

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.**

En el procedimiento de arbitraje entre

**DANIEL W. KAPPES AND KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES
DEMANDANTES**

y

**REPÚBLICA DE GUATEMALA
DEMANDADA**

Caso CIADI No. ARB/18/43

DECISIÓN SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES DE LA DEMANDADA

Miembros del Tribunal

Sra. Jean Kalicki, Presidenta del Tribunal

Sr. John M. Townsend, Árbitro

Prof. Zachary Douglas QC, Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Francisco Grob

Fecha de la Decisión: 13 de marzo de 2020

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*Representando a Daniel W. Kappes and
Kappes, Cassidy & Associates:*

Sra. Andrea J. Menaker
White & Case LLP
5 Old Broad Street
EC2N 1DW Londres
Reino Unido

y

Sr. Rafael Llano
White & Case LLP
Blvd. Manuel Ávila Camacho 24 - PH
Col. Lomas de Chapultepec
Delegación Miguel Hidalgo
Ciudad de México, México C.P. 11000

Representando a la República de Guatemala:

Sr. Roberto Antonio Malouf Morales
Ministerio de Economía
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43, Zona 1
Ciudad de Guatemala
República de Guatemala

y

Sra. Alba Edith Flores Ponce de Molina
Viceministerio Integración y Comercio Exterior
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43, Zona 1
Ciudad de Guatemala
República de Guatemala

y

Sr. Alexander Salvador Cutz Calderón
Dirección de Administración del Comercio
Exterior
Ministerio de Economía
8a. Av. 10-43, Zona 1
Ciudad de Guatemala
República de Guatemala

y

Sr. Jorge Luis Donado Vivar
Procurador General de la Nación
Procuraduría General de la Nación
15 Av. 9-69, Zona 13
Ciudad de Guatemala
República de Guatemala

y

Sra. Ana Luisa Gatica Palacios
Jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales
Sr. Mario René Mérida Pichardo
Asesor Legal
Procuraduría General de la Nación
15 Av. 9-69, Zona 13
Ciudad de Guatemala
República de Guatemala

y

Sr. Adolfo E. Jiménez
Sr. Brian A. Briz
Sra. Katharine Menéndez de la Cuesta

Holland & Knight LLP
701 Brickell Avenue, Suite 3300
Miami, FL 33131
EEUU

y
Sra. Arantxa Cuadrado
Holland & Knight LLP
31 West 52nd Street
12th Floor
Nueva York, NY 10019
EEUU

Tabla de Contenidos

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN Y PARTES | 1 |
| II. ANTECEDENTES PROCESALES..... | 1 |
| III. ANTECEDENTES DE HECHO ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES..... | 5 |
| IV. PROCEDIMIENTO EXPEDITO BAJO EL ARTÍCULO 10.20.5 DEL DR-CAFTA.. | 11 |
| a. Posición de la Demandada | 11 |
| b. Posición de los Demandantes..... | 12 |
| V. OBJECIONES PRELIMINARES | 13 |
| (1) DISPONIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.16.1 PARA RECLAMACIONES POR “PÉRDIDAS INDIRECTAS”..... | 14 |
| a. Posición de la Demandada | 14 |
| A. <i>Pérdidas reclamadas por los Demandantes en este arbitraje</i> | 15 |
| B. <i>Ámbito de protección del artículo 10.16.1(a) y artículo 10.16.1(b)</i> | 17 |
| C. <i>Reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud de tratados más antiguos, incluido el TLCAN</i> | 19 |
| D. <i>Posición de Guatemala en casos previos</i> | 21 |
| E. <i>Consecuencias de permitir las reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del artículo 10.16.1(a)</i> | 22 |
| b. Posición de los Demandantes..... | 25 |
| A. <i>Significado y contexto común del artículo 10.16.1(a)</i> | 25 |
| B. <i>Objeto y finalidad del artículo 10.16.1(a)</i> | 30 |
| C. <i>Indemnización por pérdidas según el artículo 10.16.1(a)</i> | 33 |
| D. <i>Requisito de renuncia según el artículo 10.18.2(b)</i> | 36 |
| E. <i>Anexo 10-E del DR-CAFTA</i> | 38 |
| c. Análisis del Tribunal | 40 |
| A. <i>Observaciones Preliminares</i> | 40 |
| B. <i>Interpretación del artículo 10.16.1</i> | 44 |
| i. <i>Significado común del artículo 10.16.1(a)</i> | 46 |
| ii. <i>Contexto del artículo 10.16.1(a)</i> | 49 |
| iii. <i>Effet utile</i> | 57 |
| iv. <i>Objeto y Fin</i> | 60 |
| v. <i>Trabajos preparatorios; acuerdo y práctica ulterior</i> | 63 |
| C. <i>Conclusión</i> | 65 |
| (2) ADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN “NO NOTIFICADA” DE NMF DE LOS DEMANDANTES..... | 70 |

| | | |
|-----|--|------------|
| a. | Posición de la Demandada | 70 |
| | A. <i>La caracterización de la reclamación de NMF de los Demandantes</i> | 70 |
| | B. <i>Las normas jurídicas aplicables</i> | 71 |
| b. | Posición de los Demandantes | 75 |
| | A. <i>La caracterización de la reclamación de NMF de los Demandantes</i> | 75 |
| | B. <i>Las normas jurídicas aplicables</i> | 76 |
| c. | Análisis del Tribunal | 80 |
| | A. <i>Observaciones Preliminares</i> | 80 |
| | B. <i>Interpretación del Artículo 10.16.2</i> | 84 |
| (3) | OPORTUNIDAD DE LA RECLAMACIÓN DE FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS DE LOS DEMANDANTES | 89 |
| a. | Posición de la Demandada | 89 |
| | A. <i>La caracterización de la protección y seguridad plenas de los Demandantes</i> | 89 |
| | B. <i>Las normas jurídicas aplicables</i> | 91 |
| b. | Posición de los Demandantes | 94 |
| | A. <i>La caracterización de la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes</i> | 94 |
| | B. <i>Las normas jurídicas aplicables</i> | 96 |
| c. | Análisis del Tribunal | 99 |
| | VI. COSTAS | 103 |
| | VII.RESOLUCIONES | 104 |

ABREVIACIONES Y ACRÓNIMOS FRECUENTEMENTE UTILIZADOS

| | |
|---|---|
| Reglamento de Arbitraje | Reglamento del CIADI para los Procedimientos de Arbitraje |
| CALAS | Centro Internacional de Acción Legal y Social de Guatemala, una organización no gubernamental guatemalteca |
| Demandantes | Sr. Kappes en conjunto con KCA |
| Memorial de Contestación de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares | Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes de fecha 27 de septiembre de 2019 |
| Dúplica | Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes de fecha 22 de noviembre de 2019 |
| DR-CAFTA o el “Tratado” o “CAFTA-DR” | Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos |
| EIA | Evaluación de Impacto Ambiental |
| Exh. [R-] | Anexo [Demandada] |
| Exh. [C-] | Anexo [Demandantes] |
| Exmingua | Una empresa constituida con arreglo a las leyes de Guatemala |
| Convenio del CIADI | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 18 de marzo de 1965 |
| CIADI o el Centro | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| Convenio OIT | Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes |
| KCA | Kappes, Cassidy & Associates |
| Sr. Kappes | Sr. Daniel W. Kappes |
| La Puya | Movimiento de justicia ambiental integrado por miembros de la comunidad de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Guatemala |

| | |
|---|---|
| MEM | Ministerio de Energía y Minas de Guatemala |
| NMF | Trato de Nación Más Favorecida |
| Minerales KC | Minerales KC Guatemala, Ltda, una empresa constituida con arreglo a las leyes de Guatemala |
| TLCAN | Tratado de Libre Comercio de América del Norte |
| Notificación de Arbitraje | Notificación de Arbitraje de fecha 9 de noviembre de 2018 |
| Notificación de Intención | Notificación de Intención de fecha 16 de mayo 2018 |
| PO1 | Resolución Procesal No. 1 de fecha 10 de septiembre de 2019 |
| PO2 | Resolución Procesal No. 1 de fecha 7 de noviembre de 2019 |
| PO3 | Resolución Procesal No. 1 de fecha 27 de noviembre de 2019 |
| Proyecto Progreso VII | Proyecto de minería de oro y plata ubicado en los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc |
| Demandada o Guatemala | República de Guatemala |
| Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada | Objeciones Preliminares de la Demandada bajo el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA de fecha 16 de agosto de 2019 |
| Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada | Réplica de la Demandada al Memorial de Contestación de los Demandantes sobre Objeciones Preliminares bajo el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA de fecha 25 de octubre de 2019 |
| Proyecto Santa Margarita | Proyecto de minería de oro y plata ubicado en el municipio de San Pedro Ayampuc |
| Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019 [página:línea]. | Transcripción en Inglés de la Audiencia sobre Objeciones Preliminares de fecha 16 de diciembre de 2019 |
| CVDT | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 |

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. Este caso se refiere a una controversia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (“**DR-CAFTA**” o el “**Tratado**”),¹ que entró en vigor para Guatemala el 1° de julio de 2006 y para los Estados Unidos el 1° de marzo de 2006, y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio del CIADI**”).
2. Los Demandantes son el Sr. Daniel W. Kappes (“**Sr. Kappes**”) y Kappes, Cassidy & Associates (“**KCA**”), en adelante los “**Demandantes.**” El Sr. Kappes es una persona natural con nacionalidad de los Estados Unidos de América. KCA es una empresa constituida con arreglo a las leyes del Estado de Nevada. Los Demandantes declaran que el Sr. Kappes posee el 100% de las acciones de KCA.
3. La Demandada es la República de Guatemala, en adelante “**Guatemala**” o la “**Demandada.**”
4. Esta decisión aborda las objeciones preliminares de Guatemala bajo el procedimiento expedito del Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

5. El 16 de mayo de 2018, los Demandantes enviaron un “Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje” a Guatemala (la “**Notificación de Intención**”).
6. El 9 de noviembre de 2018, los Demandantes comenzaron este arbitraje entregando una “Notificación de Arbitraje” a la Demandada y al CIADI, que fue recibida por el CIADI el mismo día (la “**Notificación de Arbitraje**”).

¹ El DR-CAFTA es algunas veces referido, alternativamente, como CAFTA-DR.

7. El 11 de diciembre de 2018, el Secretario General del CIADI registró el caso de conformidad con el artículo 36(3) del Convenio del CIADI.
8. De conformidad con el artículo 10.19 del DR-CAFTA, los Demandantes nombraron al Sr. John M. Townsend, nacional de Estados Unidos, y la Demandada nombró al Prof. Zachary Douglas, nacional de Australia, como árbitros. Tras el éxito del procedimiento de votación, las partes nombraron a la Sra. Jean Kalicki, nacional de Estados Unidos, como Presidenta del Tribunal de conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio del CIADI.
9. El 2 de julio de 2019, la Secretaria General notificó la aceptación de los tres árbitros las partes y que, por lo tanto, se consideraba constituido el Tribunal en dicha fecha de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales del CIADI aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“**Reglas de Arbitraje**”) y el DR-CAFTA. El Sr. Francisco Grob, Consejero Jurídico del CIADI, fue designado para actuar como Secretario del Tribunal.
10. El 16 de agosto de 2019, la República de Guatemala presentó un Memorial sobre “Objeciones Preliminares bajo el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR” (el “**Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada**”, y las objeciones presentadas en él, el “**Objeciones Preliminares**”).
11. El 26 de agosto de 2019, el Tribunal sostuvo la primera sesión con las Partes por teleconferencia. Las Partes confirmaron que los miembros del Tribunal habían sido nombrados válidamente. Se acordó, entre otras cosas, que las Reglas de Arbitraje del CIADI aplicables serían las que estuvieran en vigor al 10 de abril de 2006, salvo en la medida en que fueran modificadas y/o complementadas por el DR-CAFTA. Los idiomas de procedimiento serían inglés y español y el lugar de las actuaciones sería Washington, D.C.
12. Tras la primera sesión, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, de fecha 10 de septiembre de 2019, relativa a varias cuestiones procesales (“**PO1**”). En el Anexo B de dicha Resolución, el Tribunal estableció un calendario procesal para los escritos de las Partes, incluso con respecto a las Excepciones Preliminares.

13. Como fue programado, los Demandantes presentaron su “Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares” el 27 de septiembre de 2019 (el “**Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares**”), la Demandada presentó su “Réplica al Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA” el 25 de octubre de 2019 (“**Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada**”), y los Demandantes presentaron su “Dúplica sobre Objeciones Preliminares” el 22 de noviembre de 2019 (la “**Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes**”).
14. El 23 de octubre de 2019, La Puya, que se describe a sí misma como un movimiento de justicia ambiental integrado por miembros de la comunidad de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc, Guatemala (“**La Puya**”), presentó una “Solicitud de Autorización para realizar Presentaciones como Partes No Contendientes” en este procedimiento. De conformidad con la Regla de Arbitraje del CIADI 37(2), el artículo 10.20.3 del DR-CAFTA y la Sección 18.2 del PO1, el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus observaciones sobre la solicitud. Como estaba previsto, cada parte presentó sus observaciones el 31 de octubre de 2019.
15. El 7 de noviembre de 2019, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, reservándose la decisión sobre la solicitud de La Puya hasta después de su decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, por ser prematura (“**PO2**”).
16. El 20 de noviembre de 2019, el CIADI distribuyó a las Partes un proyecto de Protocolo de Audiencia preparado por el Tribunal. Se invitó a las Partes a considerar y discutir todos los temas abiertos en el borrador, así como cualquier otro tema que desearan añadir al programa. El 25 de noviembre de 2019, las Partes presentaron sus comentarios indicando varios puntos para la resolución del Tribunal.
17. El 26 de noviembre de 2019, la Presidenta del Tribunal sostuvo una reunión de organización previa a la audiencia con las Partes por conferencia telefónica.
18. El 27 de noviembre de 2019, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, que establece un protocolo para la audiencia (“**PO3**”).

19. El 16 de diciembre de 2019, el Tribunal sostuvo una audiencia pública sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada en las oficinas del Banco Mundial en Washington, D.C. Los asistentes a la audiencia fueron:

Miembros del Tribunal:

Sra. Jean Kalicki, Presidente del Tribunal
Sr. John Townsend, Árbitro
Prof. Zachary Douglas, Árbitro

Secretaría CIADI:

Sr. Francisco Grob, Secretario del Tribunal
Sra. Daniela Argüello, Consejera Jurídica

Por los Demandantes:

Sr. Daniel W. Kappes, Kappes, Cassidy & Associates
Sra. Andrea Menaker, White & Case LLP
Sr. Rafael Llano, White & Case LLP
Sr. Eckhard Hellbeck, White & Case LLP
Sra. Agnieszka Zarowna, White & Case LLP
Sra. Victoria Todria, White & Case LLP

Por la Demandada:

Sr. Adolfo E. Jiménez, Holland & Knight LLP
Sr. Brian A. Briz, Holland & Knight LLP
Sra. Katharine Menéndez de la Cuesta, Holland & Knight LLP
Sra. Arantxa Cuadrado, Holland & Knight LLP

Uniéndose por transmisión:

Sra. Ana Luisa Gatica Palacios, Procuraduría General de la Nación, Guatemala
Sr. Mario Mérida, Procuraduría General de la Nación, Guatemala
Sra. María Hernández, Procuraduría General de la Nación, Guatemala

Intérpretes:

Daniel Giglio, Intérprete español-inglés
Silvia Colla, Intérprete español-inglés
Charles Roberts, Intérprete español-inglés

Estenógrafos del Tribunal:

David Kasdan
D-R Esteno

20. El 19 de diciembre de 2019, el Tribunal indagó si las Partes tendrían alguna objeción en caso de que el Tribunal invocara el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, posponiendo el plazo

para su decisión sobre las Objeciones Preliminares por 30 días hasta el 13 de marzo de 2020. Ambas Partes confirmaron no tener objeciones.

21. Al día siguiente, 20 de diciembre de 2019, las Partes también comunicaron al Tribunal su acuerdo de no presentar escritos posteriores a la audiencia para esta fase del procedimiento.
22. El 11 de febrero de 2020, la Secretaría informó a las Partes de que el Tribunal había invocado el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, como se había discutido previamente, con el efecto de posponer el plazo para su decisión sobre las Objeciones Preliminares hasta el 13 de marzo de 2020.
23. Las Partes formularon sus presentaciones sobre las costas el 14 de febrero de 2020.

III. ANTECEDENTES DE HECHO ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES

24. El siguiente resumen está extraído de los escritos de los Demandantes hasta la fecha, porque el artículo 10.20.4(c) del DR-CAFTA establece que, “Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje [...]” El Tribunal hace hincapié en que no ha llegado a ninguna conclusión de hecho en este procedimiento.
25. Los Demandantes sostienen haber invertido en dos proyectos mineros para la explotación y exportación de oro y plata a través de Exploraciones Mineras de Guatemala S.A. (“**Exmingua**”), una empresa constituida con arreglo a las leyes de Guatemala.²
26. Los accionistas directos de Exmingua son el Sr. Kappes y Minerales KC Guatemala, Ltda. (“**Minerales KC**”), una empresa guatemalteca. Desde 2012, el Sr. Kappes es propietario directo del 25% de Exmingua y Minerales KC del 75% restante. Las acciones de Minerales KC son a su vez propiedad de KCA, el segundo Demandante en este proceso (que posee el

² Notificación de Arbitraje ¶ 3.

90% de las acciones de Minerales KC, y por lo tanto posee indirectamente el 67,50% de Exmingua), y el Sr. Kappes (que posee el 10% restante de las acciones de Minerales KC).³

27. Los Demandantes afirman que, como propietarios directos e indirectos de Exmingua, adquirieron todos los derechos legales, el título y la participación en dos proyectos mineros vecinos situados dentro del Cinturón Regional de Oro orogénico llamado “Tambor” en Guatemala: (1) Progreso VII Derivada (el “**Proyecto Progreso VII**”), un proyecto de minería de oro y plata ubicado en los municipios de San José del Golfo y San Pedro Ayampuc; y (2) Santa Margarita (el “**Proyecto Santa Margarita**”), también un proyecto de minería de oro y plata, que se encuentra en el municipio de San Pedro Ayampuc adyacente al Proyecto Progreso VII.⁴
28. Según los Demandantes, después de realizar las consultas necesarias con las comunidades locales y de cumplir todos los demás requisitos legales, en 2011 se le concedió al Proyecto Progreso VII una licencia de explotación de 25 años, a la que siguió, más tarde ese mismo año, un certificado de exportación de oro y plata renovable por un año.⁵ Exmingua también tenía una licencia de exploración para Santa Margarita, que había adquirido en 2005.⁶
29. A principios de 2012, el Proyecto Progreso VII comenzó a construirse y los Demandantes sostienen que un mes después, miembros de las comunidades cercanas al proyecto, con el apoyo de organizaciones no gubernamentales, bloquearon el acceso a la mina. Los Demandantes afirman que dos meses después Exmingua obtuvo apoyo policial para intentar romper la resistencia en el sitio minero, pero los manifestantes les negaron el paso y la policía se marchó. Exmingua pidió además apoyo a diversas autoridades gubernamentales locales y nacionales, sin éxito.
30. Los Demandantes afirman que el Estado no tomó medidas significativas o efectivas para detener el bloqueo ilegal y continuo del Proyecto Progreso VII, por lo que el 3 de

³ Notificación de Arbitraje ¶¶ 7-8, 35.

⁴ Notificación de Arbitraje ¶ 36.

⁵ Notificación de Arbitraje ¶ 40.

⁶ Notificación de Arbitraje ¶ 46.

septiembre de 2012, Exmingua interpuso un recurso de amparo (una forma de solicitud de protección constitucional) contra el Director General de la Policía Nacional.⁷ La Segunda Sala de Apelaciones del Poder Judicial concedió el amparo a Exmingua.⁸

31. En su Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, los Demandantes indican que, como resultado del amparo, en mayo de 2014 la policía nacional de la Demandada rompió el bloqueo y desalojó a los manifestantes del lugar.⁹ Se reanudaron las actividades de explotación en Progreso VII y Exmingua hizo su primer envío de concentrado.¹⁰
32. El 28 de agosto de 2014, el Centro Internacional de Acción Legal y Social de Guatemala (“**CALAS**”), una organización no gubernamental guatemalteca, interpuso un recurso de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas de Guatemala (“**MEM**”), alegando que la licencia de explotación de Exmingua se había concedido indebidamente, debido a la falta de consultas con las comunidades locales de conformidad con el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (el “**Convenio de la OIT**”).
33. El 11 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Guatemala concedió un amparo provisional contra el MEM, suspendiendo la licencia de explotación del Proyecto Progreso VII. Exmingua apeló esta decisión ante la Corte de Constitucionalidad el 23 de febrero de 2016.¹¹
34. Los Demandantes sostienen en el Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares que el fallo de la Corte Suprema provocó confusión y controversia, lo que dio lugar a una nueva ola de protestas a principios de 2016.¹² Los Demandantes alegan además que esta “nueva ola de protestas y bloqueos, así como el hecho asociado de que la

⁷ Notificación de Arbitraje ¶ 43.

