ductos que van desde las instalaciones hasta las terminales²⁷⁵; (v) permisos para construir una cuarta terminal²⁷⁶; (vi) el arrendamiento a largo plazo para uso exclusivo del muelle 3²⁷⁷; y (vii) el uso de una barcaza flotante con una capacidad de 2,7 millones de galones para almacenar AC-30, atracada en la terminal 1²⁷⁸.
447. Al respecto, debemos señalar que Sargeant no aporta prueba alguna que acredite las supuestas inversiones, más allá de la mera declaración testimonial del Sr. Abu Naba'a y de un contrato de arrendamiento del muelle 3. Las restantes inversiones a las que hace referencia Sargeant están absolutamente huérfanas de prueba, tanto en lo que concierne a su existencia como en lo concerniente a los supuestos importes que habría desembolsado la Demandante.

²⁷¹ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 1.2.3.

²⁷² Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 27a.

²⁷³ Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 27b.

²⁷⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 27c.

²⁷⁵ Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 31.

²⁷⁶ Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 30.

²⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 24.

²⁷⁸ Declaración Testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 29, 32.

448. ¿Es por ello que Sargeant no realiza ningún reclamo por estas supuestas inversiones?
449. Como vimos, el perito de daños de la Demandante indica en su informe que “*Sargeant [...] no ha afirmado que las Medidas hayan dado lugar a una disminución en el valor de las inversiones físicas en sí. Como tal, no hay pérdidas reclamadas respecto a estos activos y no he buscado estimar dichas pérdidas*”²⁷⁹.
450. Pues bien, si la propia Demandante reconoce que sigue siendo propietaria y operando estas pretendidas inversiones²⁸⁰ y, además, que las supuestas acciones que habría realizado el Estado dominicano no han dado lugar a una disminución de su valor²⁸¹ ¿cómo puede seriamente sostener que el Estado dominicano se las ha expropiado? Esta alegación es, simplemente, insostenible.

4.2 LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO LA CLÁUSULA DE TRATO NACIONAL DEL ARTÍCULO 10.3 DEL DR-CAFTA RESPECTO DE SARGEANT

451. En la Sección VII de su Memorial de Demanda, Sargeant acusa a la República Dominicana de no concederle el trato nacional, tal y como exige el Artículo 10.3.²⁸² El trato nacional es una norma diseñada para prevenir la discriminación de los inversores extranjeros y sus inversiones basadas en su nacionalidad o con razón de su nacionalidad.
452. Como fuere indicado previamente, el Tribunal no tiene jurisdicción para analizar el reclamo de trato nacional de Sargeant en tanto, bajo el Artículo 10.13.5(a) del DR-CAFTA, la cláusula de trato nacional no es aplicable a asuntos de contratación pública. Pero aún en el caso que la misma resultase aplicable, Sargeant ha fallado en demostrar que la República Dominicana ha otorgado un tratamiento menos favorable a Sargeant que a inversores nacionales en circunstancias similares.
453. Ni una sola palabra dedica a explicar los motivos por los que considera que el trato que la República Dominicana habría dado a sus competidores sería más favorable que el que ha recibido Sargeant. La Demandante simplemente se limita a decir que el Estado dominicano ha continuado pagando a sus competidores mientras que no habría pagado a Sargeant lo que, supuestamente, le debe.
454. En cualquier caso, aun si la cláusula de Trato Nacional fuese aplicable, la República Dominicana no ha otorgado un tratamiento menos favorable a Sargeant que a inversores nacionales. Veamos.
455. El Artículo 10.3 del DR-CAFTA tiene como finalidad proteger a las inversiones y a los inversionistas extranjeros contra la discriminación, en comparación con inversiones o inversionistas nacionales que se encuentre “*en circunstancias similares*”.
456. La norma de trato nacional –al igual que la de NMF– tienen tres elementos: (i) la demandante debe haber recibido un determinado trato del Estado; (ii) otros inversores o sus inversiones (los “comparadores”) deben haber estado en circunstancias similares a las de la demandante; y (iii) la demandante deben haber recibido un trato menos favorable que

²⁷⁹ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

²⁸⁰ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

²⁸¹ Informe Pericial de Richard Indge, ¶ 3.5.2.

²⁸² Memorial de Demanda, Sección VII.

los comparadores en circunstancias similares.²⁸³ La carga de probar cada uno de estos elementos recae directamente sobre la demandante y esta carga no se transfiere nunca al Estado.²⁸⁴ Como veremos a continuación, Sargeant no ha satisfecho esa carga.

457. De acuerdo con Sargeant, el estándar aplicable es objetivo, y varias autoridades han confirmado que es suficiente con demostrar discriminación contra un inversor que resulta ser un extranjero, sin que dicha discriminación se motive en su cualidad de tal.²⁸⁵ Sin embargo, las autoridades no son unánimes respecto de este punto.
458. Como todas las demás disposiciones del Tratado, el Artículo 10.3 debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.²⁸⁶ El objetivo del Artículo 10.3 DR-CAFTA no es prohibir todo trato diferenciado entre inversores e inversiones, sino garantizar que los Estados Parte no traten a los inversores y a las inversiones “en circunstancias similares” de forma diferente en función de su nacionalidad. Es decir, evitar la discriminación basada en la nacionalidad.
459. Ello es confirmado por Estados Unidos en su presentación en el caso *Mercer*, respecto de los Artículos 1102 (trato nacional) y 1103 (MFN) NAFTA, los cuales operan de forma idéntica los de DR-CAFTA:

*10. These articles are intended to prevent discrimination on the basis of nationality. They are not intended to prohibit all differential treatment among investors or investments. Rather, they are designed to ensure that nationality is not the basis for differential treatment, in accordance with the provisions of the NAFTA.*²⁸⁷

460. Por ejemplo, el tribunal en *Gramercy v. Peru* enfatizó que el estándar de trato nacional “does not prohibit differential treatment between the foreign investor and the nationals; what it prohibits is that, on the basis of nationality, the host State discriminates between local and foreign investors that are in “like circumstances””.²⁸⁸
461. Asimismo, en *Loewen*, el tribunal afirmó que la protección de trato nacional: “is direct[ed] only to nationality-based discrimination and [] it proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis of nationality...”.²⁸⁹

²⁸³ **RL-0041**, *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 24 May 2007, ¶ 83; **RL-0093**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 163; **RL-0094**, *Pope & Talbot Inc. C. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, fase 2, 10 de abril de 2001, ¶¶ 73-104.

²⁸⁴ **RL-0041**, *United Parcel Service of America Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award, 24 May 2007, ¶ 84: “Failure by the investor to establish one of those three elements will be fatal to its case. This is a legal burden that rests squarely with the Claimant. That burden never shifts...”.

²⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 179-180.

²⁸⁶ **CL-0001-ENG**, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Artículo 31.

²⁸⁷ **RL-0042**, *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Submission of the United States of America, 8 May 2015, ¶ 10.