⁸ Notificación de Arbitraje ¶ 44.

⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 118; véase también Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 139-140.

¹⁰ Notificación de Arbitraje ¶ 45.

¹¹ Notificación de Arbitraje ¶ 54.

¹² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 121; véase también Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 139.

Demandada no proporcionara protección y seguridad plenas” es lo que impidió a Exmingua llevar a cabo las consultas sociales y completar la Evaluación de Impacto Ambiental (“EIA”) para el Proyecto Santa Margarita, en apoyo de su solicitud de una licencia de explotación.¹³

35. En marzo de 2016, el MEM emitió una resolución que suspendía el derecho de Exmingua a explotar oro y plata.¹⁴ Dos meses después, el MEM emitió otra resolución suspendiendo el certificado de exportación de Exmingua.¹⁵
36. En respuesta, Exmingua presentó un recurso de amparo contra el Presidente de Guatemala, el MEM y la Dirección General de la Policía Nacional el 22 de abril de 2016. El amparo fue rechazado.¹⁶
37. El 5 de mayo de 2016, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala confirmó el amparo provisional que la Corte Suprema había otorgado contra el MEM en noviembre de 2015 a petición de CALAS, y dictaminó que la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII sólo podía recuperar la eficacia después de que se hubieran realizado y concluido las consultas con las comunidades locales de conformidad con el Convenio de la OIT.¹⁷ En la misma fecha, el Fiscal General de Guatemala interpuso una acción penal contra cuatro trabajadores de la Exmingua, alegando que llevaban concentrado y, por tanto, estaban explotando ilegalmente los recursos naturales en contravención de las sentencias de los tribunales guatemaltecos, y el concentrado que llevaban fue confiscado. Los trabajadores fueron finalmente absueltos, pero el cargamento de concentrado sigue incautado.¹⁸

¹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares ¶ 122.

¹⁴ Notificación de Arbitraje ¶ 55.

¹⁵ Notificación de Arbitraje ¶ 55.

¹⁶ Notificación de Arbitraje ¶ 56.

¹⁷ Notificación de Arbitraje ¶ 57.

¹⁸ Notificación de Arbitraje ¶ 58.

38. El 28 de junio de 2016, la Corte Suprema de Guatemala concedió un amparo definitivo contra el Proyecto Progreso VII, que había sido solicitado por CALAS. Como resultado, la licencia de explotación de Exmingua fue suspendida definitivamente hasta que se realizaran consultas con las comunidades locales. El 30 de junio de 2016, Exmingua apeló la decisión de amparo de la Corte Suprema de Justicia de 2016 ante la Corte de Constitucionalidad. Los Demandantes afirman que este recurso sigue pendiente.¹⁹
39. El 21 de diciembre de 2016, el MEM ordenó a Exmingua que presentara el EIA del Proyecto Santa Margarita, debidamente aprobado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (“MARN”), dentro de 30 días. Los Demandantes afirman que debido a las “continuas y sistemáticas protestas y bloqueos en el sitio desde 2012” [traducción del Tribunal], los consultores de Exmingua no pudieron acceder al sitio para completar las consultas locales requeridas para el EIA.²⁰ Por lo tanto, Exmingua pidió al MEM que suspendiera el requisito de la EIA para el estudio social, incluyendo la aprobación del MARN, hasta que fuera posible completar dichas consultas.
40. Los Demandantes explican en su Contestación sobre Objeciones Preliminares que el 5 de abril de 2017 el MEM emitió la Resolución N° 1191, por la que se denegó la solicitud de Exmingua de suspender el requisito de la EIA para realizar consultas locales, y ordenó a Exmingua que presentara la EIA para su Proyecto de Santa Margarita dentro de 30 días.²¹ En respuesta, Exmingua presentó el EIA para Santa Margarita que había sido preparado varios años antes, antes de que se detuviera el trabajo para centrarse en el sitio de Progreso VII, sin la sección de los estudios sociales. Según los Demandantes, Exmingua no recibió ninguna respuesta del MARN.
41. En mayo de 2017, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se pronunció sobre un recurso presentado por Oxec, una empresa local controlada indirectamente por nacionales guatemaltecos, cuya licencia, según la Corte Suprema, había sido otorgada erróneamente

¹⁹ Notificación de Arbitraje ¶ 59.

²⁰ Notificación de Arbitraje ¶¶ 48, 49.

²¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 123-125.

sobre la misma base jurídica que la de Exmingua (el “**caso Oxec**”). Los Demandantes sostienen que, a diferencia del caso de Exmingua, la Corte de Constitucionalidad resolvió la apelación en el caso *Oxec* en apenas tres meses, y permitió que Oxec siguiera operando mientras el Estado realizaba consultas. Dichas consultas se completaron en sólo unos meses.²²

42. El 8 de junio de 2017, Exmingua solicitó la anulación de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 5 de mayo de 2016, remitiéndose a la sentencia de la Corte en el caso *Oxec*. Esta solicitud, sin embargo, fue rechazada por la Corte de Constitucionalidad el 5 de octubre de 2017.²³
43. En otro caso (el “**caso Escobal**”), los Demandantes sostienen que la Corte de Constitucionalidad resolvió un amparo interpuesto por un nacional guatemalteco en menos de un año, aunque rechazando el amparo en cuanto al fondo. El caso *Escobal* se refiere a una gran mina de plata explotada y desarrollada por Minera San Rafael, S.A., la filial guatemalteca de Tahoe Resources, una empresa minera canadiense. Este proyecto fue suspendido el 5 de julio de 2017, después de que la Corte Suprema de Guatemala concediera un amparo provisional solicitado por CALAS. La Corte Suprema de Guatemala restituyó la licencia de minería de Escobal en septiembre de 2017, pero sólo un mes después, el proyecto fue suspendido nuevamente en apelación. El 3 de septiembre de 2018, la Corte de Constitucionalidad dictaminó que la licencia minera de Escobal permanecería suspendida hasta que el MEM completara las consultas públicas de conformidad con el Convenio de la OIT.²⁴
44. Los Demandantes afirman que, por el contrario, el Proyecto Progreso VII ha sido suspendido por más de dos años mientras que la apelación a la Corte de Constitucionalidad ha estado pendiente y el MEM no ha tomado ninguna medida para iniciar las consultas.

²² Notificación de Arbitraje ¶¶ 61-62.

²³ Notificación de Arbitraje ¶ 60.

²⁴ Notificación de Arbitraje ¶ 63.

45. Como resultado de estas acciones, los Demandantes sostienen en este procedimiento que Guatemala ha infringido el Artículo 10.3 (Trato Nacional), el Artículo 10.4 (Trato de Nación Más Favorecida), el Artículo 10.5 (Nivel Mínimo de Trato), y el Artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización) del DR-CAFTA. Se solicita una indemnización: (i) daños por un monto no menor a USD 175 millones en relación con el Proyecto Progreso VII; (ii) daños por un monto no menor a USD 175 millones en relación con el Proyecto Santa Margarita; (iii) daños por un monto no menor a USD 500.000 por los embarques de concentrado incautados por el Estado.

IV. PROCEDIMIENTO EXPEDITO BAJO EL ARTÍCULO 10.20.5 DEL DR-CAFTA

a. Posición de la Demandada

46. La Demandada sostiene que, de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, se puede pedir a un tribunal que “decida de manera expedita” dos tipos de objeciones preliminares, a saber: (i) “como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante”, según lo dispuesto en el artículo 10.20.4 del DR-CAFTA; y (ii) “la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal”, según lo dispuesto en el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA.
47. Según la Demandada, la diferencia clave entre estos dos tipos de objeciones es que, mientras que las presentadas en virtud del artículo 10.20.4 del DR-CAFTA requieren que el tribunal “asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje”, este requisito no se aplica a las objeciones a la jurisdicción del tribunal o de la admisibilidad de las reclamaciones en virtud del artículo 10.20.5 del DR-CAFTA. Además, incluso en virtud del artículo 10.20.4 del DR-CAFTA, “[e]l tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no sea controvertido.”²⁵

²⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 34.

48. En respuesta a la utilización de la decisión sobre las objeciones preliminares de *Pac Rim* por los Demandantes,²⁶ la Demandada afirma que en este caso sus objeciones al artículo 10.20.5 no presentan ninguna cuestión compleja de hecho o cuestiones mixtas de hecho y de derecho que pudieran impedir la resolución de dichas objeciones en un procedimiento expedito. En cualquier caso, la Demandada afirma que, aunque existiesen dichas cuestiones complejas, el DR-CAFTA no limita las objeciones preliminares a “simples” cuestiones de derecho.²⁷
49. Además, la Demandada afirma que, a efectos de sus Objeciones Preliminares, ha asumido como ciertos todos los hechos de la Notificación de Arbitraje. En opinión de la Demandada, son los Demandantes quienes han alegado hechos nuevos durante la presentación de las Objeciones Preliminares, en un intento de enmendar las alegaciones y reclamaciones de su Notificación de Arbitraje anterior para tratar de subsanar las deficiencias jurídicas allí contenidas. La Demandada sostiene que, al decidir sobre las Objeciones Preliminares, el Tribunal sólo puede analizar los hechos y reclamaciones de los Demandantes que se afirman en la Notificación de Arbitraje, y debe rechazar toda nueva alegación o prueba que los Demandantes intenten introducir extemporáneamente.²⁸

b. Posición de los Demandantes

50. Los Demandantes afirman no sólo que cada una de las tres objeciones carece de fundamento, sino también que la Demandada se basa incorrectamente en los hechos controvertidos o no acepta como ciertos los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, lo que hace que sus objeciones no sean adecuadas para una decisión

²⁶ *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI N° ARB/09/12, Laudo, 14 de octubre de 2016 (en adelante “*Pac Rim*”).

²⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 18.

²⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 20.

preliminar.²⁹ Los Demandantes también se quejan de que la Demandada malinterpreta reiteradamente las reclamaciones de los Demandantes.³⁰

51. Los Demandantes también se refieren a la decisión *Pac Rim*, en la que el tribunal señaló que el cronograma procesal expedito hace que el procedimiento del artículo 10.20.5 sea inadecuado para las objeciones que impliquen “cuestiones complejas de derecho, y menos aún cuestiones jurídicas que dependan de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de hecho y derecho.”³¹ Reiteran que este procedimiento no pretende “ser un ‘mini-juicio’, incluso sin pruebas.”³²
52. No obstante, los Demandantes señalan que el Tribunal está facultado para considerar hechos más allá de los establecidos en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes en relación con las objeciones de jurisdicción de la Demandada en virtud del Artículo 10.20.5. La limitación incluida en el Artículo 10.20.4(c) no se aplica a las objeciones de jurisdicción.³³

V. OBJECIONES PRELIMINARES

53. La Demandada sostiene que los Demandantes presentaron sus reclamaciones a arbitraje sin cumplir con varios requisitos de umbral del DR-CAFTA, por lo que sus reclamaciones deben ser desestimadas de manera expedita.³⁴
54. Específicamente, la Demandada afirma que las reclamaciones deben ser desestimadas porque: (1) los Demandantes están tratando de recuperar por cuenta propia las pérdidas sufridas directamente por Exmingua, en contravención a los requisitos procesales del DR-

²⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 3-5.

³⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 2.

³¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 5 (citando a *Pac Rim*, ¶ 112).

³² *Id.* .

³³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 144.

³⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 25. La Demandada destaca que su presentación de las Objeciones Preliminares se hace sin perjuicio de su derecho, que se reserva expresamente, de formular nuevas objeciones en cualquier fase futura de este Arbitraje. *Id.*

CAFTA; (2) los Demandantes están tratando de presentar una reclamación por Trato de la Nación más Favorecida (“NMF”) sin cumplir los requisitos de notificación previstos en el Tratado; y (3) la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas ha prescrito de conformidad con el DR-CAFTA y no está dentro de la jurisdicción del Tribunal.

55. En el siguiente cuadro proporcionado por la Demandada se identifican sus objeciones y las disposiciones correspondientes del Tratado. El Tribunal aborda cada una de ellas a continuación.³⁵

| Sección del Memorial | Reclamaciones Afectadas | Causal | CAFTA-DR |
|----------------------|--|---|-------------------|
| V. | Todas las reclamaciones | Como cuestión de derecho, no se puede dictar un laudo a favor de los Demandantes. | 10.20.4 y 10.16.1 |
| | | Las Reclamaciones son inadmisibles . Los Demandantes no tienen legitimación para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua. | 10.20.5 y 10.16.1 |
| | | El Tribunal no tiene jurisdicción para decidir sobre las Reclamaciones por pérdidas de Exmingua porque no se presentó la renuncia de Exmingua con la Notificación de Arbitraje de los Demandantes. | 10.20.5 y 10.18.2 |
| VI. | Trato de Nación Más Favorecida | La reclamación es inadmisible porque no fue incluida en la Notificación de Intención. | 10.20.5 y 10.16.2 |
| VII. | Falta de Protección y Seguridad Plenas | El Tribunal no tiene jurisdicción para decidir la reclamación porque ha prescrito. | 10.20.5 y 10.18.1 |

(1) **DISPONIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10.16.1 PARA RECLAMACIONES POR “PÉRDIDAS INDIRECTAS”**

a. **Posición de la Demandada**

³⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 12.

56. La Demandada afirma que los Demandantes están tratando de recuperar las pérdidas de Exmingua, sin embargo, los Demandantes han presentado estas reclamaciones por cuenta propia en virtud del artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA. En opinión de la Demandada, dicha disposición permite a los inversores recuperar sólo por sus propias pérdidas, y no las pérdidas de una empresa local en la que hayan invertido. Tampoco, dice la Demandada, el artículo 10.16.1(a) permite “reclamaciones por pérdidas reflejas”, es decir, reclamaciones por una disminución del valor de una participación accionaria causada por un perjuicio a la empresa en la que se poseen las acciones. Más bien, el DR-CAFTA proporciona un mecanismo único para presentar reclamaciones derivadas en virtud del artículo 10.16.1(b). La Demandada argumenta que los Demandantes no han cumplido con el procedimiento y los requisitos aplicables en virtud del artículo 10.16.1(a) o del 10.16.1 (b).³⁶
57. Por consiguiente, la Demandada pide al Tribunal que desestime las reclamaciones de los Demandantes basadas en: (i) el artículo 10.20.4 del CAFTA-DR, porque, como cuestión de derecho, no se trata de reclamaciones respecto de las cuales se pueda dictar un laudo favorable a los Demandantes de conformidad con el artículo 10.26 del CAFTA-DR; (ii) los artículos 10.20.5 y 10.16.1(a) del CAFTA-DR, porque las reclamaciones son “inadmisibles”, ya que los Demandantes carecen de legitimación para tratar de recuperar las pérdidas o daños sufridos por su empresa nacional;³⁷ y (iii) el artículo 10.20.5 y 10.18.2 del CAFTA-DR, porque las reclamaciones de los Demandantes no están dentro de la jurisdicción del Tribunal ya que los Demandantes no presentaron una renuncia al derecho de Exmingua de iniciar o continuar el litigio nacional.³⁸

A. *Pérdidas reclamadas por los Demandantes en este arbitraje*

³⁶ Véase en general Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 36-105 y Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 21-120.

³⁷ Véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 34:8-37:10 (Explicaciones de la Demandada).

³⁸ En respuesta a una pregunta formulada durante la audiencia acerca de si la Demandada se opondría (por motivos de oportunidad o de otro tipo) si los Demandantes retirasen sus reclamaciones actuales y volviesen a presentar reclamaciones similares en nombre de Exmingua en virtud del artículo 10.16.1 (b), la Demandada declaró que no estaría dispuesta a renunciar a esas posibles objeciones. Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 175:21-176:2.

58. La Demandada afirma que los Demandantes buscan recuperar las pérdidas sufridas por Exmingua de forma indebida a través de este arbitraje.
59. Según la Demandada, en ninguna parte de la Notificación de Intención o de la Notificación de Arbitraje los Demandantes alegan o tratan de indemnizar por cualquier supuesta pérdida en el valor de su participación en Exmingua, sus acciones, o cualquier otro tipo de pérdidas reflejas. De igual manera, en ninguna parte los Demandantes alegan el impacto que esta lesión directa a los proyectos y bienes de Exmingua (por los valores expresamente indicados en las Notificaciones) tuvo en el valor de la inversión de los Demandantes en Guatemala, es decir, su participación en Exmingua. La Demandada sostiene que los tribunales han desestimado con razón los casos en que, como en el presente, un demandante confunde los daños sobre su propiedad con los daños sobre la propiedad de la empresa en la que el demandante posee acciones, citando *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Argelina Democrática y Popular*.³⁹
60. La Demandada sostiene que los Demandantes están intentando, en respuesta a las Objeciones Preliminares de Guatemala, recalificar los daños que reclamaron como pérdidas reflejas, pero que no se puede permitir esta enmienda tardía de sus reclamaciones. Esto infringiría los derechos de la Demandada a un debido proceso, la integridad de los procedimientos y la estructura del DR-CAFTA. También se anularían las políticas adoptadas en el DR-CAFTA para la pronta divulgación de las reclamaciones, la resolución eficiente de las controversias y la capacidad de abordar las objeciones preliminares.
61. Además, la Demandada sostiene que el descuento de la deuda para calcular las d pérdidas reflejas sigue sin permitir equiparar la indemnización de un accionista por pérdidas reflejas con las pérdidas sufridas por su empresa local. Ninguna de las fuentes en las que los Demandantes tratan de basarse respalda esta proposición. En el fragmento citado por los Demandantes del libro *Valuation for Arbitration* del Profesor Kantor, él simplemente reconoce que, para calcular la pérdida refleja, la deuda de la empresa debe ser

³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 23.

descontada.⁴⁰ Lo mismo puede decirse de las decisiones de *Hochtief* y *Nykomb*. En cualquier caso, la Demandada está de acuerdo en que esta no es la fase para cuantificar o probar los daños de los Demandantes.⁴¹

B. *Ámbito de protección del artículo 10.16.1(a) y artículo 10.16.1(b)*

62. La Demandada sostiene que, aunque se permitiera a los Demandantes refundir sus reclamaciones de daños en esta etapa, éstas seguirían sin prosperar porque no pueden recuperar las pérdidas reflejas con arreglo al artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA.
63. Según la Demandada, un procedimiento de accionistas en virtud del artículo 10.16.1(a) sólo puede ser indemnizado por su perjuicio directo. Esta disposición exige que un accionista demuestre que dicho “demandante ha sufrido pérdidas.”⁴² Como señaló la CIJ en el caso *Barcelona Traction* y reiteró en el caso *Diallo*, ese perjuicio directo se deriva de las infracciones de sus derechos como accionistas, que suelen incluir “el derecho a cualquier dividendo declarado, el derecho a asistir a y votar en las juntas generales, [y] el derecho a beneficiarse de los activos residuales de una empresa en liquidación.”⁴³
64. La Demandada sostiene que la diferencia clave entre el artículo 10.16.1 (a) y el artículo 10.16.1 (b) es el tipo de pérdida o daño de que dispone un demandante en virtud de la sección del artículo invocado. Mientras que el párrafo (a) del artículo 10.16.1 permite al demandante recuperar el daño directo que ha sufrido, el párrafo (b) es la vía necesaria si el demandante pretende obtener indemnización, en nombre de una empresa local, por los

⁴⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 25 (citando a M. Kantor, *Valuation for Arbitration* 197 (Wolters Kluwer 2008)).

⁴¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 25-26 (citando *Hochtief AG c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/31, Laudo, 21 de diciembre de 2016, ¶ 84, CL-0067-ENG/SPA; y *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Latvia*, Caso CCE, Laudo, 16 de diciembre de 2003 (en adelante “*Nykomb*”), p. 39, CL-0073-ENG).

⁴² Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 42.

⁴³ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 42 (citando Caso de *Barcelona Traction, Light, and Power Co., Ltd (Bélgica c. España)*, Sentencia, 5 de febrero de 1970, 1970 CJI Rep. 3 (en adelante “*Barcelona Traction*”), ¶ 47, RL-0006-027) y Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 36 (citando *Barcelona Traction* y *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia (Objeciones Preliminares), 24 de mayo de 2007, 2007 CJI Rep. 582 ¶ 88 (CL-0060- ENG) (en adelante “*Diallo*”).

daños que ésta ha sufrido. El artículo 10.16.1 determina la indemnización disponible en cada subsección. Si el perjuicio de un demandante es sólo indirecto (es decir, sus acciones perdieron valor como resultado del perjuicio sufrido por la empresa local), dicho demandante debe presentar una reclamación en virtud del artículo 10.16.1 (b) en representación de la empresa que sufrió el perjuicio. La distinción se basa en última instancia en el derecho que supuestamente se ha infringido.⁴⁴

65. La Demandada explica que el artículo 10.16.1 utiliza la palabra “podrá” en lugar de “deberá” porque el inversor no tiene la *obligación* de someterse a arbitraje (simplemente un derecho de hacer a su elección) cuando considera que ha sufrido daños como resultado de una infracción del Tratado. Pero si los daños han sido soportados por una empresa local y no directamente por el propio inversor, la única vía de arbitraje es en virtud del artículo 10.16.1(b).⁴⁵
66. Según la Demandada, la analogía que los Demandantes tratan de establecer entre el artículo 10.16.1 del DR-CAFTA y el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI es errónea. El artículo 25(2)(b) otorga al Centro jurisdicción para resolver una controversia presentada por un demandante que es una empresa local, sobre la base de la nacionalidad del accionista mayoritario de esa empresa, pero no se refiere necesariamente a las reclamaciones por pérdidas reflejas (es decir, cómo puede proceder el accionista mayoritario con respecto a las pérdidas sufridas por la empresa en la que tiene acciones). El DR-CAFTA, en cambio, sí regula cuándo y cómo un accionista mayoritario puede entablar una demanda por pérdidas sufridas por una empresa local, pero lo hace sujeto a requisitos muy específicos.⁴⁶
67. La Demandada afirma que esta distinción no es una mera formalidad. Sostiene que el DR-CAFTA utiliza esta distinción para evitar las consecuencias negativas de las pérdidas

⁴⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 46; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 171:7-18.

⁴⁵ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 173:4-18.

⁴⁶ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 173:19-175:13.

reflejas, como los posibles riesgos de doble indemnización y multiplicidad de procedimientos, y para respetar la personalidad jurídica separada de una empresa de la de sus accionistas.⁴⁷ Por ello, los sistemas de derecho corporativo más avanzados, incluido el de Guatemala, prohíben las reclamaciones por pérdidas reflejas. Las organizaciones de derecho de la inversión, los Estados contratantes, los académicos y los tribunales en casos como el de *GAMI*, *Nykomb*, *Orascom* y *El Paso* también han identificado las numerosas consecuencias indeseables resultantes de las reclamaciones por pérdidas reflejas.⁴⁸

C. *Reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud de tratados más antiguos, incluido el TLCAN*

68. La Demandada sostiene que estas preocupaciones han sido pasadas por alto por algunos tribunales de arbitraje entre inversores y Estados porque, según la estructura de la mayoría de los tratados (incluidos los tratados de inversión argentinos que los Demandantes citan), las reclamaciones por pérdidas reflejas se consideraban el único recurso disponible para que ciertos accionistas fueran indemnizados por los daños sufridos por sus empresas locales.⁴⁹ Aún así, sostiene, algunos tribunales han rechazado las reclamaciones por pérdidas reflejas, dadas las consecuencias preocupantes asociadas a este tipo de indemnización.⁵⁰ La Demandada hace hincapié en que no está argumentando que la participación directa o indirecta de los Demandantes en Exmingua no constituye una

⁴⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 35; véase también Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 38, 56.

⁴⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 36-49 (citando *Gami Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Final, 15 de noviembre de 2004 (en adelante “*GAMI*”), ¶¶ 116-121, CL-0036-ENG/SPA; *Nykomb*, p. 9, CL-0073-ENG; *Orascom TMT Investments Sàrl c. República Argentina Democrática y Popular*, Caso CIADI N° ARB/12/35, Laudo, 31 de mayo de 2017 (en adelante “*Orascom*”), ¶ 388, RL-0054-101-ENG; *El Paso Energy International Company c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (en adelante “*El Paso*”), ¶ 204 CL-0047-ENG/SPA).

⁴⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 50-59. Por ejemplo, la Demandada caracteriza un fallo en virtud de la Regla 41(5) en el caso *Eskosol* como la afirmación de que las reclamaciones por pérdidas reflejas eran admisibles, pero sólo lo hizo después de reconocer que el TCE no ofrece ninguna vía para abordar las preocupaciones de política planteadas por las reclamaciones de pérdidas reflejas. Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 53 (citando *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. República Italiana*, Caso CIADI N° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de la Demandada en virtud de la Regla 41(5), 20 de marzo de 2017 (en adelante “*Eskosol*”), ¶ 170, CL-0058-ENG).

⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 54.

“inversión” en el marco del DR-CAFTA y, por lo tanto, el argumento y los casos de los Demandantes sobre la definición de “inversión” son irrelevantes.⁵¹

69. La Demandada subraya el hecho de que el DR-CAFTA, a diferencia de los tratados más antiguos, es un instrumento moderno que ha establecido un mecanismo en el artículo 10.16.1 diseñado específicamente para abordar esta cuestión. Dicho mecanismo, que los académicos han calificado de único,⁵² fue ideado en primer lugar por los Estados Unidos e introducido en el TLCAN en forma de los artículos 1116 y 1117, y posteriormente mejorado en el contexto del DR-CAFTA. Por consiguiente, el Tribunal debe decidir este caso basándose en el régimen específico del DR-CAFTA (*lex specialis*), y no basarse en los casos que los Demandantes invocan relativos a la interpretación de tratados más antiguos.
70. Es importante señalar que las Partes Contratantes del TLCAN están de acuerdo en que el artículo 1116, que según la Demandada es sustancialmente el mismo que el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA, no permite a un accionista recuperar pérdidas reflejas. Esa es la posición que Estados Unidos ha adoptado sistemáticamente en *Pope & Talbot*, *GAMI* y *Clayton*.⁵³ En el caso *Clayton*, por ejemplo, Estados Unidos declaró en términos inequívocos que la única vía para las reclamaciones de accionistas es la del artículo 1116 y que “los accionistas minoritarios que no sean propietarios o controlen la empresa no pueden establecer reclamaciones por pérdidas o daños según el 1117, produciendo el riesgo de acciones múltiples respecto de las mismas medidas objeto de la disputa.”⁵⁴ La Demandada sostiene que las posiciones de Canadá y México son las mismas.⁵⁵

⁵¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 57.

⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 61-64.

⁵³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 66-68 (citando *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, Séptima Presentación de Estados Unidos de América, 6 de noviembre de 2001, ¶¶ 3-5 (en adelante, “*Pope & Talbot, Presentación de EEUU*”) RL-0071-002-ENG; *GAMI*, Presentación de los Estados Unidos de América, 30 de junio de 2003, ¶ 14 (en adelante, “*GAMI, Presentación de EEUU*”) RL-0072-005-ENG; *William Ralph Clayton, & Bilcon of Delaware Inc. et al. c. Gobierno de Canadá*, Caso ACC N° 2009-04, Presentación de Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 12, (en adelante, “*Clayton, Presentación de EEUU*”), RL-0008- ENG-005).

⁵⁴ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 158:1-159:11 (citando *Clayton*, Presentación de los EEUU ¶ 11, RL-0008- ENG. El párrafo completo de la presentación de EEUU dice: “El artículo 1117(1) aborda esta cuestión

71. Además, la Demandada destaca que ningún tribunal del TLCAN que haya considerado la distinción entre los artículos 1116 y 1117 jamás ha concedido daños y perjuicios por pérdidas reflejadas en virtud del artículo 1116. Ni *Mondev, Pope & Talbot, GAMI* ni *Clayton* concedieron daños y perjuicios por pérdidas reflejas.⁵⁶ Los daños y perjuicios limitados que el tribunal de *Clayton* concedió no tenían por objeto indemnizar las pérdidas reflejas; dicho tribunal examinó esta cuestión explícitamente y determinó que los daños y perjuicios que concedería no eran de naturaleza reflejada.⁵⁷ El tribunal de *UPS* tampoco concedió daños y perjuicios por pérdidas reflejas.⁵⁸

D. *Posición de Guatemala en casos previos*

72. La Demandada afirma que la posición de Guatemala en casos anteriores como el de *TECO* y *RDC* es totalmente coherente con su posición en este caso de que el perjuicio a una empresa debe solicitarse en virtud del artículo 10.16.1(b) según corresponda.⁵⁹

73. En primer lugar, la decisión de Guatemala de no objetar el uso del artículo 10.16.1(a) en *TECO* no puede utilizarse contra Guatemala en este caso. Las razones en cualquier caso

creando un derecho a presentar una reclamación que no se encuentra en el derecho internacional consuetudinario. Cuando la inversión sea una empresa de otra Parte, un inversionista de una Parte que sea propietario o controle la empresa podrá presentar una reclamación en representación de la empresa por pérdidas o daños incurridos por la misma. Sin embargo, los accionistas minoritarios que no sean propietarios o controlen la empresa no podrán presentar una reclamación por pérdida o daño de conformidad con el artículo 1117, reduciendo así el riesgo de acciones múltiples con respecto a las mismas medidas en disputa.” [Traducción del Tribunal]

⁵⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 69; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 159:1-22.

⁵⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 74-77, y 80 (citando *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (en adelante “*Mondev*”), ¶ 86, RL-0018-030-ENG; *Pope & Talbot*, Laudo Relativo a Daños, 31 de mayo de 2002, (en adelante “*Pope & Talbot, Laudo*”) ¶ 85, CL-0028-ENG; *GAMI* ¶ 119, CL-0036-ENG/SPA; *Clayton*, Laudo Final sobre Daños, 10 de enero de 2019, ¶ 396, (en adelante “*Clayton, Laudo sobre Daños*”) CL-0070-ENG.).

⁵⁷ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 168:6-169-4.

⁵⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 78 (citando *United Parcels Service of America Inc. c. Canadá*, Caso N° UNCT/02/1, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007 (en adelante “*UPS*”), ¶ 35, CL-0037-ENG).

⁵⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 85 (citando *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N° ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (en adelante “*TECO*”) ¶438, CL-0031-ENG/SPA; *Railroad Development Corp. c. República de Guatemala*, Caso CIADI N° ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (en adelante “*RDC*”) ¶ 1, CL-0068-ENG.).

para plantear algunas objeciones pero no otras pueden ser por eficiencia, asignación intencional de recursos o para centrarse en otros argumentos. En segundo lugar, TECO ya había acordado vender su participación en la empresa local, EEGSA, en el momento en que se inició el arbitraje, y la venta de EEGSA se cerró al día siguiente de que se iniciara el arbitraje. Además, TECO no controlaba EEGSA porque era un accionista minoritario y, como tal, “no pudo haber presentado un reclamo bajo el Artículo 10.16(1)(b) del CAFTA-DR.”⁶⁰ Tampoco había ningún litigio paralelo en curso en los tribunales locales, a diferencia de la situación aquí.⁶¹

74. La Demandada afirma que *RDC*, el otro caso que citan los Demandantes, también es significativamente diferente del presente caso. En primer lugar, *RDC* presentó reclamaciones tanto por cuenta propia como por su empresa local, FVG. Segundo, *RDC* presentó renunciaciones firmadas tanto por ella como por su empresa local, FVG. Tercero, en *RDC*, “los accionistas minoritarios de la empresa local eran nacionales guatemaltecos, un problema que no está presente en este caso”. Cuarto, a pesar de presentar reclamaciones en representación de su empresa local, *RDC* solicitó que el laudo fuera totalmente pagadero a *RDC*, y Guatemala se opuso a dicha solicitud de *RDC* argumentando que violaría el Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR, que exige que la indemnización monetaria por reclamaciones en nombre de una empresa local se pague a la propia empresa. Quinto, y más importante, el tribunal en *RDC* reconoció que se debía pagar el laudo a la empresa y otorgó daños y perjuicios al demandante siempre y cuando las acciones de la empresa local, que eran propiedad del demandante, fueran transferidas a Guatemala.⁶²

E. *Consecuencias de permitir las reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del artículo 10.16.1(a)*

⁶⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 86-88; Presentación del Argumento de Rechazo de la Demandada, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 5.

⁶¹ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 163:2-5.

⁶² Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 89; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 169:8-170:22.

75. La Demandada sostiene que si se permitieran las reclamaciones por pérdidas reflejas de conformidad con el artículo 10.16.1(a), los requisitos impuestos para presentar reclamaciones derivadas bajo el artículo 10.16.1(b) se eludirían fácilmente y carecerían de sentido en lo esencial.
76. Según la Demandada, cualquier resultado de ese tipo contravendría los principios interpretativos del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”).⁶³ El objeto y propósito del mecanismo de reclamaciones derivadas en virtud del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA es evitar los problemas asociados con las reclamaciones por pérdidas reflejas. Por lo tanto, el Tratado establece requisitos estrictos para presentar una reclamación en representación de una empresa local y tratar de recuperar la pérdida directa de esa empresa. Estos requisitos son los siguientes: (i) se debe pagar a la empresa cualquier indemnización monetaria que se solicite (artículo 10.26 del DR-CAFTA); (ii) se debe renunciar a cualquier derecho a iniciar o continuar cualquier litigio local en el Estado anfitrión con respecto a cualquier medida que supuestamente constituya una violación en el arbitraje (artículo 10.18.2 del DR-CAFTA); y (iii) se debe excluir cualquier reclamación por violación de las protecciones ya litigadas en el Estado anfitrión (anexo 10-E del DR-CAFTA).⁶⁴ En este caso, los Demandantes no han cumplido ninguno de estos requisitos.
77. *Primero*, los Demandantes solicitan que se les pague una indemnización directamente en virtud del artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA, aunque (según afirma la Demandada) están midiendo la indemnización en función de las pérdidas de Exmingua. Si esto se aprueba, podría impedir a los acreedores de Exmingua hacer valer los derechos sobre los bienes de la empresa, incluido un laudo arbitral. Como explicó el tribunal en *Renco* sobre la base de una disposición casi idéntica, dicha interpretación haría que este mecanismo fuera “sin efecto, contrariamente al principio del derecho internacional consuetudinario de

⁶³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 90 *et seq.*

⁶⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 93.

efectividad.”⁶⁵ Los Demandantes efectivamente hubieran evitado la salvaguarda incorporada en el artículo 10.26.2 del DR-CAFTA para proteger a los acreedores de una empresa local.⁶⁶

78. *Segundo*, los Demandantes tampoco han presentado la renuncia requerida por el artículo 10.18.2(b)(ii).⁶⁷ Esta disposición requiere que un accionista que busca recuperar las pérdidas de su empresa: (i) presente la renuncia por escrito de una empresa a “cualquier” derecho a iniciar o continuar “cualquier” procedimiento local, monetario o no, con respecto a “cualquier” medida que se alegue que constituya una violación del Arbitraje; y (ii) se retire de cualquier procedimiento local correspondiente.⁶⁸ La finalidad de esta disposición, que es un elemento del consentimiento de la Demandada, es evitar la doble indemnización, multiplicidad de procedimientos, conclusiones contradictorias de distintos tribunales y la incertidumbre jurídica.⁶⁹ Se trata de un requisito jurisdiccional y no puede modificarse permitiendo a los Demandantes ampliar o enmendar la renuncia que figura en el expediente.⁷⁰
79. En este caso, la medida clave que supuestamente constituye una violación del Tratado, a saber, la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII en 2015, es objeto de procedimientos locales en curso. Si los Demandantes tienen éxito en este arbitraje, obtendrán una indemnización por la incapacidad de Exmingua de explotar su mina durante los últimos años, mientras que Exmingua todavía podría hacer que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala le restituya su licencia de explotación, que seguiría vigente durante otros 25 años. Ese es exactamente el tipo de situación que el requisito de la renuncia trata de evitar.

⁶⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 61 (citando *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, Caso N° UNCT/13/1, Segunda Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, (en adelante “*Renco, Segunda Presentación de EEUU*”) fn. 14, RL-0005-005).

⁶⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 97-104.

⁶⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 105-109.

⁶⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 64-67.

⁶⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 65.

⁷⁰ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 176:2-177:14.

80. *Por último*, si los Demandantes hubiesen iniciado este Arbitraje en nombre de Exmingua bajo el Artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA, se verían impedidos de volver a presentar su demanda de protección y seguridad total en este Arbitraje bajo el Anexo 10-E del DR-CAFTA.⁷¹ Bajo el anexo 10-E del DR-CAFTA, un inversionista de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje una reclamación por incumplimiento de una obligación bajo el Tratado en nombre de una empresa si la empresa “ha alegado esa violación de una obligación” en un procedimiento ante un tribunal local. No se debe permitir que los Demandantes eludan la disposición “Bifurcación de Caminos” (*fork-in-the-road*) disfrazando sus reclamaciones como demandas hechas por cuenta propia de conformidad con el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA.

b. Posición de los Demandantes

81. Los Demandantes afirman que sus reclamaciones fueron debidamente sometidas a arbitraje de conformidad con el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA. Invocan el significado ordinario y el objeto y propósito del Artículo 10.16.1(a). Afirman que han presentado reclamaciones por las pérdidas sufridas *por ellos mismos* como resultado de las acciones de Guatemala y que, por lo tanto, han cumplido con el requisito de la renuncia. También afirman que el anexo 10-E del DR-CAFTA es inaplicable a sus reclamaciones.⁷²

A. Significado y contexto común del artículo 10.16.1(a)

82. Según los Demandantes, el significado ordinario del artículo 10.16.1(a), en su contexto, les permite presentar reclamaciones por su propia cuenta por la pérdida de valor de su participación directa e indirecta en Exmingua, sufrida como resultado de las medidas adoptadas por la Demandada contra Exmingua.

83. *Primero*, los Demandantes señalan que el texto de los artículos 10.16.1(a) y (b) del DR-CAFTA no contiene ningún lenguaje limitante o restrictivo. Por el contrario, el significado

⁷¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 110-117.

⁷² Véase, en general, Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 10-81 y Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 9-90.

común de las palabras confirma que un demandante “puede” someter una reclamación a arbitraje en virtud del artículo 10.16.1(a) cuando el demandante haya sufrido pérdidas o daños derivados de esa violación. Este lenguaje es claramente “permisivo, y no imperativo”, como el tribunal en *Pope & Talbot* encontró con respecto al lenguaje correspondiente en los artículos 1116 y 1117 del TLCAN.⁷³ Si las Partes en el DR-CAFTA hubieran querido exigir a los demandantes que poseían o controlaban una empresa que presentaran reclamaciones sólo en representación de dicha empresa, fácilmente podrían haberlo hecho (y deberían haberlo hecho), en particular en vista de la larga lista de casos ya existentes en ese momento que interpretaban disposiciones similares como la posibilidad de presentar reclamaciones por pérdidas reflejas.⁷⁴

84. De conformidad con el artículo 31(1) de la CVDT, una interpretación de buena fe debe tener en cuenta las consecuencias que “razonable y legítimamente se considere que los Estados Partes deben haber previsto como resultado de sus compromisos.”⁷⁵ En consecuencia, los tribunales han rechazado intentos de leer términos limitantes o calificativos en el texto de las disposiciones de los tratados que de otro modo serían amplios. Por ejemplo, los tribunales en casos como *Siemens* y *Waste Management II* se negaron a restringir la cobertura de los tratados de inversión a las inversiones “directas” y a desestimar las reclamaciones de inversiones indirectas, en las que la definición de “inversión” no contenía dicho lenguaje calificativo.⁷⁶ Además, las palabras “en virtud de dicha violación o como resultado de esta”, inmediatamente después de la frase “pérdida o daño” apoyan aún más su significado amplio. La Demandada, según los Demandantes, no ofrece ninguna respuesta.

⁷³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 21 (citando *Pope & Talbot*, Laudo, ¶ 79).

⁷⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 78; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 97:6-13

⁷⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 16 (citando a J. Romesh Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* 47-48 (OUP 2012), CL-0007-ENG).