²⁸⁸ **RL-0095**, *Gramercy Funds Management LLC, and Gramercy Peru Holdings LLC v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. UNCT/18/2, Final Award, 6 December 2022, ¶ 1235.

²⁸⁹ **RL-0096**, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, ¶ 139. Véase también, **RL-0038**, *Mercer International Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 March 2018, ¶ 7.7: rechazando la alegación de la Demandante conforme a la cual “it did not have to establish discriminatory intent on the Respondent’s part.”

462. Por ende, si las pruebas no sugieren tal discriminación o si el Estado puede establecer un vínculo entre su conducta y políticas gubernamentales racionales y no discriminatorias, las reclamaciones fracasarán. Es decir, las pruebas presentadas por Sargeant deben demostrar una discriminación basada en la nacionalidad por parte de la República Dominicana, lo cual no hizo.
463. Como se verá a continuación, al igual que al realizar su reclamo de NMF, Sargeant ha fallado en particularizar su reclamo de trato nacional, por lo cual este también debe fallar.
464. Como fuere mencionado, Sargeant tiene la carga de probar los tres elementos constituyentes del 10.3 DR-CAFTA. En primer lugar, en lo que refiere al trato, Sargeant reitera nuevamente las tres mismas supuestas acciones de la República Dominicana que fueron invocadas en su reclamo de expropiación.²⁹⁰
465. Como inversores nacionales comparables propone a Refidomsa, Bluport Asphalt, Inversiones Titanio y General Asphalt (“**Empresas Comparables**”), las cuales, según Sargeant, “*son competidoras de Sargeant y proporcionan a la República Dominicana AC-30 y servicios relacionados, pero no han sido víctimas de ninguna de las medidas que se han aplicado a Sargeant.*”²⁹¹ Hasta ahí llega la argumentación de Sargeant respecto de este punto.
466. Fiel a la narrativa inconclusa de su Memorial de Demanda, Sargeant delega en la República Dominicana y el Tribunal el unir los puntos de sus reclamos y definir cómo cada conducta se encuadraría en el estándar aplicable. Sin embargo, no es suficiente para satisfacer el estándar del Artículo 10.3 DR-CAFTA que Sargeant liste una serie de empresas nacionales y alegue que ellas no se vieron expuestas a las mismas medidas y esperar que ello sea cierto respecto de alguna. Sargeant debe probar su caso. Y no lo hizo.
467. Al formular su reclamo de trato diferencial como una negación, Sargent busca eludir su carga de probar que el mismo existió, sin embargo, esto no debe ser permitido por el Tribunal. Sargeant tiene la carga de probar cómo cada una de las acciones alegadas aplica respecto de las Empresas Comparables;²⁹² es decir, cómo cada uno de dichas empresas efectivamente recibió un trato más beneficioso respecto de cada acción alegada. Ello asumiendo que estas se encuentren en circunstancias similares, lo cual Sargeant tampoco ha demostrado, pues omite absolutamente la identificación de las características o de las razones por las cuales las Empresas Comparables deberían considerarse como comparadores adecuados.
468. Que las Empresas Comparables vendan a la República Dominicana AC-30 y servicios relacionados no es suficiente para satisfacer el test de “*en circunstancias similares*” del Artículo 10.3. La identificación de comparadores apropiados requiere tener en cuenta algo más que el sector empresarial o económico, involucra considerar también el marco normativo y los objetivos políticos, entre otras posibles características pertinentes. Es decir,

²⁹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 181.

²⁹¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 182.

²⁹² **RL-0041**, *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada*, Award on the Merits, 24 May 2007, ¶¶ 84: “*This is a legal burden that rests squarely with the Claimant. That burden never shifts to the Party.*”

el comparador propuesto debe ser similar en todos los aspectos relevantes salvo en la nacionalidad del titular.²⁹³

469. Como ya señaló el tribunal en el caso *Pope & Talbot c. Canadá*, en relación con el concepto de “*circunstancias similares*”, el término diferirá según los hechos del caso determinado:

*It goes without saying that the meaning of the term will vary according to the facts of a given case. By their very nature, "circumstances" are context dependent and have no unalterable meaning across the spectrum of fact situations. And the concept of "like" can have a range of meanings, from "similar" all the way to "identical." In other words, the application of the like circumstances standard will require evaluation of the entire fact setting surrounding, in this case, the genesis and application of the Regime.*²⁹⁴

470. Por ejemplo, el hecho de que dos empresas produzcan bienes que son competidores en un determinado mercado no implica, por sí solo, que se encuentren en circunstancias similares. Así lo reconoció el tribunal en *Corn Products v. México*:

*el Tribunal no sostiene que el hecho de que un inversionista extranjero y un inversionista nacional estén produciendo productos similares obligue a admitir que ambos se encuentran en circunstancias similares a los efectos del Artículo 1102.*²⁹⁵

471. Es decir que pueden existir casos en que el demandante y el comparador o comparadores nacionales sean competidores, pero no se encuentren en circunstancias similares en el contexto del trato en concreto, por ejemplo, por las condiciones contractuales, las condiciones específicas del mercado, y todo tipo de diferencias que permitan distinguir el trato que se concedió a cada parte.²⁹⁶

472. Sin embargo, en este caso *Sargeant* se ha limitado a afirmar que estas empresas son comparables, pero no aporta prueba alguna que lo demuestre, ni ha hecho el más mínimo esfuerzo por ilustrar al Tribunal acerca de cuáles serían los motivos y las razones por las que considera que estas empresas están en “circunstancias similares”.

473. Por ejemplo, para sustanciar su reclamo respecto del supuesto impago de montos supuestamente adeudados bajo el Contrato 2013, *Sargeant* debe probar que las Empresas Comparables se encontraban “en circunstancias similares” y que ellas efectivamente recibieron todos los pagos en virtud de sus respectivos contratos con el MOPC en tiempo y forma.²⁹⁷

474. Sin embargo, *Sargeant* no ha demostrado que dichas empresas se encuentren en circunstancias similares. Como fuere indicado previamente, las condiciones contractuales,

²⁹³ **RL-0043**, *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43, Submission of the United States of America, 19 February 2021, ¶ 33.

²⁹⁴ **RL-0094**, *Pope & Talbot Inc. C. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, fase 2, de 10 de abril de 2001, ¶75.

²⁹⁵ **RL-0097**, *Corn Products International c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/01, Decisión sobre responsabilidad, 15 de enero de 2008, ¶122

²⁹⁶ **RL-0042**, *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Submission of Mexico, 8 May 2015, ¶ 12.

²⁹⁷ Request for Arbitration, ¶ 44: “*Sargeant’s Dominican competitors received timely (or slightly delayed) payment in full from the MOPC*”

así como todo tipo de diferencias que puedan servir para distinguir el trato concedido deben ser consideradas a los efectos de satisfacer dicho requisito. En el presente caso, el Contrato 2013 se encuentra viciado de múltiples irregularidades, además de haber sido agotado su objeto. Esta circunstancia es suficiente para diferenciar a Sargeant de las Empresas Comparables.