⁷⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 17-18 (refiriéndose a *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, ¶ 137, CL-0018-ENG/SPA; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, Caso CIADI N° ARB/AF/00/03, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 85, CL-0022-ENG/SPA).

85. Los Demandantes afirman además que la inclusión de “acciones” en la definición de “inversión” no hace más que confirmar que la reclamación de los Demandantes es admisible. En la medida en que un demandante calificado posea acciones en una empresa protegida, dicho demandante habrá hecho una inversión en el sentido del Tratado y tendrá derecho a presentar una reclamación por los daños que haya sufrido como resultado de una violación al Tratado. Como razonó el comité de anulación de *Azurix*, el hecho de que dicho daño sea directo o indirecto es irrelevante.⁷⁷
86. *Segundo*, los Demandantes afirman que la propia práctica estatal previa de la Demandada muestra que las reclamaciones por pérdidas reflejas son admisibles en virtud del DR-CAFTA. En el caso *TECO*, TECO presentó una reclamación por la denominada pérdida refleja en virtud del artículo 10.16.1(a) y Guatemala no presentó ninguna objeción al respecto.⁷⁸ En opinión de los Demandantes, el hecho de que TECO fuera un accionista minoritario y no haya podido presentar una reclamación de conformidad con el artículo 10.16.1(b) no supone ninguna diferencia. Permitir que un accionista minoritario presente una reclamación por pérdidas reflejas de conformidad con el artículo 10.16.1(a), pero exigir que un accionista mayoritario o controlador presente esa misma reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b), no tiene sentido si la interpretación correcta del DR-CAFTA, como sugiere Guatemala, es que no se permitan reclamaciones por pérdidas indirectas más que en virtud del artículo 10.16.1(b).⁷⁹
87. De manera similar, los Demandantes alegan que el tribunal de *RDC* también dictó un laudo por pérdidas reflejas. Aunque inicialmente el demandante presentó su reclamación con arreglo tanto al artículo 10.16.1(a) como al (b), el laudo se pagó, a instancias de Guatemala, al demandante -y no a su empresa- lo que demuestra que se hizo de

⁷⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 40 (refiriéndose a *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 1 de septiembre de 2009 (en adelante “*Azurix, Decisión de Anulación*”) ¶¶ 105, 108, CL-0051-ENG/SPA) y Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 14.

⁷⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 26-29; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 201:22-205:1.

⁷⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 15-18, 21; véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 200:22-201:21.

conformidad con el artículo 10.16.1(a).⁸⁰ Los Demandantes sostienen que la Demandada no ofrece ninguna explicación más que una mera especulación sobre sus propias motivaciones en relación con esta práctica pasada y constante.⁸¹ En opinión de los Demandantes, esto es relevante para la tarea de este Tribunal de interpretar el Artículo 10.16.1. En el caso de *Oil Platforms*, por ejemplo, la CIJ rechazó la interpretación novedosa del Irán de una disposición del Tratado subyacente, observando que la interpretación era incompatible con la práctica de las partes en sus alegatos anteriores ante la CIJ en casos anteriores basados en el mismo tratado.⁸²

88. *Tercero*, los Demandantes afirman que la jurisprudencia del TLCAN confirma el derecho de los accionistas a presentar reclamaciones por cuenta propia por pérdidas reflejas. Los tribunales del TLCAN han rechazado las objeciones de los Estados demandados en el sentido de que los demandantes no pueden resarcirse por pérdidas reflejas con arreglo al artículo 1116 del TLCAN, o que los accionistas mayoritarios sólo pueden resarcirse por pérdidas reflejas de forma indirecta con arreglo al artículo 1117. Los ejemplos en opinión de los Demandantes incluyen a *Mondev*, *GAMI*, *Pope & Talbot*, *UPS* y *S.D. Myers*.⁸³ El hecho de que algunos de esos demandantes particulares no hayan podido prosperar en el fondo de sus casos es irrelevante; lo que importa, según los Demandantes, es que ninguno de esos tribunales desestimó las reclamaciones o se negó a conceder una indemnización por daños y perjuicios debido a que las reclamaciones eran por pérdidas reflejas.
89. Los Demandantes consideran que es revelador que la Demandada apoye sus debates sobre los artículos 1116 y 1117 del TLCAN mediante referencias a trabajos académicos y a presentaciones de las Partes en el TLCAN en varios casos, pero no a las decisiones de ningún tribunal. Las opiniones académicas no pueden alterar el significado del texto del TLCAN, y los tribunales se han negado a adoptar las interpretaciones propuestas en las

⁸⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 22-23.

⁸¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 16.

⁸² Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 19-20 (citando *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Objeción Preliminar, Sentencia, 12 de diciembre de 1996, 1996 I.C.J. Rep. 803, (en adelante “*Oil Platforms*”) at 812 ¶ 24, CL-0103-ENG.).

⁸³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 24, 30-31.

diversas presentaciones de las Partes del TLCAN citadas por la Demandada, sin desestimar por falta de jurisdicción ni declarar inadmisibles las reclamaciones al amparo del artículo 1116. Si las Partes del TLCAN hubieran querido excluir la reclamación por pérdidas reflejas del artículo 1116, podrían haber emitido una interpretación oficial a través de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (FTC), pero no lo hicieron.⁸⁴ Además, las Partes del TLCAN en cualquier caso no son coextensivas con las Partes del DR-CAFTA.

90. Los Demandantes rechazan el argumento de la Demandada de que permitir reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del artículo 1116 del TLCAN (o el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA) haría que el mecanismo del artículo 1117 del TLCAN (o el artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA) careciera de sentido. El artículo 1117 del TLCAN y el artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA ofrecen una opción adicional para que un inversionista que posee o controla una empresa pueda presentar una reclamación. Esta opción proporciona una cobertura diferente y más amplia que el artículo 1116 y el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA, incluyendo la posibilidad de que la empresa local busque la recuperación de todos sus daños, que puede ser mucho mayor que la parte de pérdidas reflejas trazables a través de las acciones del inversionista controlador. Puede haber otras buenas razones para que un accionista demandante presente una reclamación en virtud del artículo 1117 del TLCAN o del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA, por ejemplo, en relación con la reducción de tasas impositivas en ciertos países o el deseo de reinvertir el producto de un laudo en el Estado anfitrión, sin tener que convertir y repatriar los fondos si primero se pagaron al accionista con arreglo al artículo 1116 del TLCAN o al artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA. Otra razón podría ser evitar las incertidumbres de tener que demostrar que los daños sufridos por la empresa local repercutieron efectivamente en los accionistas, lo que generalmente constituye un obstáculo adicional para probar las reclamaciones por pérdidas reflejas.⁸⁵ Por lo tanto, no está para nada claro que un accionista que tiene ambas opciones procesales siempre elija el artículo 1116 del TLCAN (o el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA) en lugar del artículo 1117 del TLCAN (o el artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA).

⁸⁴ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 196:21-199:10.

⁸⁵ Véase discusión en Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 104:8-107:10.

B. *Objeto y finalidad del artículo 10.16.1(a)*

91. Los Demandantes sostienen que la admisión de reclamaciones por pérdidas reflejas también es consistente con el objeto y propósito del DR-CAFTA de proveer medios efectivos de resolución de controversias.⁸⁶
92. *Primero*, sostienen que su interpretación está en línea con el objeto y propósito del DR-CAFTA de proveer medios efectivos de resolución de controversias. La interpretación de la Demandada, por el contrario, privaría a los inversores accionistas de cualquier oportunidad de solicitar un arbitraje entre inversor y Estado por los daños más comúnmente sufridos, y proporcionaría una protección considerablemente menor a los inversores extranjeros que cualquiera de la multitud de tratados de inversión modernos. No es sorprendente que los tribunales que interpretan los tratados de inversión de Argentina hayan desestimado todas las objeciones similares y hayan determinado que los demandantes puedan presentar reclamaciones por pérdidas reflejas.⁸⁷ Lo mismo ocurre con otros tratados de inversión.⁸⁸ Los Demandantes indican que la Demandada, de hecho, no ha identificado ni un solo caso en ningún tratado de inversión moderno en el que un tribunal haya determinado que un inversor careciera de legitimación para presentar una reclamación por pérdidas reflejas como resultado de la supuesta violación del tratado por parte de un Estado demandado. En opinión de los Demandantes, el hecho de que la Demandada se base en el derecho internacional consuetudinario de la protección diplomática y, en particular, en los fallos de la CIJ en los casos *Barcelona Traction* y *Diallo*, ignora que el DR-CAFTA deroga el derecho internacional consuetudinario al otorgar a los accionistas el derecho a ser indemnizados por las pérdidas sufridas como

⁸⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 34-60.

⁸⁷ Véase los casos en el Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 38, ft. 72 y en ¶¶ 39-40.

⁸⁸ Véase los casos en el Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 41, ft. 78.

resultado de las medidas adoptadas contra la empresa en la que han invertido.⁸⁹ Esto quedó claro en el fallo de la CIJ sobre las objeciones preliminares en el caso *Diallo*.

93. Según los Demandantes, la afirmación de la Demandada de que la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales “avanzados” prohíben las reclamaciones por pérdidas reflejas es improcedente. Ninguna de las leyes nacionales que cita la Demandada es aplicable en este procedimiento, que se rige por el DR-CAFTA y el derecho internacional. Las leyes nacionales no pueden anular el Tratado. Los Demandantes rechazan igualmente el argumento de la Demandada de que las reclamaciones por pérdidas reflejas se permitían a menudo en las controversias relacionadas con tratados “más antiguos”, porque constituían la única vía significativa para que los accionistas fueran indemnizados.
94. Los Demandantes comentan que muchos de los tratados que cita la Demandada incluyen a ciertas empresas locales en la definición de “inversionista”, mientras que otros permiten que ciertas empresas locales sean tratadas como nacionales de la otra Parte Contratante de conformidad con el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI.⁹⁰ En su opinión, el mecanismo del artículo 25(2)(b) del CIADI tiene un propósito similar al del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA, en la medida en que proporciona un medio para que una empresa del Estado anfitrión recupere las pérdidas sufridas como resultado de las medidas del Estado anfitrión dirigidas a ella. Si la existencia del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA significase que un demandante que es propietario o controla una empresa *tiene que* presentar una reclamación por cualquier pérdida de conformidad con dicho artículo y en representación de la propia empresa, como sugiere la Demandada, entonces sería lógico que en los casos del CIADI en los que las Partes hayan acordado tratar a las empresas locales controladas por extranjeros como no nacionales del Estado demandado, los demandantes también se limitarían a hacer que dichas empresas locales presenten reclamaciones en nombre propio de conformidad con el artículo 25(2)(b). Sin embargo, los tribunales arbitrales han rechazado debidamente esa propuesta; los Demandantes se

⁸⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 44-47 y Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 36.

⁹⁰ Véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 214:1-17.

remiten a la decisión de anulación en el caso *Azurix* y a las decisiones en *Cube Infrastructure* y *Sempra*.⁹¹

95. Los Demandantes también sostienen que ninguna de las consecuencias negativas percibidas que invoca la Demandada, como la perspectiva de múltiples procedimientos y/o la doble indemnización o doble pago, puede afectar a la posición de los Demandantes o a la jurisdicción del Tribunal. Subrayan que los tribunales disponen de diversos medios para atender a tales preocupaciones, entre ellos la elaboración de laudos para evitar la doble indemnización o doble pago. Es importante señalar que el laudo *Renco*, en el que se basa la Demandada, no se pronunció sobre la objeción del Perú a la admisibilidad de las reclamaciones por pérdidas reflejas, sino que desestimó la reclamación por falta de competencia debido a una renuncia defectuosa.⁹²
96. *Segundo*, los Demandantes afirman que los accionistas que presentan reclamaciones por pérdidas reflejas por cuenta propia no recuperan a expensas de los acreedores y, en cualquier caso, la Demandada no ha demostrado que los artículos 10.16.1(a) y (b) deban interpretarse de la manera más protectora para los acreedores. El Artículo 10.26.2(c) no apoya esa afirmación, ni arroja ninguna luz sobre si un demandante puede presentar una reclamación por pérdidas reflejas de conformidad con el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA. Simplemente reconoce que un laudo bajo el DR-CAFTA no afecta y no puede afectar los derechos sobre el producto de dicho laudo que otros puedan tener en virtud de la legislación nacional. De manera similar, el Artículo 10.26.2 del DR-CAFTA simplemente establece que cuando se presenta una reclamación en representación de una empresa bajo

⁹¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 46-49 (citando *Azurix*, *Decisión de Anulación*, ¶¶ 102, 127; *Cube Infrastructure Fund SICAV and others c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/15/20, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad, y Decisión Parcial sobre Quantum, 19 de febrero de 2019, ¶ 174, CL-0059-ENG; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 11 de mayo de 2005 (en adelante “*Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción de Sempra*”) ¶¶ 42, 45, CL-0072-ENG/SPA). Los Demandantes también rechazan la invocación de Eskosol por parte de la Demandada, que a su juicio aborda una cuestión diferente, a saber, si la empresa local se vio impedida de presentar una reclamación por cuenta propia después de que su accionista mayoritario presentara una reclamación por separado por pérdidas reflejadas. Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 50.

⁹² Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 205:1-26:2.

el Artículo 10.16.1(b), entonces naturalmente el laudo debe ser pagado a la empresa, ya que está indemnizando a la empresa por sus pérdidas.

97. Los Demandantes sostienen además que los argumentos de la Demandada se basan en un error de comprensión del cálculo básico de los daños y perjuicios con respecto a las reclamaciones por pérdidas reflejas. Sólo después de haberse satisfecho la deuda de una empresa se adjudicaría algún monto a los accionistas y, por lo tanto, la indemnización de un accionista será la misma tanto si recupera dicho monto directamente (de conformidad con una reclamación por pérdidas reflejadas en virtud del artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA) o indirectamente después de su recuperación total por la empresa (de conformidad con una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA), luego del pago a sus acreedores y la distribución del valor restante del capital social a sus accionistas. Por otro lado, la responsabilidad del Estado demandado puede ser *mayor* cuando un accionista mayoritario presenta una reclamación en representación de la empresa en virtud del artículo 10.16.1(b) del DR-CAFTA, porque la responsabilidad en ese escenario se extiende a las pérdidas totales de la empresa, no sólo a la parte atribuible a un accionista anterior en particular después de contabilizar la deuda prioritaria. De hecho, los Demandantes sostienen que la propia Demandada reconoció esta posibilidad en el caso *RDC c. Guatemala*, en el que se opuso a que el tribunal concediera una indemnización por daños y perjuicios a la empresa local basándose en que ello daría lugar a una indemnización a los accionistas minoritarios que no tenían ellos mismos ningún derecho en el tratado.⁹³

C. *Indemnización por pérdidas según el artículo 10.16.1(a)*

98. Los Demandantes afirman que han presentado reclamaciones por las pérdidas que ellos mismos han sufrido. Específicamente, los Demandantes declaran que buscan daños por la disminución del valor de sus acciones en Exmingua como resultado de las medidas tomadas por Guatemala en violación del DR-CAFTA.

⁹³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 53, 59.

99. En opinión de los Demandantes, el hecho de que no hayan utilizado el término “reflejas” para describir sus pérdidas en su Notificación de Intención y Notificación de Arbitraje es completamente irrelevante. El DR-CAFTA no exige que en la notificación de arbitraje se especifique además la indemnización solicitada. No se requiere que los Demandantes caractericen expresamente sus daños en su Notificación de Arbitraje como “directos”, “indirectos” o “reflejos”, como sugiere la Demandada. Esto se confirma en la práctica arbitral como demuestran las decisiones de *TECO* y *Khan*.⁹⁴
100. Los Demandantes también acusan a la Demandada de desconocer todas y cada una de las referencias contenidas en la Notificación de Intención y la Notificación de Arbitraje a las pérdidas o daños sufridos por los Demandantes como resultado de las acciones de la Demandada, y de centrarse exclusivamente en el hecho de que las medidas en cuestión estaban dirigidas a Exmingua, que también sufrió daños como resultado de las supuestas violaciones del Tratado por parte de la Demandada. Los Demandantes sostienen que no hay nada fuera de lo común en dichas referencias al objetivo local de la acción del Estado, que no impiden a los accionistas perseguir la indemnización por sus propias pérdidas reconocibles por separado.
101. Los Demandantes sostienen además que la jurisprudencia que cita la Demandada no respalda una conclusión contraria. El laudo de *OTMTI*, en el que se basa la Demandada, es diferente de este caso, que no implica múltiples procedimientos ni la posibilidad de que los antiguos accionistas de Exmingua presenten una reclamación impugnando las mismas medidas.⁹⁵ La confianza de la Demandada en *LESI-Dipenta* también está fuera de lugar, según los Demandantes, porque a diferencia de aquel caso -en el que el demandante no era el propietario de la inversión y el tribunal, por lo tanto, no tenía jurisdicción- en este caso, el Sr. Kappes y KCA tienen acciones en Exmingua, y dichas acciones califican como

⁹⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 71-72 (refiriéndose a *TECO*, ¶ 742; *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Hldg. Co. Ltd. c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 (en adelante “*Khan*”) ¶ 77(2) CL-0114-ENG).

⁹⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 64-65 (discutiendo *Orascom* ¶¶ 488-489, ¶¶ 496-498, 539-545.).

inversiones en virtud del Tratado.⁹⁶ Los Demandantes sostienen que *Nykomb* tampoco ayuda a la Demandada. En ese caso, el demandante trató de recuperar una indemnización equivalente a la supuesta pérdida de ingresos de su filial y el tribunal rechazó ese cálculo deficiente, pero en este caso, los Demandantes aún no han fijado la cuantificación de sus pérdidas.⁹⁷

102. Los Demandantes también rechazan la invocación de *Clayton* por parte de la Demandada. Afirman que, a pesar de haber interpretado erróneamente los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, el tribunal de *Clayton* sigue rechazando la objeción del Canadá de que el único recurso de los demandantes habría sido presentar una reclamación en representación de su empresa de propiedad exclusiva de conformidad con el artículo 1117 del TLCAN.⁹⁸ El tribunal explicó que los demandantes, y no sólo la empresa canadiense en la que tenían acciones y a la que se le denegó el permiso, habían sufrido pérdidas como resultado del incumplimiento del Canadá. Ello se debía a que la oportunidad de desarrollar el proyecto era la de los demandantes, que habían invertido en la oportunidad. Lo mismo ocurre en este caso, según los Demandantes, donde el único propósito de Exmingua fue construir y operar el proyecto minero de Tambor. Además, la inversión de los Demandantes en Exmingua ha quedado inutilizada como resultado de las acciones y omisiones de la Demandada. En tales circunstancias, afirman, no puede haber duda de que han sufrido un perjuicio “directo” y pueden presentar una reclamación por su propia cuenta.

103. En cualquier caso, los Demandantes dicen que han *alegado* que ellos mismos sufrieron daños y perjuicios como resultado de las violaciones del Tratado por parte de la Demandada, y el Tribunal debe aceptar dicha alegación como cierta a los efectos de

⁹⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 66 (discutiendo *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CIADI N° ARB/05/3, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de julio de 2006, en 33, CL-0112-FR/ENG).

⁹⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 67 (discutiendo *Nykomb* (n 40) at 3-5, 39 (CL-0073-ENG)).

⁹⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 58-60 y Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 32-33 (citando *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 396); véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 206:19-210:7 (La abogado de los Demandantes señalando que no se puede, como lo hizo el tribunal de Clayton, “para decir que una interpretación hace que una postura carezca de significado o sea inútil tiene que hacerlo en todas las circunstancias y no solo en las circunstancias particulares”).

determinar las objeciones preliminares de la Demandada en virtud del artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, de conformidad con el artículo 10.20(4)(c). Contrario a las afirmaciones de la Demandada, los Demandantes no intentan “enmendar” o “recalificar” sus reclamos o “rediseñar” sus Notificaciones. Sea como fuere, la cuestión de la existencia de la pérdida es un asunto de fondo, argumentan, citando las decisiones en los casos de *Glamis Gold* y *UPS*.⁹⁹

D. *Requisito de renuncia según el artículo 10.18.2(b)*

104. Los Demandantes declaran que han cumplido con el requisito de la renuncia del DR-CAFTA. Presentan tres argumentos principales.
105. *Primero*, los Demandantes indican que presentaron sus reclamaciones de conformidad con el artículo 10.16.1(a) y, por consiguiente, de conformidad con el significado común del artículo 10.18.2(b)(i), se les exigió que presentaran una renuncia por cuenta propia y no en representación de Exmingua. Por lo tanto, la confianza de la Demandada en *Commerce Group* está fuera de lugar. En este caso, los Demandantes no han actuado en contra de la renuncia que proporcionaron, ni tampoco son los propios Demandantes partes en ningún procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo guatemalteco.¹⁰⁰ Si el Tribunal decide que a los Demandantes se les permite presentar reclamaciones en virtud del artículo 10.16.1(a), entonces los argumentos de la Demandada con respecto a la necesidad de la renuncia de una empresa son discutibles.
106. Con respecto a los procedimientos judiciales de Guatemala en los que Exmingua es parte, los Demandantes consideran que la Corte de Constitucionalidad no tiene intención de pronunciarse al respecto. Debería haberlo hecho en cinco días, dicen, y ya han pasado tres años y medio. La única razón por la que Exmingua no ha retirado formalmente los

⁹⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 63 (*Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Resolución Procesal N° 2 (revisada) 31 de mayo de 2005 ¶¶ 22-23, CL-0071-ENG; *UPS* ¶ 37; véase también *Pope & Talbot, Laudo* ¶ 80).