475. La supuesta falta de pago no responde a ninguna discriminación, sino a una legítima disputa del MOPC sobre la validez del Contrato 2013 y sobre la existencia y procedencia de los montos reclamados por Sargeant.
476. De la misma forma, la falta de sustanciación por Sargeant de su reclamo de exclusión del mercado dominicano de AC-30 a favor de la competencia local es aún más patente. En su Memorial de Demanda, Sargeant no indica los actos o medidas adoptadas por la República Dominicana que llevaron a dicho resultado.
477. Al referir al Artículo 10.3 en su Solicitud de Arbitraje, Sargeant parece insinuar que la conducta que llevó a la supuesta exclusión del mercado de Sargeant es que la República Dominicana, en forma reiterada, habría concedido a las Empresas Comparables contratos de suministro de AC-30 sin mediar licitaciones públicas y transparentes.^{298 299}
478. El suministro de asfalto bajo el Contrato 2003, y la opción de suministro incluida en el Contrato 2013 no fue fruto de licitación alguna. Sargeant ha estado suministrando AC-30 sin haber mediado licitación alguna desde el 2005.³⁰⁰
479. Por lo cual, resulta por lo menos irónico que Sargeant reclame que fue discriminado en favor de las Empresas Comparables al concedérseles contratos de suministro de AC-30 sin mediar licitación pública, cuando durante quince años Sargeant vendió AC-30 a la República Dominicana bajo el Contrato 2003 y el Contrato 2013 sin que existiera licitación alguna. En efecto, desde fines de 2013 a la fecha, Sargeant fue el principal proveedor de AC-30 al MOPC, vendiendo un 56% del volumen total adquirido por el MOPC según su propio perito.³⁰¹
480. En cualquier caso, debemos resaltar que el Estado dominicano no tiene ningún compromiso de exclusividad con la Demandante. De hecho, para preservar cierta estabilidad en el sector de la obra pública, era su deber diversificar el riesgo de falta de suministro de AC-30, contando con varios proveedores para evitar ser cliente cautivo de cualquiera de ellos. El contar con varios proveedores de AC-30 es una práctica, razonable y justificada, que el

²⁹⁸ Request for Arbitration, ¶ 44: "*Sargeant's contracts were awarded pursuant to a transparent tender process, the Dominican government has repeatedly awarded Sargeant's Dominican competitors numerous AC-30 contracts without a transparent or lawful tender process.*"

²⁹⁹ Informe Pericial de Robert Indge, ¶ 2.4.8.

³⁰⁰ **MAN-0007-SPA**, Adenda N° III de 22 de enero del 2008, p. 2, referencia al Contrato del 6 de agosto de 2005 para la compra de 4,595,467.00 galones de AC-30 para ser utilizado en la Autopista del Nordeste; **MAN-0007-SPA**, Adenda N° IV de 1 de noviembre del 2009, p.3-4, que autorizó la compra a Sargeant de AC-30 por un monto de US\$45,000,000.00; **MAN-0007-SPA**, Adenda N° X de 17 de octubre del 2011, p. 4, para la compra de AC-30 por un monto de US\$5,000,000.00, destinados a iniciar el Plan Nacional de Asfaltado.

³⁰¹ Expert Report Indge, ¶ 2.3.4.

Estado dominicano tiene implementada desde hace muchos años y así lo reconoce el mismo Sr. Abu Naba'a.³⁰²

481. Con base en lo anterior, el presente reclamo debe ser rechazado, ya que Sargeant no ha adecuadamente satisfecho los elementos esenciales del Artículo 10.3 DR-CAFTA.

4.3 LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO BAJO EL ARTÍCULO 10.5 DEL DR-CAFTA

482. Según sostiene la Demandante, la República Dominicana habría violado el DR-CAFTA al no brindar el trato de inversiones cubiertas a Sargeant de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, en violación del Artículo 10.5 del DR-CAFTA.

483. La Demandante argumenta su reclamación indicando que:

*La conducta de la República Dominicana hacia Sargeant, como se resume en los párrafos 163-176, es extremadamente desigual e injusta. También puede caracterizarse como arbitraria e idiosincrásica. Ha privado a Sargeant del flujo de caja al que tiene derecho legítimamente a esperar para el pago de los servicios prestados en virtud de un acuerdo legalmente vinculante, y ha expulsado efectivamente a Sargeant del mercado de República Dominicana para el suministro de asfalto AC-30 y la prestación de servicios relacionados con el asfalto AC-30. No existe un buen motivo para justificar dicha conducta y, en ocasiones, ha sido evidentemente en detrimento de los propios contribuyentes de la República Dominicana.*³⁰³

484. A su criterio, "Dicha conducta constituye un claro incumplimiento del estándar mínimo de trato requerido por el derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, un incumplimiento del Artículo 10.5 del DR-CAFTA".³⁰⁴

485. Nuevamente, el esfuerzo argumentativo que hace la Demandante para dar soporte a su reclamación es prácticamente nulo.

486. Remite al Tribunal a trece párrafos de su memorial (¶¶ 163-176) en los que se supone que está resumida la conducta del Estado. Sin embargo, once de esos trece párrafos son citas legales o jurisprudenciales relativas a expropiación de inversiones. Sólo en dos de los párrafos a los que se remite la Demandante se hace referencia al caso concreto objeto de este arbitraje.

487. Pero lo que es más grave, Sargeant no ofrece explicación alguna sobre los motivos y las razones que alberga para afirmar que la conducta del Estado dominicano es "desigual e injusta" o "arbitraria e idiosincrásica".

³⁰² Declaración testimonial de Mustafa Abu Naba'a, ¶ 60: "*In June and July 2020, all of the Dominican Republic's other AC-30 companies stopped supplying AC-30 to the MOPC in anticipation of the new government coming to power in the next months and potentially refusing to pay any outstanding invoices.*" (énfasis añadido)

³⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 191.

³⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 192.

488. Ninguna explicación sobre estas cuestiones se encuentra en el Memorial de Demanda de Sargeant, quien se limita a lanzar afirmaciones tan graves como infundadas, carentes del más mínimo sustento y que no soportan el más mínimo análisis.

489. En cualquier caso, a continuación, analizaremos cuál es el estándar de tratamiento mínimo aplicable en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA (**Sección 4.3.1**), y demostraremos que la República Dominicana no ha violado el estándar de tratamiento mínimo (**Sección 4.3.2**).

4.3.1 El Artículo 10.5 del DR-CAFTA prescribe el estándar de tratamiento mínimo de extranjeros del derecho internacional consuetudinario

490. En relación con la obligación de brindar un trato justo y equitativo, el Artículo 10.5 del DR-CAFTA dispone que:

1. Cada parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo. (énfasis añadido)

491. Por lo tanto, de la simple lectura del DR-CAFTA se extrae que el estándar exigible a los efectos de la obligación de Trato Justo y Equitativo es el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.