¹⁰⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 67.

procedimientos es para evitar la acusación en este caso de que los Demandantes no han cumplido con el requisito de agotar los recursos locales.¹⁰¹

107. *Segundo*, los Demandantes señalan que, si bien el TLCAN exige que un demandante que presenta una reclamación por cuenta propia presente una renuncia en representación de una empresa en determinadas circunstancias, el DR-CAFTA no contiene ningún texto equivalente, y no hay base para insertar requisitos adicionales de renuncia en el Tratado. Por consiguiente, la afirmación de la Demandada de que las reclamaciones de los Demandantes son “exactamente el tipo de resultado que el mecanismo del CAFTA-DR para reclamaciones derivativas busca evitar” no tiene sustento y queda desmentida por el texto claro del Tratado.¹⁰²
108. Los Demandantes también sostienen que desafiaría los principios de interpretación del tratado de la CVDT interpretar la ausencia de un requisito de renuncia de empresa para el artículo 10.16.1(a) como prueba de que las Partes del DR-CAFTA desearon prohibir las reclamaciones por pérdidas reflejas conforme a dicho artículo, y pretendieron exigir que cualquier reclamación por pérdidas sufridas por un demandante como resultado de medidas dirigidas a una empresa local se presentara conforme al artículo 10.16.1(b) y fuera acompañada de una renuncia de empresa. Si los Estados Partes hubieran tenido esa intención, los Demandantes sostienen que podrían haber insertado un texto en el Artículo 10.18.2 a tal efecto, cosa que no hicieron.
109. *Finalmente*, los Demandantes afirman que las ventajas que se perciben de una renuncia de empresa, como la de evitar la doble indemnización, procedimientos múltiples o decisiones incoherentes, no pueden prevalecer sobre el lenguaje explícito del Tratado. Además, dichas ventajas no se pueden garantizar obligatoriamente ni siquiera en el caso de que se proporcione una renuncia de la empresa local. En cualquier caso, los Demandantes sostienen que, en la medida en que la doble indemnización o doble pago sea motivo de

¹⁰¹ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 108:6-16.

¹⁰² Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 78 (citando la Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 107).

preocupación, los tribunales tienen otros medios a su disposición para protegerse de esos riesgos. Además, numerosos tribunales han confirmado que dichas preocupaciones son irrelevantes para la jurisdicción de un tribunal. En cuanto a la multiplicidad de reclamos y la posibilidad de decisiones contradictorias, como explica el Profesor Schreuer, “[c]ualquier dificultad que surja de una multiplicidad de demandantes puede ser resuelta por medio de varios recursos, pero no requiere que el inversionista sea privado de su legitimación.”¹⁰³

E. *Anexo 10-E del DR-CAFTA*

110. Los Demandantes impugnan la aplicabilidad del anexo 10-E del DR-CAFTA a este caso. Se refieren, en particular, al significado común del anexo 10-E y del artículo 10.18.2(b), y al objeto y propósito del DR-CAFTA.
111. Los Demandantes explican que el DR-CAFTA no contiene una disposición de “bifurcación de caminos”, sino más bien una disposición de “no volver atrás” (“*no-u-turn*”), que permite a los Demandantes buscar primero recursos en los tribunales locales antes de iniciar el arbitraje.¹⁰⁴ El Anexo 10-E establece una excepción limitada a la regla de “*no-u-turn*” para los inversionistas de los Estados Unidos, pero tal excepción es inaplicable aquí.
112. Según los Demandantes, el lenguaje literal del anexo 10-E deja claro que se aplica a los procedimientos locales en los que se alega una “*violación de una obligación establecida en la Sección A*” del Capítulo 10 del DR-CAFTA. No se aplica a las acciones locales que sólo alegan la infracción de las leyes locales. Por otra parte, si la Demandada alega lo contrario, la disposición sería incompatible con la disposición de renuncia del artículo 10.18.2(b), que presupone que un demandante o una empresa, según sea el caso, puede haber iniciado procedimientos judiciales locales impugnando la misma medida en cuestión en el arbitraje. Si hacerlo así constituyera una elección preclusiva de los recursos locales sobre un posible

¹⁰³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 71 (citando a Christoph Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*, en Pierre-Marie Dupuy et al. eds, *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat* 612 (2006), CL-0076-ENG.).

¹⁰⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 74

recurso del DR-CAFTA, entonces no tendría sentido exigir una renuncia al derecho de continuar los procedimientos judiciales como condición para iniciar un caso del DR-CAFTA.

113. Los Demandantes afirman que el propósito y el objeto del anexo 10-E era, por el contrario, abordar la circunstancia particular, en algunos países de derecho civil, de que se pudieran presentar reclamaciones ante los tribunales nacionales por una violación del propio Tratado. Esto fue aclarado por el tribunal en el caso *Corona*, un caso que la Demandada ha decidido ignorar.¹⁰⁵ La Demandada tampoco se refiere a *Nissan*, donde el tribunal interpretó una disposición similar y rechazó la objeción de la demandada en dicho caso, porque el demandante no había presentado ninguna reclamación por incumplimiento del tratado ante los tribunales locales.¹⁰⁶
114. Aquí, los Demandantes enfatizan que no han presentado ninguna reclamación, mucho menos las reclamaciones del DR-CAFTA, ante los tribunales guatemaltecos. Tampoco Exmingua (la inversión de los Demandantes) ha presentado ninguna reclamación del DR-CAFTA ante los tribunales locales. Los procedimientos judiciales de Exmingua en Guatemala han alegado exclusivamente violaciones de la ley guatemalteca.
115. Por último, los Demandantes sostienen que la invocación de la Demandada a *H&H Enterprises* y *Pantechniki* no apoya su posición de que el Tribunal debe aplicar una prueba de “base fundamental” para determinar si las reclamaciones en virtud del DR-CAFTA están excluidas por las reclamaciones anteriores de los tribunales locales.¹⁰⁷ En estos casos se trató de las típicas cláusulas de bifurcación que impiden el arbitraje de las reclamaciones cuando un demandante ya ha presentado la “controversia” ante los tribunales; ninguno de

¹⁰⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 79 (citando *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI N° ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (en adelante “*Corona*”) ¶ 269, RL-0002-SPA); véase también Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 87.

¹⁰⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 87 y Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes n. 156 (citando *Nissan Motor Co. Ltd. c. República de India*, Caso ACC N° 2017-37, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2019 (en adelante “*Nissan*”) ¶ 214, CL-0078-ENG).

¹⁰⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 88.

los dos casos incluía una disposición similar al anexo 10-E, que alude en cambio a la presentación previa de reclamaciones por incumplimiento del Tratado. Por la misma razón, sostienen los Demandantes, las decisiones que interpretan las cláusulas de bifurcación ordinarias son generalmente irrelevantes para la interpretación del anexo 10-E.

c. Análisis del Tribunal

A. Observaciones Preliminares

116. Si bien la Demandada ha presentado tres “causal[es]” distintas relacionadas con la interpretación del artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA,¹⁰⁸ estos motivos presentan en esencia una única cuestión conexas: si el Tratado permite a los Demandantes proceder con arreglo a dicho artículo y no al artículo 10.16.1(b). El Tribunal explica aquí brevemente por qué, en su opinión, los tres motivos se funden efectivamente en esta única investigación central.
117. En primer lugar, el motivo inicial del reclamo de la Demandada es que, de acuerdo con el artículo 10.20.4 del DR-CAFTA, “la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante”. El primer paso en cualquier análisis de ese tipo es determinar qué reclamación *se ha efectivamente presentado*, ya que es un factor determinante para evaluar si el Tratado permitiría un laudo basado en una reclamación de ese tipo. El Tribunal acepta que, en el marco de las objeciones preliminares del DR-CAFTA, una objeción de conformidad con el Artículo 20.4 debe resolverse sobre la base de las alegaciones que los Demandantes hicieron en el escrito por el cual la reclamación fue “presentada”, que en este caso fue la Notificación de Arbitraje de los Demandantes.¹⁰⁹ Esta proposición no significa, sin embargo, que en caso

¹⁰⁸ Véase cuadro de la Demandada expuesto en ¶ 55 supra, argumentando que (a) como cuestión de derecho, no puede dictarse ningún laudo a favor de los Demandantes, (b) las reclamaciones son inadmisibles porque los Demandantes no tienen capacidad para proceder, y (c) el Tribunal no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones a falta de una renuncia por parte de Exmingua.

¹⁰⁹ El artículo 10.20.4(a) prevé también la posibilidad de que se formulen objeciones preliminares más adelante en un procedimiento, después de que el demandante presente una modificación de su notificación previa de arbitraje o incluso después de que el demandante presente su memorial. En esos casos, la determinación de qué reclamación ha sido “presentada” implicaría necesariamente la interpretación de estos escritos posteriores.

de que haya alguna ambigüedad en ese documento en cuanto a qué reparación solicitan los Demandantes, el Tribunal deba rechazar de plano cualquier aclaración que los Demandantes ofrezcan posteriormente a ese respecto. No tendría sentido decidir una propuesta sobre el conocimiento jurídico de una “reclamación presentada” mientras se ignoran las aclaraciones de los Demandantes sobre lo que es realmente dicha reclamación.

118. La Demandada alega que, según la Notificación de Arbitraje, parecía que los Demandantes trataban de recuperar por cuenta propia las pérdidas supuestamente sufridas por Exmingua, en lugar de las pérdidas que ellos mismos habían sufrido, ya sea directa o indirectamente.¹¹⁰ Los Demandantes sostienen lo contrario, afirmando que siempre tuvieron la intención de presentar una reclamación por sus propias pérdidas y no por las de Exmingua, pero hicieron hincapié en el daño causado a Exmingua en su escrito, porque es un paso relevante en la cadena de causalidad para medir sus propias pérdidas.¹¹¹ Habiendo examinado detenidamente la Notificación de Arbitraje, el Tribunal observa que hay suficientes referencias en dicho documento para perjudicar la inversión de los Demandantes en Exmingua, y no simplemente para perjudicar a la propia Exmingua, para apoyar la aclaración que los Demandantes proporcionaron posteriormente.¹¹² Lo mismo se aplica a la Notificación de Intención previa de los Demandantes.¹¹³ Por consiguiente, el Tribunal no considera que los argumentos de los Demandantes en respuesta a las Objeciones Preliminares sean una modificación general de una demanda anterior completamente diferente, como sugiere la Demandada. Además, en la medida en que hubo alguna ambigüedad en el encuadre anterior, los Demandantes ahora aceptan expresamente que las pérdidas de Exmingua no pueden ser simplemente equiparadas a sus propias

¹¹⁰ Véase, Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 5, 11(a), 47.

¹¹¹ Véase, Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 56-57; Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 63.

¹¹² Véase, Notificación de Arbitraje ¶¶ 21, 51, 64 (alegando que “los Demandantes han incurrido en pérdidas y daños significativos a causa de estas infracciones”, que las acciones de Guatemala “impidieron que los Demandantes obtuvieran beneficios de sus inversiones” y que “los Demandantes han incurrido en pérdidas significativas como consecuencia de estas infracciones”). [Traducción del Tribunal]

¹¹³ Véase, Notificación de Intención en 2, 3 (alegando que “los Inversionistas se han visto privados del uso y disfrute de su inversión en Exmingua, misma que ha sido objeto de una serie de actos y omisiones por parte del Estado...”, y que “[e]l Sr. Kappes y KCA han incurrido en pérdidas significativas como consecuencia de esos incumplimientos”).

pérdidas. Reconocen que la prueba de sus pérdidas requeriría demostraciones adicionales de la causalidad, así como una cuantificación potencialmente más compleja, incluida la contabilización de cualquier reclamación de los acreedores de Exmingua.¹¹⁴

119. Habida cuenta de esta conclusión sobre la naturaleza de la “reclamación presentada”, el primer motivo de desestimación de la Demandada no puede resolverse simplemente sobre la base de la conclusión de que los Demandantes solicitan una reparación incorrecta (es decir, las pérdidas de una entidad diferente). Más bien, presenta la cuestión central de si el DR-CAFTA permite a los Demandantes proceder con arreglo al artículo 10.16.1(a) para recuperar sus propias pérdidas, si dichas pérdidas se produjeron sólo *indirectamente* (por la disminución o destrucción del valor de sus acciones de Exmingua, debido a la acción del Estado dirigida a Exmingua), y no directamente (debido a la acción del Estado dirigida a la participación de los propios Demandantes). La principal objeción de la Demandada es que, como cuestión de derecho, el artículo 10.16.1(a) sólo está disponible para estos últimos, es decir, para las reclamaciones por “daños directos.”¹¹⁵ En otras palabras, la Demandada sostiene que cualquier reclamación por daños y perjuicios *derivados de* las pérdidas de una empresa local debe hacerse a través de un mecanismo diferente del DR-CAFTA, es decir, por los accionistas mayoritarios que presentan una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b) en nombre de la propia empresa local.

120. Enmarcada así, la cuestión es esencialmente la misma que se plantea en el segundo motivo de desestimación de la Demandada, a saber, que los Demandantes “no tienen legitimación para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua”,¹¹⁶ o incluso para tratar de recuperar sus propias pérdidas si éstas se derivan causalmente de las pérdidas de

¹¹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 49 (“las acciones de un inversionista en una empresa solo tienen valor en la medida en que la empresa tenga un valor positivo después de haber pagado a sus acreedores, ... [p]or lo tanto, al calcular el daño ocasionado a un accionista como resultado de su pérdida refleja, no se calcula simplemente la pérdida causada a la empresa en el flujo de efectivo y se aplica la participación patrimonial del demandante a ese monto. Más bien, recién después de que se haya cancelado la deuda de la empresa quedará algún valor para asignar a los accionistas.”); Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 57.

¹¹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 5 (“artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA sólo permite a los Demandantes recuperar los daños directos”).

¹¹⁶ Véase cuadro de la Demandada en ¶ 55 supra.

Exmingua. Aunque la Demandada enmarca esta cuestión como una cuestión de admisibilidad,¹¹⁷ el Tribunal la considera fundamentalmente como una cuestión de jurisdicción. O bien el DR-CAFTA da su consentimiento en virtud del artículo 10.16.1(a) para una reclamación de los accionistas basada en un daño indirecto o “reflejo”, medido por la disminución del valor de las acciones del accionista en una empresa local, o no lo hace. Si el Tratado no prevé tal consentimiento, no es necesario llegar a argumentos secundarios sobre la admisibilidad: los Demandantes habrían optado por seguir un camino que no se les había ofrecido. No puede haber consentimiento mutuo en estas circunstancias, y por lo tanto no se plantean cuestiones de admisibilidad. Por consiguiente, si el Tratado prevé el consentimiento para dichas reclamaciones, el Tribunal no ha sido alertado de ninguna razón especial por la que deba renunciar a ejercer la jurisdicción que se le ha concedido.

121. El tercer motivo relacionado de desestimación de la Demandada es que el Tribunal no tiene jurisdicción para determinar las reclamaciones por “pérdidas de Exmingua”, porque los Demandantes no presentaron una renuncia por parte de Exmingua de conformidad con el artículo 10.18.2 del DR-CAFTA.¹¹⁸ En opinión del Tribunal, reformular la cuestión de si se presentaron las renunciaciones adecuadas no hace avanzar el debate más allá de la cuestión jurisdiccional básica presentada. Esto se debe a que, a primera vista, el artículo 10.18.2 no requiere una renuncia de la empresa para las reclamaciones presentadas a arbitraje de conformidad con el artículo 10.16.1(a), sino sólo para aquellas presentadas por cuenta de una empresa bajo el artículo 10.16.1(b),¹¹⁹ es decir, la vía alternativa que los Demandantes admiten no haber seguido.¹²⁰ En consecuencia, la cuestión de las renunciaciones pasará a ser

¹¹⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 6, 83.

¹¹⁸ Véase cuadro de la Demandada en ¶ 55 supra; véase también Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 7, 11(a), 82.

¹¹⁹ Véase artículo 10.18.2 del DR-CAFTA (“Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que... (b) la notificación de arbitraje se acompañe, (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a) (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b)”) (CL-0001-SPA).

¹²⁰ A este respecto, el DR-CAFTA es distinto del TLCAN, que exige que las renunciaciones de las empresas acompañen a las reclamaciones presentadas *ya sea* en virtud de su artículo 1116 (para las pérdidas propias del reclamante, cuando

discutible una vez que se determine la cuestión jurisdiccional básica que el Tribunal ha identificado. Dicho categóricamente: si existe jurisdicción para que los Demandantes procedan como lo han hecho en virtud del Artículo 10.16.1(a), entonces han presentado suficientes renunciaciones para hacerlo - y si no existe jurisdicción para proceder en virtud del Artículo 10.16.1(a), entonces no importaría qué renunciaciones presentaron, ya que una renunciación adicional no resolvería el problema fundamental de la falta de consentimiento.

122. Por estas razones, el Tribunal considera que cada uno de los tres motivos de desestimación de la Demandada relacionados con el artículo 10.16.1(a) se reduce a una sola cuestión fundamental: ¿Otorga el DR-CAFTA jurisdicción a un inversionista para que proceda, de conformidad con dicho artículo, con una reclamación en la que se pide indemnización por pérdidas que no son resultado directo de la conducta del Estado impugnada, sino que son pérdidas “reflejo”,¹²¹ que pasan indirectamente al inversionista como consecuencia de la conducta del Estado hacia una empresa en la que tiene acciones? El Tribunal aborda esta cuestión a continuación.

B. *Interpretación del artículo 10.16.1*

123. Las Partes acuerdan en general que el DR-CAFTA debe interpretarse mediante un análisis tradicional de la CVDT, en particular de acuerdo con los principios establecidos en los artículos 31 y 32 de la misma. Al llevar a cabo este análisis de la cuestión central presentada, el Tribunal tiene en cuenta varias proposiciones. En primer lugar, de conformidad con el artículo 31 de la CVDT, las disposiciones del DR-CAFTA deben interpretarse y aplicarse de conformidad con el “sentido corriente” de sus términos, en el “contexto” en el que se producen y a la luz del “objeto y fin del Tratado.”¹²² Si bien debe

dichas pérdidas supongan un daño a su participación en una empresa local) o de su artículo 1117 (para las reclamaciones por cuenta de la empresa por las pérdidas de la misma). Véanse los artículos 1121.1(b) y 1121.2(b) del TLCAN) (CL-0034-SPA).

¹²¹ A los efectos de esta decisión, el Tribunal adopta la definición de “daño reflejo” proporcionada por el profesor Douglas, a saber “El daño reflejo puede definirse como ‘la disminución del valor de las acciones [...] la pérdida de dividendos [...] y todos los demás pagos que el accionista pueda haber obtenido de la empresa si no hubiera sido privado de sus fondos.’” Z. Douglas, *THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS* (2009), p. 402. [Traducción del Tribunal]

¹²² CVDT, artículo 31(1).

considerarse que el uso de términos inequívocos por parte de las Partes Contratantes refleja su intención clara, también deben tenerse en cuenta el contexto y el propósito. El “contexto” pertinente para interpretar un pasaje determinado de un tratado incluye las palabras y frases que se encuentran próximas a dicho pasaje, incluidos los términos de definición, así como otras disposiciones del mismo tratado que ayudan a aclarar su objeto y propósito.¹²³ De conformidad con el artículo 31(3) de la CVDT, un tribunal que interprete los términos del DR-CAFTA también deberá tener en cuenta (entre otras cosas) “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones”, así como “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.”¹²⁴

124. De conformidad con el artículo 32 de la CVDT, “Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración,” sólo “para confirmar el sentido” resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación textual deje un significado “ambiguo u oscuro” o conduzca a un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable.”¹²⁵ La CIJ ha explicado que, incluso en tales circunstancias, se requeriría “una razón decisiva” (como la prueba inequívoca de las intenciones de los Estados Partes en dichos materiales complementarios) para “justificar una interpretación distinta de la que se desprende del significado natural de las palabras” de una disposición.¹²⁶

125. Al aplicar estos principios al DR-CAFTA, el Tribunal reconoce que ha surgido un debate sobre el concepto de “daño reflejo” en diversos contextos, incluidos los casos de inversiones en el marco de otros tratados (TBI de Argentina, TLCAN, etc.) y también en el

¹²³ Véase en forma general *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/1, Laudo ¶ 5.2.6 (2 de julio de 2013) (“Los términos de los tratados no están obviamente redactados de forma aislada, y su significado sólo puede determinarse considerando el texto completo del tratado. El contexto incluirá los términos restantes de la frase y del párrafo; la totalidad del artículo en cuestión; y el resto del tratado [...].”). [Traducción del Tribunal]

¹²⁴ CVDT, artículo 31(2).

¹²⁵ CVDT, artículo 32.

¹²⁶ *Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas* (Carta, Artículo 4), Opinión Consultiva: Informes CIJ 1948, p. 57, p. 63.

análisis del artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. Si bien ese debate puede formar parte de los antecedentes históricos en los que negociaron las Partes en el DR-CAFTA, no puede ser el punto de partida de ningún análisis de la CVDT sobre lo que realmente acordaron en el texto final del DR-CAFTA. Por lo tanto, el Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que “debe decidir este caso sobre la base del régimen específico acordado por las Partes del CAFTA-DR- (*lex specialis*), y no basarse en la interpretación por parte de otros tribunales de tratados antiguos con una estructura diferente.”¹²⁷ El Tribunal comienza este análisis a continuación con una evaluación del texto simple del Tratado.

i. Significado común del artículo 10.16.1(a)

126. Los Demandantes han invocado el artículo 10.16.1(a), que establece en la parte pertinente que “[e]n caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una *inversión* mediante consultas y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue (i) que la demandada ha violado (A) una obligación de conformidad con la Sección A, ...; y (ii) que el demandante *ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta...*” (énfasis añadido). Varias frases de esta disposición, en cursiva arriba, son pertinentes para su interpretación.
127. Primero, la frase “controversia relativa a una inversión” debe ser entendida en el contexto del artículo 10.1(1), que establece que el Capítulo Diez sobre Inversión se aplica a “medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a... inversiones cubiertas.” La noción de una “inversión cubierta” a su vez se remonta a la definición de inversión del artículo 10.28, que establece que una inversión puede adoptar la forma, entre otras cosas, de una “empresa” o “acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa”. No parece haber ninguna controversia en este caso en cuanto a que los Demandantes son titulares de una inversión cubierta, en virtud de su propiedad colectiva (directa e indirecta) de las acciones de una empresa local (Exmingua). Sin embargo, contrario a la sugerencia de los Demandantes, esto no ayuda de manera significativa al

¹²⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 32.

análisis jurisdiccional¹²⁸, porque el hecho de que las acciones estén protegidas no implica necesariamente que los accionistas puedan reclamar daños por la pérdida del *valor* de las acciones, en contraposición a la privación de la *propiedad* de las acciones o la interferencia con los *derechos* de los accionistas. Para esa proposición, hay que examinar las palabras adicionales del artículo 10.16.1(a), que autorizan al “demandante, por cuenta propia” a presentar una reclamación en el sentido de que “el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud [de dicha violación] o como resultado de” una presunta violación de una obligación del Tratado.

128. La frase “por cuenta propia” se refiere claramente a la entidad cuyos intereses se persiguen. Actuar por cuenta de alguien significa actuar en su beneficio o representar sus intereses. Cuando un demandante procede bajo el artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA, no pretende actuar en beneficio o interés de nadie más que en el suyo propio - un punto al que el Tribunal vuelve al evaluar el lenguaje contrastado del artículo 10.16.1(b). El texto claro del artículo 10.16.1(a) permite a un demandante proceder en su beneficio exclusivo para cualquier reclamación que haya “sufrido pérdidas o daños” (es decir, un supuesto resultado), “en virtud o como resultado” de una acción del Estado impugnada (es decir, un supuesto vínculo causal).
129. Con respecto a la frase crítica “*sufrido pérdidas o daños*”, es importante señalar tanto lo que dice como lo que no dice. En primer lugar, en cuanto a lo que dice, el requisito es que el propio demandante debe haber “sufrido” de un daño; no bastaría con que el demandante demostrara únicamente que una empresa local en la que tiene participación ha incurrido en un daño. La carga de la prueba recae sobre el demandante para alegar (y eventualmente probar) su propio perjuicio. En segundo lugar, incumbe al demandante la carga de probar la causalidad, es decir, que su propio perjuicio fue sufrido “en virtud o como resultado” del comportamiento del Estado impugnado. Cuanto más tenue sea la conexión entre el

¹²⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 14 (sosteniendo que “la inclusión de ‘acciones’ en la definición de ‘inversión’ sustenta la conclusión de que el Tratado permite las reclamaciones por pérdidas reflejas”).

comportamiento impugnado y el presunto perjuicio sufrido por el demandante, más pesada será esta carga.

130. Pero, en particular, nada en el texto literal del artículo 10.16.1(a) prohíbe a un demandante intentar hacer dichas demostraciones de perjuicio y causalidad sobre la base de un análisis en varias etapas, como el que sería necesario para cualquier demandante que alegue que sufrió un perjuicio a través de una *cadena de acontecimientos* que comienza con la conducta del Estado hacia una empresa en la que tiene acciones. No hay ninguna calificación en la disposición que limite los mecanismos a través de los cuales se debe incurrir en la pérdida. Así pues, aunque la Demandada cita varias fuentes secundarias que opinan que el artículo 10.16.1(a) se limita a perseguir la pérdida o el daño “directo”, las palabras “directo” o “indirecto” no aparecen en ninguna parte de la disposición misma.¹²⁹ La limitación del daño directo tampoco es una implicación necesaria del requisito de causalidad, a saber, que el daño se produzca “en virtud o como resultado” de la conducta impugnada. El requisito de causalidad apunta a un análisis “*but for*”, pero no restringe ese análisis a un solo paso de la postulación de “*but for*”, ni indica que exista un requisito de umbral de causalidad inmediata o próxima, de modo que los daños basados en una causalidad más atenuada quedarían automáticamente fuera del ámbito del consentimiento. Habría sido posible, por supuesto, que las Partes del DR-CAFTA hubiesen incluido una referencia al daño directo o a la causalidad directa en la disposición del Tratado, pero no lo hicieron. Así pues, si el enfoque interpretativo se limitara únicamente al artículo 10.16.1(a), el texto de esta disposición no permitiría llegar a la conclusión de que un inversor no puede ni siquiera intentar establecer, mediante una cadena de causalidad, que

¹²⁹ El tribunal de *Clayton* reconoció la ausencia de dicha redacción en las disposiciones correspondientes del TLCAN, a pesar de que finalmente llegó a la conclusión, por diferentes motivos, de que “en principio” el TLCAN debía interpretarse en el sentido de que no permitía las reclamaciones por pérdidas reflejas en virtud del artículo 1116. *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 389 (CL-0070-ENG). Antes de llegar a esta conclusión, el tribunal de *Clayton* observó que “la cuestión crítica en este caso es el significado de ‘el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños’ derivados de la infracción. Los términos del artículo 1116 no dejan claro si se limitan a la pérdida directa o si pueden incluir la pérdida indirecta, es decir, el daño reflejo.” [Traducción del Tribunal] *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 371 (CL-0070-ENG). El profesor Douglas ha observado igualmente que los artículos 1116 y 1117 del TLCAN “dejaron abierta” la cuestión de si se disponía de medidas de accionista para el daño reflejo, y que “los argumentos a favor y en contra de cada posible interpretación están equilibrados”, al menos como una cuestión puramente textual. Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), ¶ 835 (RL-0068-ENG). [Traducción del Tribunal]

sufrió un perjuicio como consecuencia de la conducta del Estado que repercutió inmediatamente en una entidad de la cadena de producción en la que tiene acciones.

ii. *Contexto del artículo 10.16.1(a)*

131. No obstante, toda interpretación de la CVDT no debe basarse en la interpretación de una disposición de un tratado de forma aislada, sino más bien en esa disposición en el contexto de las disposiciones del tratado que la rodean o que son de otro modo relevantes. El contexto más importante del artículo 10.16.1(a) es el del artículo 10.16.1(b) que sigue inmediatamente a éste y, de hecho, la Demandada reconoce que su argumento clave para limitar el primero a un perjuicio directo se basa en las inferencias extraídas de las dos disposiciones leídas conjuntamente.¹³⁰ El Tribunal está de acuerdo con esta metodología y, por lo tanto, pasa al lado del artículo 10.16.1(b).

132. El artículo 10.16.1(b) tiene una interpretación paralela a la del artículo 10.16.1(a). Comienza con una indicación de cuál es el interés que se persigue, a saber, que un demandante puede proceder a un arbitraje en virtud de dicha Sección “*en representación de una empresa* de la demandada que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto...” (énfasis añadido). Utilizando la misma definición de “en representación de”, esta disposición proporciona un mecanismo por el cual un accionista controlador puede actuar, no por su propio bien, sino más bien en beneficio de una empresa local, representando sus intereses. Si un demandante trata de hacerlo, el fundamento necesario que debe alegar (y eventualmente probar) es que “*la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de*” la supuesta infracción (énfasis añadido). En otras palabras, si un inversor desea presentar una reclamación en virtud del DR-CAFTA en representación de otra entidad, debe probar el perjuicio y la causalidad con respecto a la

¹³⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 57, n.92 (“El principal fundamento legal para el argumento de la Demandada sobre la carencia de legitimación no es el principio tradicional del derecho internacional que dice que ‘una empresa tiene una personalidad jurídica distinta a la de sus accionistas.’ La Demandada basa su argumento en el propio lenguaje del Tratado, en el que, según el Artículo 10.16.1(b), los accionistas pueden presentar reclamaciones cuando la “empresa ha sufrido pérdidas o daños” siempre que se cumpla con ciertos requisitos.”).

entidad representada. El inversor simplemente se pone en el lugar de la entidad para hacer la reclamación.

133. Al mismo tiempo, y precisamente porque el demandante se sitúa en el lugar de la empresa a los efectos de una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b), una reclamación en virtud de dicho artículo aparentemente puede presentarse por la *totalidad* de las “pérdidas o daños” en que haya incurrido la empresa, sin restricciones basadas en la división anterior de las participaciones accionarias. En virtud de esta disposición, un accionista hipotético del 51% podría hacer valer la misma reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b), en representación de la empresa que controla, que si hubiese sido propietario del 100% de las acciones, sin tener en cuenta, al parecer, la identidad (o la condición de tratado protegido o no protegido) de los titulares reales del otro 49% de las acciones. Esto se debe a que está afirmando el perjuicio de la empresa y no el suyo propio.¹³¹ El demandante que presente una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b) tampoco tendría que demostrar cómo y hasta qué punto podría haber sufrido un daño como resultado del perjuicio de la empresa (por ejemplo, mediante el no pago de dividendos previstos o la disminución del valor de mercado de las acciones). Las únicas cuestiones a los efectos de la legitimación del artículo 10.16.1(b), cuando el demandante procede “en representación de” la empresa, son si el demandante es propietario o controla la empresa y si la propia empresa ha sufrido un perjuicio a causa de la supuesta violación por parte del Estado.
134. No cabe duda de que este mecanismo alternativo del artículo 10.16.1(b) *sólo* puede ser invocado por un accionista mayoritario, aunque el control en cuestión pueda ejercerse “directo o indirecto”, según los términos de la disposición. Un accionista minoritario nunca podrá presentar una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(b) y, por lo tanto, en la medida en que tenga alguna vía propia para el arbitraje del DR-CAFTA, cuestión sobre la que el Tribunal vuelve más adelante, esa vía tendría que ser a través del artículo 10.16.1(a). Para el accionista mayoritario, sin embargo, la cuestión es si la vía que se le ofrece en virtud del artículo 10.16.1(b) se convierte en la única forma en que puede presentar una

¹³¹ El Tribunal vuelve más abajo a las implicaciones de este hecho para la regulación del DR-CAFTA de la entidad a la que se debe pagar cualquier indemnización por daños.

reclamación basada en una acción del Estado que perjudique a la empresa local, o si el artículo 10.16.1(b) ofrece una vía adicional opcional, sin desplazar la posibilidad de presentar una reclamación en virtud del artículo 10.16.1(a) únicamente por su propio perjuicio (indirecto) (a saber, un perjuicio a su participación accionaria en la empresa perjudicada).

135. Dicho de otro modo, ¿la inclusión de la vía del artículo 10.16.1(b) para un accionista mayoritario proporciona una respuesta implícita al alcance o las limitaciones de la vía del artículo 10.16.1(a)? ¿Indica una intención clara de que la primera se limite a los casos de perjuicio directo a un inversor, y no a los casos de perjuicio derivado que fluyen hacia él a través de un daño a su inversión en el mercado descendente? Para los Demandantes, la respuesta a esta pregunta básica es no: “si un inversor es propietario o tiene el control de una empresa, tiene la opción adicional de presentar una reclamación de conformidad con el artículo 10.16.1(b), pero no es necesario que lo haga.”¹³² Para la Demandada, la respuesta es afirmativa: “Si el daño lo sufre la compañía, el CAFTA-DR *exige* que la reclamación sea interpuesta por el inversor en representación de la compañía. Además, si el daño del demandante es sólo indirecto, es decir, si sus acciones perdieron valor como resultado de un daño causado a la empresa, ese demandante *tiene* que someter una reclamación en representación de la empresa que ha sufrido el daño bajo el Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR.”¹³³
136. La dificultad estriba en que la mayoría del Tribunal no encuentra ningún fundamento textual ni en el artículo 10.16.1(a) ni en el 10.16.1(b) para la conclusión de la Demandada de que el Tratado “*exige*” el uso de este último cuando esté disponible, de manera que la empresa “*tiene*” que seguir ese camino y se le prohíbe invocar el primero en su lugar. Tampoco existe ninguna indicación textual de tal intención mediante el uso de las palabras denominadas “vinculación” o “relación” que puedan explicar la interacción prevista entre

¹³² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 21; véase también *id.* ¶ 33 (citando *Pope & Talbot, Laudo* ¶ 80, CL-0028-ENG, por su conclusión de que “la existencia del Artículo 1117 no impide presentar una reclamación en virtud del Artículo 1116.”).

¹³³ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 42(b) (énfasis añadido).

las dos disposiciones. Las disposiciones están separadas por una “y”, a saber “(a) el demandante, por cuenta propia, puede...; y (b) el demandante, en representación de una empresa... podrá...”.¹³⁴ La palabra “y” implica habitualmente una suma, no una exclusión mutua o condicionalidad. No se utiliza ningún otro lenguaje de vinculación que pudiera haber implicado una exclusividad, como “si y sólo si”, “excepto cuando” o “puede, a menos que...” Por consiguiente, únicamente desde el punto de vista gramatical, parece que el artículo 10.16.1 ofrece dos opciones, cada una con su propia especificación sobre *quién* debe probar que ha sufrido un daño (el demandante o la empresa), pero sin exigir que si un inversor pueda hacer que este último lo pruebe “en representación de” la empresa, entonces éste es su único camino disponible hacia la jurisdicción. Ese mandato (o restricción) podría haberse expresado en el texto del tratado, pero no se hizo, al menos con la claridad suficiente para que la mayoría del Tribunal pueda identificar.

137. La siguiente cuestión en un análisis de la CVDT es si otras disposiciones del Tratado proporcionan asistencia adicional, lo que podría arrojar más luz sobre el alcance y la interpretación previstos de las dos partes del artículo 10.16.1. Los Demandantes invocan la definición de inversión del DR-CAFTA, que incluye una referencia expresa a las acciones como una forma protegida.¹³⁵ Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, resultaría excesivo decir que la inclusión de las acciones como una inversión protegida responde necesariamente a la pregunta de *qué tipo* de perjuicio a los intereses de una participación accionaria es reconocible en virtud del Tratado. No se discute, por ejemplo, que un demandante pudiese invocar el artículo 10.16.1(a) por un perjuicio directo a sus derechos de accionista, como la interferencia en distribución de dividendos o derechos de voto, o cuando se han expropiado activos de la empresa, lo que dejaría al accionista con la mera titularidad de una entidad despojada.¹³⁶ Los Demandantes alegan una reclamación de

¹³⁴ DR-CAFTA, artículo 10.16.1 (énfasis añadido) (CL-0001-SPA).

¹³⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 14.

¹³⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 42(a) (“El Artículo 10.16.1(a) permite al demandante solicitar compensación por daño directo a los accionistas. Este daño directo sería el resultado de violaciones a sus derechos accionariales, que generalmente incluyen ‘el derecho a cualquier dividendo declarado, el derecho a asistir a y votar en las juntas generales, [y] el derecho a beneficiarse de los activos residuales de una empresa en liquidación’”) (citando a *Barcelona Traction*, ¶ 47 (RL-0006)); véase *id.*, ¶ 42(a), n.44 (citando la

expropiación aquí,¹³⁷ así que en teoría dicha reclamación podría sobrevivir incluso en la interpretación de la disposición de la Demandada.¹³⁸ La pregunta más amplia de si el DR-CAFTA permite a los accionistas presentar reclamaciones por pérdidas reflejas por perjuicios derivados, en circunstancias que no sean expropiación total, no se responde simplemente con referencia a la definición de inversión.

138. La Demandada invoca otras tres disposiciones del DR-CAFTA como contexto adicional, a saber, el artículo 10.18.2 (sobre las renunciaciones), el artículo 10.26 (sobre el pago de laudos) y el anexo 10-E (sobre las consecuencias de los procedimientos locales previos).¹³⁹ Sin embargo, en opinión de la mayoría, ninguna de estas disposiciones requiere una lectura diferente del texto del artículo 10.16.1 que la que aparece en su portada.
139. Con respecto a los artículos 10.18.2 y 10.26, es evidente que el DR-CAFTA establece diferentes condiciones previas y consecuencias de una reclamación, dependiendo de si un demandante invoca el artículo 10.16.1(a) (para reclamar “*por cuenta propia*” por el daño que afirma haber sufrido) o el artículo 10.16.1(b) (para reclamar “*en representación de*” una empresa por el daño que afirma haber sufrido). En cualquiera de los casos, el demandante debe presentar una renuncia al procedimiento local por parte de la entidad en cuyo “nombre” se presenta la reclamación¹⁴⁰ – y en cualquiera de los casos, los daños y perjuicios concedidos deben pagarse a esa misma entidad, es decir, a la entidad en cuyo “nombre” se presenta la reclamación.¹⁴¹ Pero estas distinciones se derivan lógicamente de la noción de presentar una reclamación “en nombre de” (es decir, “en lugar de”, “en

presentación del gobierno de los EEUU en *Clayton*, RL-0008, por la proposición de que los accionistas podrían utilizar el artículo 1116 del TLCAN para alegar una “pérdida o daño directo... cuando el Estado parte expropia ilegalmente el interés propietario de los accionistas- ya sea directamente mediante la expropiación de acciones, o indirectamente mediante la expropiación completa de una empresa”).

¹³⁷ Véase Notificación de Intención, p. 4; Notificación de Arbitraje, ¶¶ 75-77.

¹³⁸ Véase Opinión Disidente Parcial, ¶ 28.

¹³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 38, 56.

¹⁴⁰ DR-CAFTA, artículo 10.18.2 (CL-0001-SPA).

¹⁴¹ DR-CAFTA, artículo 10.26.2 (CL-0001-SPA).

representación de” o “en beneficio de”) una entidad determinada.¹⁴² No confirman por sí mismas el *alcance* que se pretende dar a una vía determinada.