492. Como bien indica la Demandante, el análisis del contenido de esta norma comienza con la referencia al caso Neer, en donde se resolvió que un incumplimiento del nivel mínimo de trato “*in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.*”³⁰⁵

³⁰⁵ CL-0022-ENG, *Neer and Neer (USA) v United Mexican States*, Decision, 15 October 1926, ¶ 4.

493. En su Memorial de Demanda, Sargeant sostiene que “el estándar mínimo de trato es una noción evolutiva, que ahora brinda una protección mucho mayor a los inversionistas que la contemplada en la decisión de Neer”.³⁰⁶

494. Sin embargo, existen varias decisiones recientes que llegaron a una conclusión distinta y, al contrario de lo que sostiene la Demandante, respaldaron el criterio del caso Neer.

495. Así, por ejemplo, el tribunal en *Eli Lilly and Company c. Canadá* expresó:

the Tribunal accepts in principle the analysis and conclusions of the NAFTA Chapter Eleven tribunal in Glamis Gold on the content of the customary international law minimum standard of treatment addressed in NAFTA Article 1105(1) and, in particular, its conclusion as follows:

The Tribunal therefore holds that a violation of the customary international law minimum standard of treatment, as codified in Article 1105 of the NAFTA, requires an act that is sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice. Manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons- so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105. Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;” [...]. The Tribunal emphasizes that, although bad faith may often be present in such a determination and its presence certainly will be determinative of a violation, a finding of bad faith is not a requirement for a breach of Article 1105 (1).³⁰⁷ (énfasis añadido)

496. Por su parte, el tribunal en *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* entendió que el estándar de trato justo y equitativo es aquel consagrado en el caso Neer³⁰⁸ y concluyó que “una violación al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, tal como se encuentra codificado en el Artículo 1105 del TLCAN, exige un acto que sea suficientemente atroz y escandaloso”³⁰⁹ (énfasis añadido, traducción libre).

497. El nivel es actualmente, y siempre lo ha sido, un nivel muy restrictivo que no se alcanza fácilmente y que da al Estado cierto nivel de discrecionalidad en su actuar. Son varios los tribunales, ya sea en aplicación del DR-CAFTA o del TLCAN, los que han manifestado que el umbral para demostrar una violación al nivel mínimo de trato consagrado en el derecho internacional consuetudinario es extremadamente elevado.

498. Así lo ratificaron los tribunales en los casos *SD Myers y Waste Management II*, respectivamente:

The Tribunal Considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. The determination must be made in light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic

³⁰⁶ Memorial de Demanda ¶ 187.

³⁰⁷ **RL-0098**, *Eli Lilly and Company v. Government of Canadá*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 16 de marzo de 2017, ¶ 222.

³⁰⁸ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. V. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 612 “It appears to this Tribunal that the NAFTA State Parties agree that, at a minimum the fair and equitable treatment standard is that as articulated in Neer”.

³⁰⁹ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. V. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 627.

*authorities to regulate matters within their own borders.*³¹⁰

*Lo que se analiza aquí es el criterio de revisión del Artículo 1105 [...]. [...] surge un criterio general para el Artículo 1105. Tomados en forma conjunta, los casos S.D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios racionales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo*³¹¹

499. El estándar establecido en el caso *Waste Management II* ha sido de general aceptación y seguimiento por los tribunales que han tenido ocasión de conocer de reclamaciones relativas al trato justo y equitativo.³¹² El caso es sumamente relevante además porque, como veremos en la sección siguiente, se analizó dicho estándar en el contexto de un reclamo por supuesto impago de deudas.

500. El tribunal en el caso *GAMI c. México* resaltó lo restrictivo del estándar:

*Cuatro implicaciones del caso Waste Management II resaltan inclusive al nivel de generalidad reflejado en los pasajes que fueron citados previamente. (1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional. (2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional. (3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios. (4) La totalidad de los antecedentes -no hechos aislados- determina si ha habido una violación del derecho internacional.*³¹³

501. El tribunal en el caso *International Thunderbird* sostuvo que:

el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato sigue siendo elevado [...]. A los efectos del presente caso, el Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caiga por debajo de los niveles internacionalmente

³¹⁰ **RL-0099**, *S.D. Myers, Inc v. the Government of Canadá*, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, ¶ 263.

³¹¹ **CL-0024-ENG**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98.

³¹² **RL-0100**, *TECO Guatemala Holding, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶454; **RL-0101**, *Gami Investments, Inc. c. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 15 de noviembre de 2004, ¶¶ 95-96.

³¹³ **RL-0101**, *Gami Investments, Inc. c. el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 15 de noviembre de 2004, ¶ 97.

acceptables.³¹⁴

502. El tribunal en el caso Glamis, más reciente, adoptó una postura aún más férrea:

The customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community. [...]

It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking -a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or manifest lack of reasons- so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1).³¹⁵

503. De todo lo anterior se desprende que la jurisprudencia establece, claramente, que el estándar para determinar si ha existido una violación al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario es extremadamente restrictivo, como lo demuestra el copioso uso de adjetivos como “manifiesta”, “grosera”, “flagrante”, “escandalosa” o “aberrante”.

504. En consecuencia, para demostrar una violación del estándar mínimo, Sargeant debe probar que la República Dominicana incurrió en una falta de conducta escandalosa o aberrante, que excede con mucho una simple “*inconsistencia o inadecuación de la regulación de [...]* sus asuntos internos”.³¹⁶

505. En cualquier caso, tal y como exponemos en la sección siguiente, las acciones impugnadas por Sargeant no violaron el Artículo 10.5, con independencia de cómo de restrictivamente se interprete el estándar mínimo.

4.3.2 La República Dominicana no ha violado el estándar de tratamiento mínimo

506. A lo largo del Memorial de Demanda, Sargeant ataca las tres supuestas “medidas” del Estado dominicano que vimos respecto de los reclamos anteriores,³¹⁷ aunque no hace referencia a ninguna de ellas explícitamente a la luz del estándar de trato justo y equitativo.

507. Según Sargeant, la conducta estatal habría sido “*arbitraria e idiosincrásica*”, privando a la Demandante “*del flujo de caja al que tiene derecho legítimamente a esperar para el pago de los servicios prestados en virtud de un acuerdo legalmente vinculante, y ha expulsado efectivamente a Sargeant del mercado de República Dominicana para el suministro de asfalto AC-30 y la prestación de servicios relacionados*” con un supuesto tratamiento “*extremadamente desigual e injust[o]*”³¹⁸.

³¹⁴ **RL-0007**, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 194.

³¹⁵ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. V. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 615-616

³¹⁶ **RL-0102**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015, ¶ 390.

³¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 181.

³¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 191.

508. Pues bien, la República Dominicana ni discriminó a Sargeant, ni la trató de manera arbitraria, ni de ningún otro modo actuó de forma injusta o inequitativa en contra de la Demandante.

(i) El Estado dominicano no ha discriminado a Sargeant

509. El estándar para probar una reclamación de discriminación es elevado y exige que hubiera más que un trato diferente. El tribunal en el caso *Eli Lilly* explicó que cuando una medida no es discriminatoria en apariencia, el demandante debe probar la intención discriminatoria³¹⁹:

The Tribunal notes that Claimant has advanced another allegation of discrimination, “relating to nationality”. Specifically, Claimant’s position is that “the promise utility doctrine discriminates in favour of a prominent domestic industry at the expense of foreign patent holders.” Claimant does not allege that the promise utility doctrine discriminates against foreign patent holders on its face, or that Canadian courts have shown any intent to discriminate against foreign patent holders. Rather, Claimant argues that, in practice, the application of the promise utility doctrine has resulted in the invalidation of patents held by foreign firms only, and that the primary beneficiaries have been domestic generic drug manufacturers.

It appears to the Tribunal that Claimant has not made much effort to fully develop this theory of the facto nationality-based discrimination. The only facts Claimant has come close to establishing are that (i) since 1 January 2005, the pharmaceutical patents invalidated on the ground of inutility [...] have been held by foreign pharmaceutical companies, and (ii) the largest pharmaceutical companies in the world are not Canadian. The Tribunal will no infer discrimination from such a bare record. Claimant has wholly failed to demonstrate that the promise utility doctrine discriminates against foreign patent holder. (énfasis añadido)

510. Sargeant se limita a argumentar que se le trató de manera diferente en comparación con otras empresas dominicanas, haciendo un nulo esfuerzo por demostrar la intención o, al menos, algo más que un trato diferencial. Por este motivo, su reclamación debe ser rechazada.

511. En cualquier caso, como ya hemos expuesto en la Sección 4.2 en relación con el trato nacional, Sargeant ni siquiera ha demostrado que efectivamente existiera un trato diferencial injustificado.

(ii) El Estado dominicano no ha actuado de manera arbitraria hacia Sargeant

512. Las resoluciones arbitrales emitidas en el marco DR-CAFTA o TLCAN han afirmado que para que una conducta estatal pueda calificarse como arbitraria, debe existir una falta manifiesta de motivos:

the Tribunal notes the standard articulated above as to when an act is so manifestly arbitrary as to breach a State’s obligations under Article 1105: this is not a mere appearance of arbitrariness [...]. The act must, in other words, “exhibit

³¹⁹ **RL-0098**, *Eli Lilly and Company v. Government of Canadá*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 16 de marzo de 2017, ¶¶ 440-441.

*a manifest lack of reasons”. [...] It is Claimant’s burden to prove a manifest lack of reasons for the legislation, and the Tribunal holds that it has not met this burden.*³²⁰ (énfasis añadido)

513. El tribunal en *Glamis c. Estado Unidos* definió el término “arbitrario” en el contexto del nivel mínimo de trato:

The Tribunal finds that, in this situation, both Parties are correct. Previous tribunals have indeed found a certain level of arbitrariness to violate the obligations of a State under the fair and equitable treatment standard. Indeed, arbitrariness that contravenes the rule of law, rather than a rule of law, would occasion surprise not only from investors, but also from tribunals.

This is not a mere appearance of arbitrariness, however—a tribunal’s determination that an agency acted in a way with which the tribunal disagrees or that a state passed legislation that the tribunal does not find curative of all of the ills presented; rather, this is a level of arbitrariness that, as International Thunderbird put it, amounts to a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.”³²¹ (énfasis añadido).

514. La Corte Internacional de Justicia dispuso en el caso *Elettronica Sicula c. Italia* que “Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law [...] *It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety*”³²² (énfasis añadido)

515. En consecuencia, en tanto que una medida sea razonable o, más bien, no sea manifiestamente irrazonable, no puede ser considerada arbitraria. El tribunal en *Glamis c. Estados Unidos* indicó que una conducta es razonable cuando está “*rationally related to its stated purpose and reasonably drafted to address its objectives*”³²³

516. Por lo tanto, Sargeant tiene la carga de probar que los actos de la República Dominicana que reputa arbitrarios no guardaban relación con una política racional o que no estaban razonablemente diseñados para alcanzar esos objetivos. Para lo que, como también apuntó el tribunal en *Glamis c. Estados Unidos*, la “mera ilegalidad”³²⁴ no es suficiente, como tampoco lo es un mero desacuerdo con las conclusiones técnicas y las elecciones discrecionales del Gobierno Dominicano en materia de política de compras.

517. Así lo explicó el tribunal en *Glamis c. Estados Unidos*:

It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency. Indeed, our only task is to decide whether Claimant has adequately proven that the agency’s review and conclusions exhibit a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons so as to rise to the

³²⁰ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. V. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 803.

³²¹ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. v. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 625.

³²² **RL-0083**, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América c. República de Italia*, CIJ, Dictamen, 20 de julio de 1989, ¶ 128.

³²³ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. v. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 803.

³²⁴ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. v. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 626.

*level of a breach of customary international law standard embedded in Article 1105.*³²⁵

518. Sargeant debía demostrar, por lo tanto, que la conducta del MOPC fue manifiestamente arbitraria, tan injusta y sorprendente que llega a ser inaceptable desde la perspectiva internacional. Sin embargo, no lo hizo.
519. Además, Sargeant debía satisfacer un doble criterio para demostrar la supuesta arbitrariedad de las acciones reprochadas al MOPC. Primero, debía demostrar la falta de racionalidad de la política en que se sustenta las acciones y, en segundo lugar, debía demostrar que las acciones no estaban razonablemente relacionadas o diseñadas para alcanzar ese objetivo.
520. La conducta del MOPC no fue arbitraria, sino completamente razonable y legítima. La supuesta falta de pago responde a una legítima disputa del MOPC sobre la validez del Contrato 2013, y sobre la existencia, procedencia y monto de las facturas de Sargeant. En efecto, las circunstancias que rodearon la conducta del MOPC fueron las observaciones de la Contraloría General sobre libramientos a Sargeant, las investigaciones de irregularidades en la industria del asfalto, las ilegalidades del Contrato 2013, incluyendo que Sargeant suministró asfalto al MOPC durante años sin licitación cobrando cientos de millones de dólares, sin haber pagado ni un solo centavo en impuestos en violación de la Constitución y diversas leyes dominicanas. A ello se le suma que más de la mitad del reclamo de Sargeant refiere a facturas de almacenamiento que Sargeant inventó que se adeudan, en base a una interpretación oportunista y *post facto* del Contrato 2013. En el mismo sentido, Sargeant operó con el MOPC con un contrato agotado, y el diferendo con Sargeant sobre este punto precedía el cambio de Administración.
521. Por lo tanto, con ese contexto era completamente razonable y legítimo para el MOPC no destinar recursos públicos a pagar sumas que estaban y están en disputa, lo que además se ciñe a la legalidad del actuar de toda administración pública. Ha quedado profusamente acreditado que todas y cada una de las acciones adoptadas por el MOPC eran razonables y respondían a una política general para analizar y eliminar las irregularidades existentes en la industria del asfalto.
522. Además, en el contexto de reclamos por falta de pago de deudas, los tribunales de inversión han señalado que la alegada falta de pago no configura una violación al estándar de trato justo, cuando los mecanismos contractuales para reclamar ese pago siguen disponibles. En este sentido, el tribunal en *Waste Management* sostuvo:

*la disponibilidad de recursos internos para un inversionista que se enfrenta a violaciones contractuales es, no obstante, pertinente para responder a la pregunta sobre si el Estado ha cumplido o no con el estándar del Artículo 1105(1). Si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito.*³²⁶ (énfasis añadido)

³²⁵ **RL-0063**, *Glamis Gold, Ltd. v. United States of América*, Case No. UNCT/14/2, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 779.

³²⁶ **CL-0024-ENG**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 117.

523. Si Sargeant entendía que el MOPC le debe facturas, debió iniciar el procedimiento de cobranza correspondiente, en el foro competente. El foro previsto en el Contrato 2013 se encuentra perfectamente disponible.
524. En conclusión, Sargeant no ha acreditado que la República Dominicana haya violado el nivel mínimo de trato al no haber demostrado que su conducta haya sido manifiestamente arbitraria.

4.4 LA REPÚBLICA DOMINICANA NO HA VIOLADO LA CLÁUSULA DE TRATO DE NMF DEL ARTÍCULO 10.4 DEL DR-CAFTA

525. Para el hipotético y negado supuesto, contrario a lo que argumentando en las secciones 3.5.2 y 3.5.3, que el Tribunal entendiese que la cláusula de Trato de NMF le permite a Sargeant importar la cláusula paraguas de otros tratados; que el Tribunal decidiese ignorar la cláusula de elección de foro del Contrato 2013; y que, por tanto, el tribunal considere que tiene jurisdicción para analizar el reclamo contractual de Sargeant, no existe ninguna violación a la cláusula de Trato de NMF.
526. En primer lugar, porque el Contrato 2013 está viciado de nulidad absoluta (**Sección 4.4.1**). En segundo lugar, aún si el Contrato 2013 fuese válido, el MOPC no adeuda nada a Sargeant por concepto de facturas de almacenamiento (**Sección 4.4.2**). Tercero, aún si el contrato fuese válido y aún en el supuesto que el Tribunal entendiese que el MOPC tiene una deuda con Sargeant y que incumplió sus obligaciones contractuales, ello no es una violación al DR-CAFTA, incluso en la presencia de una cláusula paraguas (**Sección 4.4.3**).

4.4.1 El Contrato 2013 está viciado de nulidad absoluta

527. No existe un incumplimiento contractual accionable contra el MOPC porque el Contrato 2013 es nulo de nulidad absoluta, por las razones ya expuestas y explicadas por el Dr. Dickson.³²⁷
528. La cuestión de la nulidad del Contrato 2013 se encuentra sometida a la justicia administrativa dominicana, jurisdicción competente para resolver esta cuestión, en virtud de la demanda interpuesta por el MOPC, y será resuelta oportunamente.
529. La Demandada se reserva el derecho de plantear dicha cuestión para su resolución ante este Tribunal, para el supuesto y negado caso que este Tribunal asumiera jurisdicción y, a su vez, que la justicia contencioso administrativa dominicana (equivocadamente) determinase, con carácter de cosa juzgada, su falta de jurisdicción debido a la pendencia de este arbitraje.

4.4.2 El MOPC no adeuda nada a Sargeant por concepto de facturas de almacenamiento

530. Sargeant reclama la suma de USD 29.62 millones por concepto de almacenamiento.
531. La totalidad de esta suma está representada en facturas por “Diferencial Completo del Almacenamiento”, enviadas por Sargeant al MOPC a partir de septiembre del año 2020.

³²⁷ Informe Pericial de Rafael Dickson, ¶¶ 48-49

532. Esas facturas representarían los volúmenes de almacenamiento que, según Sargeant, no facturó mensualmente desde 2013 en adelante, supuestamente “como cortesía”, pero que ahora sostiene que se adeudan. Se corresponde a servicios de almacenamiento no prestados, más precisamente, a supuestos mínimos que, según Sargeant, quedaban pendientes.
533. Esas sumas no son adeudadas por el MOCP porque esos volúmenes mínimos ya han sido consumidos y pagados mediante suministro de asfalto.
534. Este reclamo se basa en una interpretación oportunista, abusiva, y errónea del Contrato 2013, que no se encuentra respaldada ni por su texto ni por la forma en que se ejecutó, y se encuentra contradicho por documentos emitidos por Sargeant, por algunas secciones de su Memorial de Demanda, y por la declaración de su testigo.
535. Sargeant sostiene que, bajo el Contrato 2013, el suministro y el almacenaje eran “*entirely separate*”, y que los galones suministrados no computaban para la obligación del MOCP de utilizar 74,5 millones de galones de almacenamiento o para el mínimo mensual de 1,26 millones de galones. En este sentido, sostiene que “*Sargeant was entitled to invoice the MOPC for the 1.26 million gallon monthly storage use minimum at \$0.75 per gallon (i.e., \$945,000), and also separately charge the MOPC for whatever AC-30 it had ordered from Sargeant at \$2.90 per gallon*”.³²⁸
536. Esto es falso. Veamos.
- (i) El texto del Contrato 2013, del Acuerdo de Compra de Asfalto con Intercaribe, y del Contrato 2017 desmienten la posición de Sargeant
537. Primero, el Artículo 2(a1) del Contrato 2013, al prever el mínimo de consumo mensual y anual, prevé que “*Si cada doce meses el material despachado está por debajo del monto de 15,120,000 galones USA, el MOPC le pagará al PROVEEDOR la diferencia entre lo despachado y lo acordado por el precio convenido (...)*”. (énfasis añadido)
538. El artículo no prevé que se paga la diferencia entre lo almacenado y el mínimo, sino entre lo *despachado* y el mínimo previsto en dicho artículo. El término despacho se utiliza otra vez en el artículo 2(B) para referirse al suministro y es el término que figura en las facturas hechas por Sargeant para referirse al suministro.³²⁹ Por lo tanto, el propio contrato permite concluir que los volúmenes suministrados computan para el mínimo del artículo 2(a1).
539. Por su parte, el artículo 11 dispone que el “*contrato permanecerá vigente hasta el consumo de los 74,536,312.52 millones de galones de Cemento Asfáltico AC-30 contratados y descritos en el artículo b2 de este contrato*”. El artículo (b2) a la que remite regula la opción de suministro, lo que indica nuevamente que las Partes acordaron computar lo suministrado para efectos del volumen total contratado.
540. Segundo, en el Acuerdo de Compra de Asfalto entre Sargeant e Intercaribe, por el cual Sargeant compró a Intercaribe la suma de 74,536,312.52 galones para suministrarle al

³²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 42.