140. El Tribunal reconoce el argumento de la Demandada de que permitir que un demandante presente una reclamación por pérdidas reflejas bajo el artículo 10.16.1(a), sin exigirle presentar una renuncia de empresa como tendría que hacer si procediera en su lugar bajo el artículo 10.16.1(b), podría dar lugar a complicaciones. Por ejemplo, la empresa podría buscar soluciones locales para sus pérdidas directas, mientras que sus accionistas en la fase inicial podrían presentar reclamaciones por incumplimiento del tratado relacionadas con las mismas medidas impugnadas.¹⁴³ Esto crea cierto riesgo de dictámenes inconsistentes sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho local, y cierta posibilidad de duplicar las ganancias que podrían resultar de una doble indemnización. El Tribunal reconoce estas preocupaciones de política, pero como se examina más adelante, su función no es determinar la mejor manera de abordar las preocupaciones de política, sino sólo determinar lo que los propios Estados Partes Contratantes han proporcionado.
141. Con respecto a las renunciaciones, por ejemplo, las Partes en el DR-CAFTA podrían haber exigido fácilmente una doble renuncia para cualquier reclamación en virtud del artículo 10.16.1(a) que implicara a una empresa local; eso es precisamente lo que hicieron las Partes del TLCAN para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 1116 del TLCAN, que es bastante similar, a pesar de la distinción estructural similar del TLCAN entre el artículo 1116 (reclamaciones presentadas “por cuenta propia” del demandante) y el

¹⁴² En particular, si se presenta una reclamación “en representación” de una entidad local -lo que significa que el demandante representa sus intereses y no los del propio demandante- es lógico que cualquier indemnización por pérdidas de la empresa debe corresponder a la propia empresa. Un accionista anterior no podía eludir a la empresa local, a la que pretende representar, para aprovechar los beneficios de dicha representación únicamente para sí mismo. Sin embargo, como corolario, si el demandante presenta una reclamación sólo “por cuenta propia”, entonces cualquier indemnización sólo podría ser en la medida de sus propias pérdidas probadas, que pueden ser más difíciles de probar y de menor cuantía que las pérdidas directas de la propia empresa.

¹⁴³ El Tribunal no aborda en esta decisión la cuestión separada de si, y en qué circunstancias, un inversionista anterior podría invocar el Artículo 10.16.1(a) para reclamar por su propio perjuicio sobre la base del incumplimiento por el Estado de un acuerdo de inversión con la empresa local. La Opinión Disidente Parcial sugiere que la mayoría permitiría tales reclamaciones (véase Opinión Disidente Parcial, ¶ 12), pero para ser claros, la decisión de la mayoría no pretende llegar a esta cuestión, porque la cuestión de la posición de los accionistas con respecto a los incumplimientos de los contratos de las empresas locales ni siquiera fue discutida por las partes en este caso.

artículo 1117 (reclamaciones presentadas “en representación de una empresa”).¹⁴⁴ Por contraste, las Partes en el DR-CAFTA optaron por *no* exigir una doble renuncia bajo el Artículo 10.16.1(a). No hay ninguna indicación en el texto del Tratado de que lo hicieran para adoptar un enfoque diferente de las reclamaciones por pérdidas reflejas; por el contrario, cada una de las Partes en el TLCAN se ha opuesto a que las reclamaciones por pérdidas reflejas se hagan valer en virtud del artículo 1116, a pesar del requisito del TLCAN de que las empresas renuncien a las reclamaciones en virtud de dicho artículo. Por lo tanto, es difícil que el Tribunal concluya, simplemente por la omisión del DR-CAFTA del requisito de doble renuncia del TLCAN para las reclamaciones presentadas por “cuenta propia” de un demandante, que se hizo para aclarar un impedimento previsto para presentar reclamaciones por pérdidas reflejas. Hay otras formas mucho más directas en las que los Estados Partes podrían haber proporcionado tal aclaración dentro del texto expreso del Tratado.

142. Por último, el anexo 10-E del DR-CAFTA no proporciona un contexto útil para resolver el alcance que se pretende dar al artículo 10.16.1(a). La Demandada sostiene que permitir que los Demandantes presenten reclamaciones de pérdidas reflejas bajo dicho artículo evitaría la prohibición del anexo 10-E de que un demandante estadounidense presentara reclamaciones al tratado (como “protección y seguridad plenas”), en circunstancias en las que su empresa local ya ha recurrido a los recursos locales correspondientes (por ejemplo, protestando por las fallas de política local).¹⁴⁵ Este argumento fracasa por dos razones. En primer lugar, el anexo 10-E por sus términos simples se adjunta sólo cuando la acción del tribunal local ya ha “alegado *esa violación de una obligación establecida en la Sección A*”, es decir, la misma supuesta violación del Tratado que el inversor de EEUU busca afirmar

¹⁴⁴ TLCAN, artículo 1121.1 (“Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si: ... (b) *el inversionista* y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la *empresa* renuncia a su derecho...”). CL-0034-SPA (énfasis añadido).

¹⁴⁵ Véase Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 78 (sosteniendo que “Si los Demandantes hubieran iniciado este Arbitraje en representación de Exmingua en virtud del Artículo 10.16.1(b) de CAFTA-DR, se les impediría volver a presentar la reclamación de protección y seguridad plenas en este Arbitraje en virtud del Anexo 10-E del CAFTA-DR”).

bajo el DR-CAFTA.¹⁴⁶ Esta circunstancia podría darse en algunos países del DR-CAFTA, donde los tratados internacionales tienen efecto directo y pueden dar lugar a derechos privados de acción en virtud de la legislación local.¹⁴⁷

143. En segundo lugar, y fundamentalmente para los presentes fines, el anexo 10-E no hace ninguna distinción entre las reclamaciones de tratados presentadas bajo el Artículo 10.16.1(a) y las presentadas bajo el Artículo 10.16.1(b): en cualquiera de los casos, el impedimento para presentar una reclamación en virtud de un tratado (tal como es) se aplica en los mismos términos exactos.¹⁴⁸ Por consiguiente, no es posible, lógicamente, leer el anexo 10-E como un contexto adicional para dilucidar qué distinciones pueden haberse previsto entre las reclamaciones presentadas por una u otra vía. Nada en el anexo 10-E ayuda a ilustrar el esquema previsto en el artículo 10.16.1, ni explica o limita en particular el alcance de las reclamaciones que un demandante podría presentar en virtud del artículo 10.16.1(a), “por cuenta propia”, por las “pérdidas o daños” que haya “sufrido... en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.”
144. En resumen, la mayoría del Tribunal no puede encontrar nada en el texto mismo del Tratado, incluido el contexto de diversas disposiciones relacionadas con el artículo 10.16.1, que impondría una limitación de las pérdidas “directas”, o una exclusión de las pérdidas

¹⁴⁶ DR-CAFTA, Anexo 10-E (1) (CL-0001-SPA) (énfasis añadido). Véase *Corona*, ¶ 269 (RL-0002-SPA) (señalando que la disposición de “*fork in the road*” del DR-CAFTA, el artículo 10.18.4, y el anexo-E asociado para los inversores de EEUU, “se aplica solamente a reclamaciones de una presunta violación en virtud de la Sección A del Capítulo 10” presentada en procedimientos locales). Por consiguiente, al igual que en el caso *Nissan*, no hay necesidad de que este Tribunal adopte ninguna posición en el debate doctrinario sobre las cláusulas de “bifurcación”, en cuanto a si un criterio de “triple identidad” o un criterio de “base fundamental” podría ser más apropiado en ausencia de términos expresamente definidos en el tratado. El uso de términos definidos específicos (en el DR-CAFTA, el requisito de un supuesto “violación en virtud de la Sección A”) “no deja ninguna ambigüedad literal para que el Tribunal resuelva de esta manera.” *Nissan*, ¶ 215 (CL-0078-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁴⁷ Véase *Corona*, ¶ 269 (RL-0002-SPA); cf. *Nissan*, ¶ 216 (CL-0078-ENG) (observando que en el caso de otros “sistemas nacionales [que] no ofrecen una vía judicial o administrativa para perseguir las presuntas violaciones de tratados, una disposición de un tratado que prohíba el arbitraje internacional sólo cuando las actuaciones en dichos Estados hayan alegado una violación del tratado tendría poco efecto práctico”). [Traducción del Tribunal]

¹⁴⁸ DR-CAFTA, Anexo 10-E.1 (CL-0001-SPA) (“Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje... una reclamación ... que [otra Parte del Tratado] ha violado una obligación establecida en la Sección A sea: (a) por cuenta propia, de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), o (b) en representación de una empresa ... de conformidad con el Artículo 10.16.1(b), si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo...”) (énfasis añadido).

reflejas, al texto explícito del artículo 10.16.1(a) sobre un demandante persiguiendo sus propias pérdidas por cuenta propia.

iii. *Effet utile*

145. No obstante, el Tribunal toma en serio los argumentos de la Demandada sobre el *effet utile*, a saber, que cualquiera que sea la interpretación textual estricta de los artículos 10.16.1 (a) y (b), la intención de los Estados Partes Contratantes no podría haber sido hacer el primer camino tan amplio como para hacer que el segundo camino no tenga sentido. La Demandada alega que si un accionista mayoritario pudiese presentar reclamaciones derivadas de conformidad con el artículo 10.16.1(a), sin tener que presentar una renuncia de la empresa y sin tener que canalizar ninguna indemnización financiera a través de la propia empresa, no hay razón para que invoque el artículo 10.16.1(b), que impone ambos requisitos.¹⁴⁹ El Tribunal observa que en el contexto del TLCAN, el tribunal de *Clayton* estaba preocupado por un argumento similar, observando que permitir reclamaciones de pérdidas reflejas de conformidad con el artículo 1116 del TLCAN “plantearía cuestiones sobre la relación entre” dicho artículo y el artículo 1117 del TLCAN, “quizás inutilizando el artículo 1117.”¹⁵⁰ El tribunal de *Clayton* no analizó más esta posibilidad.
146. Con el debido respeto al tribunal de *Clayton*, el “quizás” en su razonamiento no es suficiente para persuadir a este Tribunal de que el artículo 10.16.1(b) quedaría invalidado por completo, si el requisito del artículo 10.16.1(a) de que un demandante haya “sufrido pérdidas o daños” se interpreta en el sentido de que significa exactamente lo que dice, sin inferir una limitación no textual de sólo pérdida “directa”. En primer lugar, como también

¹⁴⁹ La Opinión Disidente Parcial critica a la mayoría por abordar el argumento del *effet utile* “desde la perspectiva de los presuntos demandantes”, para determinar si un demandante racional alguna vez aplicaría el artículo 10.16.1(b) si se interpretara que el artículo 10.16.1(a) está disponible en la alternativa. Opinión Disidente Parcial ¶ 13. La mayoría observa que esta fue en gran medida la forma en que se enmarcó el argumento en este caso. Véase, por ejemplo, la Respuesta sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 71 (“Es difícil imaginar por qué un accionista elegiría presentar una reclamación en nombre de su empresa si tuviera la opción de eludir a la empresa por completo.”) (citando a Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), ¶ 848 (RL-0068-ENG)); Transcripción de la Audiencia del 16 de diciembre de 2019, p. 100 (Prof. Douglas: “¿[C]uándo es que un accionista mayoritario podría presentar una reclamación en virtud del inciso (b)? Nadie si tuviera la otra opción plantearía el (b).”).

¹⁵⁰ *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 372 (CL-0070-ENG) (énfasis añadido). [Traducción del Tribunal]

observaron los demandantes en *Clayton*, cuando la empresa local seguía siendo considerada una empresa en funcionamiento – es decir, no había sido objeto de expropiación sino de un daño menor - entonces el accionista mayoritario podría considerar el camino alternativo, de presentar una reclamación “en representación de” la empresa y permitir una indemnización directamente a la empresa, como “una opción más adecuada” para restablecer la salud de la operación debilitada.¹⁵¹ Ciertamente, éste sería el caso si se solicitara la restitución, ya que ese recurso sólo está abierto a la empresa en virtud del artículo 10.16.1(b), y no a sus accionistas en virtud del artículo 10.16.1(a).¹⁵² Pero incluso si se piden daños y perjuicios monetarios (como suele ocurrir en estos casos), no hay razón para suponer que un accionista mayoritario que prefiera seguir operando la empresa local, la eludiría a fin de obtener una indemnización por su propia cuenta.

147. Esto es particularmente cierto cuando el accionista controlador no posee todas las acciones de la empresa. Al seguir el camino del artículo 10.16.1(b), el accionista controlador podría proporcionar a la empresa en funcionamiento una vía potencial para una indemnización por daños mucho mayor y, por lo tanto, una mayor recuperación de salud, precisamente porque la reclamación podría presentarse por el perjuicio total de la empresa, independientemente de su estructura accionaria anterior. Así, para la empresa conjunta hipotética del 51% al 49% que se discutió anteriormente, el accionista del 51% podría presentar una demanda “en representación” de la empresa conjunta en virtud del artículo 10.16.1(b), solicitando daños pagaderos a la empresa por el 100% de las pérdidas de la empresa, independientemente de la nacionalidad del accionista minoritario. Por el contrario, el mismo accionista que actúe “por cuenta propia” en virtud del artículo 10.16.1(a) *en el mejor de los casos* sólo podría reclamar el 51% de los daños y perjuicios, y muy probablemente se enfrentaría a fuertes objeciones incluso a una reclamación por esa cantidad, sobre la base de que en un mundo “*but for*”, la empresa como empresa en

¹⁵¹ *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 358 (CL-0070-ENG). Si bien la Opinión Disidente Parcial crítica a la mayoría por suponer que el Tratado pretendía proporcionar “la mayor flexibilidad posible” a los accionistas mayoritarios, véase Opinión Disidente Parcial, ¶ 14, la mayoría no hace tal suposición. Simplemente concluye que la estructura del artículo 10.16.1 del Tratado da a un accionista mayoritario la posibilidad de elegir, ya sea que esa elección sea amplia o no. [Traducción del Tribunal]

¹⁵² DR-CAFTA, artículo 10.26.2(a) (CL-0001-SPA).

funcionamiento no habría distribuido todas sus ganancias a sus accionistas en la fase inicial, sino que habría utilizado porciones sustanciales para otros fines, incluido el pago de deudas potenciales, cobertura de los costos adicionales, y similares.

148. Este último punto introduce otra limitación más de la teoría del *effet utile*, que es que puede haber obstáculos importantes, como cuestión de causalidad y prueba, para demostrar el daño ascendente como consecuencia del daño descendente. Las reclamaciones por pérdidas reflejas pueden ser bastante difíciles de probar en la fase de daños.¹⁵³ El Tribunal puede imaginar varios escenarios en los que un accionista mayoritario podría preferir no tener que lidiar con estos obstáculos adicionales, o arriesgarse a un tribunal escéptico, cuando alternativamente podría presentar una demanda “en representación de” la empresa local y buscar más claramente la indemnización total para la empresa de todas sus pérdidas.
149. El objetivo de este debate no es determinar qué camino resultaría más atractivo en última instancia para los accionistas mayoritarios en situaciones y con objetivos diferentes. Eso podría depender de una serie de variables. La cuestión es más bien que para que la interpretación de un tratado se base en una conclusión eficaz, más allá de la simple interpretación del significado ordinario de los términos del tratado en su contexto, un tribunal debe estar convencido de que la interpretación alternativa dejaría una disposición del tratado *sin ningún significado eficaz*. No basta con decir que la interpretación literal haría que la vía “a” (una reclamación al amparo del artículo 10.16.1(a)) fuese potencialmente más atractiva de lo que podría ser de otro modo con una interpretación diferente; el Tribunal tendría que concluir que la vía “b” (una reclamación al amparo del artículo 10.16.1(b)) no serviría para nada. El tribunal de *Clayton* no presentó argumentos a favor de tal conclusión en el marco del TLCAN (sólo especuló que “tal vez” podría ser

¹⁵³ Para un ejemplo de los obstáculos adicionales, véase *Nykomb*, p. 39 (CL-0073-ENG) (explicando que en un mundo ideal en el que la empresa hubiese recibido ingresos adicionales, “está claro que los pagos más elevados... no habrían llegado completa y directamente al [inversor]”. El dinero habría estado sujeto a impuestos letones, etc., se habría utilizado para cubrir los costos [de la empresa] y los pagos iniciales de [los préstamos de la empresa, etc., y los desembolsos al accionista estarían sujetos a las restricciones del derecho de sociedades letón sobre el pago de dividendos.”). [Traducción del Tribunal]

así), y este Tribunal (por mayoría) no puede llegar a tal conclusión en el marco del DR-CAFTA.

iv. Objeto y Fin

150. Al no haber encontrado, por tanto, una limitación a las reclamaciones del artículo 10.16.1(a) en el texto del Tratado o en virtud del principio de *effet utile*, el siguiente paso en el análisis de la CVDT es determinar si el “objeto y fin” del Tratado dicta, no obstante, dicha limitación.¹⁵⁴ Sobre esa cuestión, el Tribunal está de acuerdo con el tribunal de Clayton (que examinó una cuestión similar en el contexto del TLCAN) en que las apelaciones al objeto y fin del Tratado en su conjunto no son “particularmente útiles” para la interpretación de las disposiciones pertinentes.¹⁵⁵ Es sin duda cierto, como subrayan los Demandantes, que el Preámbulo del DR-CAFTA se refiere a un objetivo de “ASEGURAR un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión,”¹⁵⁶ y que su Artículo 1.2 enumera como “Objetivos”, entre otros, “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes.”¹⁵⁷ Pero dicha observación no puede ser el final de la historia. Cada tratado crea un equilibrio variado y matizado entre la ampliación de protecciones y la limitación o el condicionamiento de dichas protecciones. Sería demasiado fácil limitarse a anunciar la noción general de protección de los inversores como un instrumento general (o un proverbial dedo en la llaga) para resolver todas las cuestiones controvertidas sobre el alcance, los límites o las condiciones de las protecciones.

151. Tampoco puede resolverse la cuestión interpretativa simplemente observando, como hacen los Demandantes, que la lectura del artículo 10.16.1(a) por parte de la Demandada dejaría a los accionistas minoritarios “completamente desprotegidos”, incapaces de presentar ninguna reclamación por la disminución del valor de sus acciones atribuible a un

¹⁵⁴ CVDT, artículo 31(1).

¹⁵⁵ Clayton, *Laudo sobre Daños*, ¶ 375 (CL-0070-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁵⁶ DR-CAFTA, Preámbulo (CL-0001-SPA).

¹⁵⁷ DR-CAFTA, Artículo 1.2.1(d) (CL-0001-SPA).

comportamiento ilícito del Estado.¹⁵⁸ El Tribunal está de acuerdo en que éste sería el *efecto* de interpretar dicho artículo para excluir las reclamaciones por pérdidas reflejas, ya que los accionistas minoritarios -a diferencia de los accionistas mayoritarios- no podrían seguir el camino alternativo del artículo 10.16.1(b) de presentar reclamaciones “en representación de” la empresa local. En consecuencia, en el contexto hipotético de una empresa conjunta descrito anteriormente, el accionista del 49% dependería del accionista del 51% para proteger sus intereses, ya sea iniciando una reclamación en virtud de un tratado de inversión en representación de la empresa (si el accionista del 51% tiene una nacionalidad calificada en virtud de un tratado que prevea tal opción), o bien presentando recursos locales en representación de la empresa.¹⁵⁹ Los Demandantes también tienen razón en que tal interpretación, que dejaría a los accionistas minoritarios con los recursos del tratado sólo sobre los ataques directos a los derechos de los accionistas o en caso de expropiación, constituiría una restricción más significativa que la que otros tribunales han estado dispuestos a leer en otros tratados de inversión.¹⁶⁰ Los Demandantes sostienen que esto no podría haber sido el objeto y fin de las Partes del DR-CAFTA. Al mismo tiempo, la Demandada tiene razón en que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, desarrollado en el contexto de la protección diplomática, los accionistas minoritarios tampoco gozaban tradicionalmente de la protección de la “pérdida refleja”. Por lo tanto, es totalmente posible que los Estados Partes en los primeros tratados de inversión no planearan conscientemente apartarse de estos principios ofreciendo a los accionistas minoritarios vías directas para hacer valer las reclamaciones por daños derivados, en otras palabras, que no previeran la forma en que los tribunales interpretarían en última instancia el texto del tratado elegido.

¹⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 29.

¹⁵⁹ El tribunal de *GAMI*, que se enfrentó a una pregunta en el marco del TLCAN sobre los derechos de un accionista minoritario, señaló que los accionistas mayoritarios que eran “nacionales mexicanos y que no tienen capacidad de decisión en virtud del capítulo 11 del TLCAN” podrían haber tenido “razones propias... para no hacer que [la empresa local] buscara una solución ante los tribunales mexicanos”. “Podrían haber sido simplemente derrotistas. O podrían haber hecho su paz por separado con el Gobierno y abandonado cualquier queja a cambio de beneficios de indemnización.” *GAMI*, ¶¶ 37, 38(B) (CL-0036-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁶⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 6, 37.