³²⁹ LC-0003-ENG/SPA, Contrato 2013, artículo 2(B): “*La eventual emisión de la Carta de Crédito bajo la modalidad determinada por le MOPC, solo garantizará el pago de los consumos del PRODUCTO despachados con posterioridad a la firma del presente contrato*”. (énfasis añadido)

MOPC, la propia Sargeant describe al Contrato 2013 como “un contrato mediante el cual convinieron el suministro, almacenamiento y manejo de productos asfálticos, por una cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico, a ser suplidos por la empresa a ese Ministerio durante el plazo de vigencia de este contrato.”³³⁰ (énfasis añadido)

541. Su artículo PRIMERO prevé que “La empresa INTERCARIBE MERCANTIL, SAS, acuerda vender a la empresa SARGEANT PETROLEUM LLC, la cantidad de 74,536,312.52 de galones de cemento asfáltico AC-30. Esta operación incluye el suministro, transporte, almacenamiento, y manejo del producto.” (énfasis añadido)
542. Es decir, Sargeant refiere tanto al suministro como al almacenamiento, como un mismo componente, a efectos del cómputo del volumen contratado.
543. Más aun, su artículo SEGUNDO prevé que Intercaribe le suministrará a Sargeant los mismos volúmenes mínimos que el Contrato 2013; volúmenes mínimos para los cuales Sargeant dice ahora que no computa el suministro, lo cual carece de sentido.³³¹
544. Tercero, el Contrato 2017, como ya vimos, echa por la borda el argumento oportunista de Sargeant.
545. Bajo dicho contrato, el MOPC y Sargeant contrataron *suministro* de asfalto AC-30 y PG-76, y, expresamente refiriendo al Contrato 2013, previeron que “la cantidad de galones despachadas en virtud de este acuerdo serán descontados del volumen mínimo garantizado estipulado en el contrato de suministro a que se hace referencia en este artículo.”³³² (énfasis añadido)
546. Este documento es categórico –nótese el uso nuevamente de la palabra “despachadas”– y no deja ningún lugar a dudas de que Sargeant y el MOPC consideraban que el suministro sí se descontaba de los mínimos garantizados bajo el Contrato 2013.³³³
547. Por lo tanto, la afirmación del Sr. Abu Naba’a respecto de que “any AC-30 that the MOPC received from Sargeant pursuant to this optional supply provision did not count toward the (...) MOPC’s related 1.26 million gallon monthly storage use minimum” es sencillamente falsa.³³⁴

(ii) La ejecución del Contrato 2013 desmiente la posición de Sargeant

548. Como se explicó en la sección anterior, la ejecución del Contrato 2013 demuestra que Sargeant consideraba los volúmenes suministrados como parte del mínimo mensual garantizado, tal como prevé el texto del contrato.

³³⁰ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

³³¹ **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013: “SEGUNDO: El suministro de que se trata, será entregado en forma parcial por LA VENDEDORA a LA COMPRADORA de común acuerdo entre las partes, en el Muelle de Haina, en la República Dominicana. Acordando las partes que cada entrega será por la cantidad mínima de un millón doscientos sesenta mil (1,260,000) galones mensuales de AC-30”.

³³² **R-0008**, Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.

³³³ La facturación inmediatamente posterior al Contrato de 2017 muestra también que los volúmenes de AC-30 y PG-76 se facturan de manera conjunta y se descuentan del mínimo garantizado, facturando la diferencia por Diferencial Completivo. Véase por ejemplo la factura N° 2018-0458, **RI-0017**.

³³⁴ Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶ 46.

549. En efecto, mes a mes, sistemáticamente, Sargeant facturaba al MOPC la diferencia entre lo suministrado y el mínimo garantizado de 1.26 millones como “Diferencial Completivo”, como explica el Dr. Sabbioni, si lo suministrado era menor al galonaje mínimo.³³⁵
550. Si los volúmenes suministrados no computaban para el mínimo garantizado, no tiene ningún sentido que Sargeant le llame al concepto de cobro “Diferencial Completivo”.
551. Si los volúmenes suministrados no computaban para el mínimo garantizado, no hay ninguna razón para que Sargeant no facture la totalidad de los 1.26 millones de mínimo todos los meses.
552. La razón que brinda el Sr. Abu Naba’a es que lo hacía “como cortesía” cuando el MOPC compraba una suma considerable de asfalto, pero que lo no facturado se lo “guardaba” para una etapa posterior. Sin embargo, no aporta ningún documento que refleje el entendimiento entre las Partes detrás de esa supuesta, y negada, cortesía. Además, la supuesta cortesía tampoco se refleja en la facturación, que sigue sistemáticamente el mismo patrón, independientemente de si el monto de suministro es “considerable” o no.
553. Esto es porque la afirmación es falsa.
554. La interpretación *post facto* de Sargeant es un invento para intentar cobrar sumas indebidas del MOPC. La interpretación además se contradice con el Memorial de Demanda y con la declaración del Sr. Abu Naba’a.³³⁶
555. El argumento adicional de Sargeant y del Sr. Abu Naba’a es que el MOPC habría confirmado la interpretación de Sargeant en virtud de un borrador de memorándum interno de un funcionario del MOPC, de diciembre de 2020, que refiere a una supuesta cantidad de galones pendientes de almacenar.³³⁷
556. Esto no es así. El Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones, Ing. Deligne Ascención, explica en su declaración testimonial que ese documento es un memorándum interno del MOPC, que no vincula al MOPC, que no refleja la posición del MOPC, y que, de hecho, la posición del MOPC es la contraria.³³⁸ El Dr. Dickson explica también que, desde el punto de vista jurídico, ese documento no tiene ningún valor para vincular al MOPC.³³⁹
557. El Ministro Ascención también explica que ese es un documento interno, no de acceso público, y que se desconoce cómo podría haber llegado a manos del Sr. Abu Naba’a. Lo mismo explica el Dr. Dickson desde el punto de vista legal.³⁴⁰
558. Lo que en cualquier caso refleja el contenido de ese documento y su posesión por el Sr. Abu Naba’a, es la forma poco clara en la que opera, y ha operado todos estos años, con la Administración pública dominicana, lo que explica muchas de las cosas que se relatan en este escrito.

³³⁵ Informe Pericial del Dr. Guillermo Sabbioni, sección V.A.

³³⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 65-66; Declaración Testimonial de Mustafa Abu’ Naba, ¶¶ 72-73.

³³⁷ **MAN-0023.**

³³⁸ Declaración Testimonial del Ministro Ascención.

³³⁹ Informe Pericial de Rafael Dickson, ¶¶ 94-104.

³⁴⁰ Informe Pericial de Rafael Dickson, ¶¶ 105-108.

559. En conclusión, por todo lo explicado, no existe ningún adeudo por volúmenes mínimos garantizados de almacenamiento, porque esos volúmenes ya han sido despachados y consumidos.

4.4.3 Aun si el Tribunal entendiese que la República Dominicana ha incumplido sus obligaciones contractuales, dichos incumplimientos no constituyen una violación de la cláusula paraguas

560. Finalmente, en la eventualidad de que el Tribunal entendiese que la República Dominicana ha incumplido con sus obligaciones bajo el Contrato 2013, aun así, debe rechazar el reclamo de Sargeant ya que dichos supuestos incumplimientos serían incumplimientos comerciales ordinarios que no resultan en una violación de la cláusula paraguas.

561. De acuerdo con el tribunal en *BP v Argentina*:

*una cláusula paraguas (“umbrella clause”) no puede transformar cualquier reclamación contractual en una reclamación basada en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamaciones basadas en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas “cláusulas paraguas” (“umbrella clauses”), que anula prácticamente la distinción entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional... Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras incorporados en el Tratado y convirtiera al Estado en responsable de las violaciones de cualquier compromiso del derecho nacional o internacional “con respecto a las inversiones”.*³⁴¹

562. En el caso *Sempra*, el tribunal abordó específicamente la cuestión de si cualquier incumplimiento de contrato puede dar lugar a una violación de una cláusula paraguas. El tribunal rechazó esta posibilidad y dio la siguiente explicación:

*The Tribunal fully shares the view that ordinary commercial breaches of a contract are not the same as Treaty breaches, as was well explained by the tribunal in SGS v. Philippines when distinguishing a contractual dispute over payment from a Treaty dispute. So too, the Tribunal can only agree with the view adopted in SGS v. Pakistan that such a distinction is necessary so as to avoid an indefinite and unjustified extension of the umbrella clause. The decisions dealing with the issue of the umbrella clause and the role of contracts in a Treaty context have all distinguished breaches of contract from Treaty breaches on the basis of whether the breach has arisen from the conduct of an ordinary contract party, or rather involves a kind of conduct that only a sovereign State function or power could effect.*³⁴²

563. Asimismo, en una sección del laudo no afectada por la decisión de anulación, el tribunal del caso *CMS v. Argentina* declaró que la cláusula paraguas no se violaría en todos los casos

³⁴¹ **RL-0103**, *BP America Production Company and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, ¶ 110.

³⁴² **RL-0065**, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, ¶ 310.

de incumplimiento contractual, sino sólo cuando el Estado anfitrión desplegara su poder soberano o gubernamental en violación de sus compromisos previos. Específicamente, el tribunal consideró que el Estado demandado tenía razón al argumentar que no todos los incumplimientos contractuales resultan en incumplimientos del Tratado.³⁴³

564. El tribunal del caso *Karkey v Pakistán* observó que, incluso si consideraba que los supuestos incumplimientos del contrato eran “*attributable to Pakistan (whether under domestic or international law), simple commercial breaches are not within the protection offered by an umbrella clause*”.³⁴⁴
565. Por las razones ya explicadas, en el presente caso, el MOPC no ejerció facultades *ius imperium* en la ejecución del Contrato 2013. Sargeant ni siquiera lo ha alegado, mucho menos demostrado.
566. Por lo tanto, incluso si la conducta invocada por Sargeant – falta de pago de facturas – fuese considerada un incumplimiento del Contrato 2013, tampoco alcanzar el estándar necesario para ser considerada como un incumplimiento de la cláusula paraguas. Por lo cual, el reclamo de Sargeant bajo la cláusula paraguas que pretende importar debe ser rechazado.

5 RESERVA DE DERECHOS

567. La República Dominicana se reserva expresamente el derecho de ampliar este Memorial de Contestación y Objeciones Jurisdiccionales para presentar argumentos y pruebas adicionales en escritos y alegatos futuros ante el Tribunal. Esta contestación es presentada sin perjuicio de cualquier otro derecho que asista a la República Dominicana.

6 PETITORIO

568. Por todas las razones expuestas en este Memorial de Contestación y Objeciones Jurisdiccionales, y con expresa reserva del derecho de complementar, ampliar o aclarar este petitorio en una oportunidad futura, la República Dominicana respetuosamente le solicita a este Tribunal que:
- i. Desestime todas las reclamaciones de las Demandantes por falta de jurisdicción y admisibilidad; o
 - ii. Desestime todas las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje por falta de mérito; y
 - iii. Condene a las Demandantes al pago de la totalidad de los costos incurridos por la República Dominicana para su defensa en este arbitraje, incluyendo la totalidad de los honorarios profesionales y gastos de abogados de la República Dominicana, y de cualesquiera otros gastos incurridos por la República Dominicana en el presente arbitraje, más un interés compuesto sobre esos montos antes y después de emitido

³⁴³ **RL-0104**, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, ¶ 299.

³⁴⁴ **RL-0105**, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, ¶ 401., véase también, **CL-0027-ENG**, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, 11 June 2012, ¶ 941.

el laudo hasta la fecha de pago, calculado con base en una tasa de interés razonable.

Presentado respetuosamente en nombre de la República Dominicana el 13 de agosto de 2023 por

LTNKIATEWS LLP

Índice de abreviaturas

Abreviatura	Referencia completa
Acuerdo de Compra de Asfalto	Acuerdo de compra de asfalto entre Sargeant e Intercaribe Mercantil SAS, 15 de julio de 2013.
Contrato 2003	Contrato No. 25-2003 para el Transporte, Almacenaje y Manejo de Materiales Asfálticos entre la Secretaría del Estado de Obras Públicas y Comunicaciones y Sargeant Petroleum LLC de fecha 26 de febrero de 2003
Contrato 2013	Contrato No. 13-2013 entre el Ministerio de de Obras Públicas y Comunicaciones y Sargeant Petroleum LLC de fecha 10 de mayo de 2013
Contrato 2017	Contrato No. 606-2017 entre el Ministerio de de Obras Públicas y Comunicaciones y Sargeant Petroleum LLC de fecha 21 de diciembre de 2017
DR-CAFTA y/o Tratado	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana
Intercaribe Mercantil SAS	Intercaribe
DR-CAFTA y/o Tratado	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana
MOPC	Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Plea Agreement	Acuerdo de culpabilidad de Sargeant Marine Inc. Con el Departamento de Justicia de de los Estados Unidos, División de Fraude y la Fiscalía de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York del 21 de septiembre de 2020
RD\$	Peso dominicano
Sargeant Demandante y/o	Sargeant Petroleum LLC
USD	Dólares estadounidenses