152. Al final del día, ninguno de estos argumentos interesantes sobre la historia de la jurisprudencia, o la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados de inversión, ayuda a resolver la cuestión interpretativa básica a la que se enfrenta el Tribunal en este caso. Esa cuestión es lo que las Partes del DR-CAFTA, presumiblemente con pleno conocimiento de todo lo que se había hecho antes en virtud de tratados anteriores, decidieron *realmente hacer* en el DR-CAFTA, en virtud de la adopción del *texto concreto del Tratado* que hicieron. El Tribunal sigue obligado a responder a esa pregunta utilizando las herramientas interpretativas de la CVDT que tiene a su disposición.
153. Ambas partes identifican otras consecuencias negativas derivadas de la interpretación de la otra. En el caso de los Demandantes, la interpretación de la Demandada obligaría a los accionistas mayoritarios a solicitar mayores daños a los Estados mediante la presentación de reclamaciones al amparo del artículo 10.16.1(b) en representación de sus empresas locales, incluidas las cantidades adicionales que podrían atribuirse a las inversiones de los accionistas minoritarios sin derechos de tratado (como los nacionales del Estado anfitrión). Los Demandantes observan correctamente que la Demandada se opuso precisamente a esa hipótesis anteriormente, en el caso de *RDC*.¹⁶¹ La Demandada, por su parte, destaca que permitir a los accionistas hacer valer las reclamaciones por pérdidas reflejas podría eludir a los acreedores cuyas reclamaciones, de otro modo, tendrían que ser satisfechas si se pagaran las indemnizaciones a la propia empresa; la Demandada también señala el riesgo de doble indemnización si la empresa local prevalece en las reclamaciones de derecho local, mientras que los accionistas individuales prevalecen en las reclamaciones en virtud de tratados.¹⁶² Los Demandantes responden que el DR-CAFTA no pretende ser un medio para ayudar a los acreedores a cobrar a las empresas locales; que cualquier reclamación de los acreedores se tendría en cuenta en un análisis de pérdidas reflejas para reducir la

¹⁶¹ Véase, Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 15, 22, 53, 59.

¹⁶² Véase, Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 56, 71.

indemnización de los accionistas; y que los tribunales tienen varios medios para evitar la doble indemnización sin renunciar indebidamente a ejercer su jurisdicción.¹⁶³

154. En definitiva, todos estos puntos son observaciones valiosas desde la perspectiva del diseño del sistema, y no cabe duda de que son los que los Estados pueden (y deben) tener en cuenta al considerar qué vías de resarcimiento desean ofrecer a los inversores y qué condiciones previas a la reparación desean imponer. Pero la ponderación de estas preocupaciones políticas contrapuestas corresponde a los Estados, no a los árbitros. A falta de referencias expresas a estas preocupaciones por parte de los Estados Partes en una forma que la CVDT acepte como prueba para la interpretación del tratado – como las declaraciones contemporáneas en los *travaux préparatoires* oficiales o un acuerdo o práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados - no sería apropiado que los árbitros utilizaran sus propios puntos de vista sobre la política deseable para ayudar a guiarlos (de una manera u otra) a una interpretación ya sea del texto existente, o del objeto y propósito de las Partes del DR-CAFTA al acordar dicho texto.

v. *Trabajos preparatorios; acuerdo y práctica ulterior*

155. Ninguna de las Partes ha presentado extractos de los *travaux préparatoires*, el acta oficial de las negociaciones del DR-CAFTA, para arrojar luz sobre la evolución de los términos o comunicaciones pertinentes entre los Estados Partes en relación con su interpretación e intención respectivas o compartidas. La Demandada invoca la “Declaración de Acción Administrativa” presentada en 1993 al Congreso de Estados Unidos en relación con el proceso de ratificación del TLCAN. Esta declaración se refería al artículo 1116 del TLCAN como “alegaciones de daño directo a un inversor” y al artículo 1117 como “alegaciones de daño indirecto a un inversor causado por un daño a una empresa en el país anfitrión que es propiedad o está controlada por un inversor.”¹⁶⁴ Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, las palabras “directo” e “indirecto” no se incluyeron ni en el texto del TLCAN ni en el posterior texto del DR-CAFTA, a pesar de que entretanto se ha

¹⁶³ Véase., Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 49, 70.

¹⁶⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 65 (citando RL-0070-ENG).

debatido considerablemente la cuestión. Más concretamente, la interpretación de un tratado por un solo Estado, distribuida con fines de aplicación interna y no como documento de negociación compartido con otros Estados Partes, no se califica como “trabajo preparatorio” del tratado en el sentido del artículo 32 de la CVDT (y mucho menos como trabajo preparatorio de un tratado posterior en el que participe un conjunto más amplio de Estados Partes). El Tribunal está de acuerdo con el tribunal de *Sempra* en que “la opinión de un Estado no es fuente de derecho internacional, menos aún cuando ese punto de vista se fundamenta en medios indirectos de interpretación... Lo importante es la intención que [todas] las Partes tuvieron al firmar” un tratado determinado.¹⁶⁵

156. Tampoco se ha demostrado al Tribunal nada que pueda calificarse, en virtud del artículo 31(3) de la CVDT, como un “acuerdo ulterior entre las partes respecto de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”, o “cualquier práctica ulterior en la aplicación del tratado que establezca el acuerdo de las partes respecto de su interpretación.”¹⁶⁶ Para ambos conceptos, el requisito principal es un acuerdo o una práctica de todas las partes en un tratado determinado, no un subconjunto de las partes en el tratado.¹⁶⁷ El Tribunal entiende por qué el tribunal de *Clayton* consideró importante reconocer la “práctica ulterior sistemática de las Partes en el TLCAN en sus presentaciones a los tribunales entre inversores y Estados,”¹⁶⁸ y por qué dicho tribunal consideró que esta “práctica ulterior milita a favor de la adopción de la posición de la demandada sobre esta cuestión, aunque el mero análisis de las prácticas ulteriores no sustituye a la norma

¹⁶⁵ *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, ¶ 385; véase también *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. República de India*, Caso ACC N° 2014-26, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de diciembre de 2015, ¶ 90.

¹⁶⁶ CVDT, artículo 31(2). [Traducción del Tribunal]

¹⁶⁷ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. República Italiana*, Caso CIADI N° ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Terminación Inmediata de Italia y la Objeción Jurisdiccional de Italia basada en la Aplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las Disputas Intracomunitarias, 7 de mayo de 2019, ¶ 220 (“existe una distinción significativa en el derecho internacional entre las interpretaciones acordadas por todas las Partes Contratantes de un tratado multilateral y las ofrecidas unilateralmente por sólo un subconjunto de dichas Partes. Este punto está firmemente establecido por ... la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados de la CDI de 2001, que distingue entre las ‘declaraciones interpretativas’ hechas unilateralmente por uno o más Estados u organizaciones internacionales y las aceptadas por todos los signatarios de un tratado determinado.”) [Traducción del Tribunal]

¹⁶⁸ *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 376 (CL-0070-ENG). [Traducción del Tribunal]

primaria de interpretación del artículo 31(1).”¹⁶⁹ El Tribunal también está de acuerdo con el tribunal *Clayton* en que la disponibilidad de un mecanismo formal del tratado para interpretaciones conjuntas autorizadas, como el mecanismo de la Comisión de Libre Comercio en el TLCAN o el DR-CAFTA,¹⁷⁰ no es la única vía por la que los Estados pueden expresar su interpretación mutua de un tratado.¹⁷¹ El artículo 31(3) de la CVDT permite considerar “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones,” [Traducción del Tribunal] y la demostración de que *todos* los Estados Partes en un tratado determinado habían expresado un entendimiento común, aunque mediante comunicaciones separadas en casos distintos, podría ser una prueba convincente de la práctica ulterior. Sin embargo, en el caso del DR-CAFTA, a diferencia del TLCAN, del que se ocupó el tribunal del caso *Clayton*, no ha habido todavía una expresión unánime de opiniones sobre el alcance y las consecuencias del artículo 10.16.1(a).

C. *Conclusión*

157. La conclusión más amplia de este análisis interpretativo de la CVDT es la siguiente: si bien el Tribunal acepta que puede haber una serie de posibles consecuencias del texto del artículo 10.16.1(a), que no contiene ninguna limitación sobre la naturaleza o la proximidad de las “pérdidas” que un demandante puede perseguir, corresponde a los propios Estados decidir si se sienten cómodos con este resultado. Aquí se aplica el viejo adagio de que los

¹⁶⁹ *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 379 (CL-0070-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁷⁰ Véase, DR-CAFTA, artículo 10.22.3 (CL-0001-SPA) (“Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión.”).

¹⁷¹ *Clayton, Laudo sobre Daños*, ¶ 377, 378 (CL-0070-ENG) (“el Tribunal no está convencido por el argumento de los Inversores de que la facultad del FTS de hacer interpretaciones autorizadas del TLCAN reemplaza la regla del artículo 31(3)(b) de la CVDT de que ‘la práctica ulterior en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes respecto de su interpretación’ se tendrá en cuenta ‘junto con el contexto’. Las Partes en el TLCAN tienen la opción de hacer una interpretación vinculante en virtud del artículo 1131(2), pero el hecho de que no lo hayan hecho significa que la interpretación del tratado simplemente sigue las normas interpretativas normales... A este respecto, el Tribunal observa que el comentario al proyecto de conclusiones de la CDI sobre ‘Acuerdos y práctica ulteriores en relación con la aplicación de los tratados’ incluye las ‘declaraciones en el curso de una controversia jurídica’ como práctica ulterior potencialmente pertinente de los Estados a los efectos de la interpretación.”). [Traducción del Tribunal]

Estados deben “decir lo que quieren decir y expresar lo que dicen.” Los Estados del DR-CAFTA fueron indudablemente conscientes cuando redactaron el texto concreto de este Tratado, de cómo varios tribunales de inversión habían interpretado los artículos 1116 y 1117 del TLCAN, incluso en el contexto de las reclamaciones por pérdidas reflejas. Si este era el telón de fondo histórico contra el que trabajaban, el DR-CAFTA les dio la oportunidad de expresar claramente sus intenciones sobre el tema, ya sea en el texto del Tratado o en los *travaux préparatoires*.¹⁷² Los Estados Partes sabían claramente cómo expresar sus opiniones sobre cuestiones que habían surgido en el marco de otros tratados de inversión, como lo hicieron (por ejemplo) en una serie de notas de pie de página insertadas en la definición de inversión.¹⁷³ Pero con respecto al artículo 10.16.1(a), el texto que adoptaron no contiene ningún texto que sugiera que se interprete de otra manera que a través del significado común de sus términos - y los términos concretos adoptados no son consistentes con la prohibición de que un demandante presente una reclamación “por cuenta propia” por pérdidas en las que “incurrió”, sólo porque dichas pérdidas pueden haber sido incurridas de manera indirecta y no directa. Si esto no era lo que los Estados Partes pretendían, aún pueden aclararlo a través de los mecanismos reconocidos para ello, incluida la emisión de una interpretación conjunta. Pero a menos y hasta que lo hagan, los tribunales que interpretan el DR-CAFTA deben trabajar con las herramientas que tienen,

¹⁷² En opinión de la mayoría, esta es la principal diferencia que separa sus conclusiones de las de la disidencia elocuente. La disidencia considera que “lo que se expresa en el tratado es que los Estados Partes estuvieron inspirados en asegurar que los accionistas mayoritarios no pudieran presentar una demanda por derecho propio y al mismo tiempo ordenar a su empresa que buscara otros recursos en diferentes foros (artículo 10.18). Lo que también se expresa en el tratado es que los Estados Partes estaban interesados en garantizar que no hubiera riesgo de doble indemnización y que los derechos de los acreedores de la empresa no se vieran menoscabados o extinguidos como resultado del pago de daños directamente a los accionistas y no a través de la empresa (Artículo 10.26).” Opinión Disidente Parcial, ¶ 14 (énfasis en el original). La mayoría considera que estos objetivos de política ciertamente podrían haber sido expresados en el texto del Tratado, incluso mediante una formulación clara en el artículo 10.16.1(a) que limitara los tipos de pérdidas que podría reclamar un demandante - pero por cualquier razón, no se expresaron así.

¹⁷³ Véase, DR-CAFTA artículo 10.28 & nn. 8-9 (aclarando que, a pesar de la definición de “inversión” que incluye los instrumentos de deuda como uno de los “formas que puede adoptar una inversión”, “[e]s más probable que algunas formas de deuda, tales como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda tengan esas características”, y los “reclamos de pago que son de vencimiento inmediatamente y que son resultado de la venta de mercancías o servicios no son inversiones”); véase también n. 14 (aclarando que, a pesar de la definición de “inversión”, que incluye los “derechos ... otorgados de conformidad con la legislación interna”, el término “no incluye una orden o sentencia dentro de un proceso judicial o administrativo”).

en lugar de atribuir a los Estados Partes intenciones concretas que (por muy sólidas que sean desde el punto de vista de las políticas) no se revelan a través del análisis reconocido de la CVDT.

158. A este respecto, el Tribunal se remite a la declaración del tribunal de *Nissan c. India*, en el contexto de un ejercicio diferente de interpretación de tratados:

Los Estados son libres de adoptar el texto del tratado que prefieran, incluido el texto que probablemente aborde situaciones comunes, así como el texto que aborde las circunstancias que probablemente no se presenten. Los Estados también son libres de enmendar mutuamente tratados anteriores, si llegan a la conclusión de que el texto al que han accedido, interpretado mediante un análisis de la CVDT, no se ajusta a sus objetivos comunes. Alternativamente, los Estados pueden tratar de emitir interpretaciones conjuntas con efecto prospectivo, para aclarar que en realidad habían pretendido un significado más allá de lo que podría sugerir el significado ordinario del texto del tratado.

Sin embargo, en ausencia de la invocación por parte de los Estados de tales instrumentos para aclarar sobre una base mutua sus intenciones para casos futuros, un tribunal arbitral debe proceder sobre la base de un análisis de la CVDT del texto *existente* que han acordado. No corresponde al tribunal anular las opciones de redacción evidentes en un tratado determinado, a fin de sustituir un criterio diferente que no se desprende del significado ordinario de ese texto en el contexto de las disposiciones circundantes. Dicho de otro modo, la tarea de un tribunal no es hacer elecciones de política sobre el diseño preferible de un sistema de arbitraje de inversiones, sino más bien respetar y hacer cumplir las elecciones ya hechas por las Partes Contratantes, en la medida en que éstas puedan ser divisadas a través de los instrumentos interpretativos previstos en la CVDT. En la medida en que los Estados Partes Contratantes se vean frustrados por tales interpretaciones, conservan diversos instrumentos, como se ha señalado anteriormente, para hacer frente a esta situación. Pero no pueden esperar que un tribunal arbitral emprenda *sub rosa* lo que ellos mismos no han emprendido, a saber, un esfuerzo por enmendar efectivamente el tratado haciendo caso omiso del texto existente y sustituyéndolo por un enfoque diferente que el texto actual no puede apoyar.¹⁷⁴ [Traducción del Tribunal]

159. Por estas razones, el Tribunal, por mayoría, desestima la primera serie de Objeciones Preliminares de la Demandada, que en común se refieren a la disponibilidad del artículo 10.16.1 (a) para las reclamaciones por pérdidas indirectas. Al mismo tiempo, el Tribunal también hace hincapié en estar plenamente atento a la causalidad y a las consecuencias de quantum de las reclamaciones por pérdidas indirectas, incluidos los obstáculos adicionales

¹⁷⁴ *Nissan*, ¶¶ 216, 217 (CL-0078-ENG).

de prueba a los que pueda enfrentarse en última instancia un demandante que interponga una reclamación de ese tipo. Así pues, el Tribunal está de acuerdo con los tribunales previos del TLCAN en que es importante estar atento a la distinción entre los daños incurridos directamente por una empresa local y los que se dice que han sido incurridos indirectamente por un inversionista anterior,¹⁷⁵ incluida la posibilidad real de que no todos los primeros puedan equipararse a los segundos.¹⁷⁶ A fin de cuentas, si estos Demandantes concretos pueden probar no sólo que la Demandada incumplió una obligación del DR-CAFTA, sino también que, *en particular*, incurrieron en “pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de” dicho incumplimiento, es una cuestión de prueba. En la fase de Objeciones Preliminares, basta con que los Demandantes lo hayan alegado, y el Tratado no les impide en principio, como cuestión de derecho, tratar de probar su caso.

160. Por último, el Tribunal también pospone para el fondo la sugerencia de los Demandantes de que su reclamación podría considerarse como una reclamación por *daños directos* en lugar de pérdidas reflejas, según la misma teoría que el tribunal de *Clayton* adoptó para conceder daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1116 del TLCAN, a pesar de que consideró “en principio” que dicho artículo no permite las reclamaciones por pérdidas reflejas.¹⁷⁷ En *Clayton*, en la fase de responsabilidad, el tribunal determinó que se debería haber dado a la empresa local (Bilcon) “una oportunidad de expresar sus objeciones” sobre una cuestión de impacto ambiental, que a Bilcon se le “negó una oportunidad justa de conocer el caso que tenía que resolver” y, en consecuencia, que “los inversores y su

¹⁷⁵ Véase, *Pope & Talbot, Laudo*, ¶ 80 (CL-0028-ENG) (“Queda naturalmente para el Inversor probar que la pérdida o daño fue causado a sus intereses, y que estaba causalmente conectado a la violación reclamada.”) [Traducción del Tribunal]; *UPS, Laudo* ¶ 35 (CL-0037-ENG) (distinguiendo entre su conclusión jurisdiccional y una pregunta de daños potenciales “de cuánto de las pérdidas de UPS Canadá fluyen a través de UPS”, mientras aparentemente asumiendo que esto último es simple en una situación de un solo accionista). [Traducción del Tribunal]

¹⁷⁶ La Opinión Disidente Parcial sugiere que el fallo de la mayoría permitiría a los accionistas buscar resarcimiento por sus propias pérdidas, al tiempo que “evitaría satisfacer las reclamaciones legítimas de los acreedores” de la empresa local. Opinión Disidente Parcial, ¶¶ 8-9. Por el contrario, la mayoría ha dejado claro que un análisis de quantum y causalidad adecuado *tendría que tener en cuenta* las reclamaciones de los acreedores, que tienen prioridad, antes de que pueda haber una determinación de las pérdidas *netas* (si las hubiera) en las que efectivamente incurrieron los accionistas. Dado que los accionistas en esas circunstancias no recuperan ningún ingreso adeudado a los acreedores, no hay por tanto ningún problema de que los propios accionistas (y mucho menos un tribunal) “eviten satisfacer” los créditos de los acreedores. Los acreedores de la empresa local conservan todos sus derechos y recursos que de otro modo tenían contra la empresa local.

¹⁷⁷ Véase Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 33.

inversión no tuvieron una oportunidad justa de que se consideraran, evaluaran y decidieran los detalles de [su] caso de conformidad con las leyes aplicables.”¹⁷⁸ En la fase de daños, Canadá sostuvo que la forma particular en que los demandantes enmarcaban su caso de daños era “inadmisible” en virtud del artículo 1116 del TLCAN.¹⁷⁹ El Tribunal llegó a la conclusión “en principio” de que el Artículo 1116 del TLCAN no permite las reclamaciones por pérdidas reflejas,¹⁸⁰ pero, no obstante, concedió a los demandantes una indemnización por daños con arreglo a dicho artículo, basándose en la teoría de que la “pérdida de oportunidad” correspondiente (reformulada en cierta medida a partir de la descripción anterior) había sido para los accionistas de la empresa y no para la empresa misma.¹⁸¹ Sobre la base de este marco bastante amplio -ahora descrito como una “oportunidad de invertir”- el tribunal de *Clayton* llegó a la conclusión de que “la indemnización se debe directamente a los inversores de conformidad con el artículo 1116”. La prohibición de conceder ‘pérdidas reflejas’ no lo impide’.”¹⁸²

161. Los Demandantes en este caso sugieren que el mismo marco amplio les permitiría proceder en virtud del DR-CAFTA incluso si el Tribunal adoptara el razonamiento de *Clayton* sobre pérdidas reflejas, porque “[a]l igual que los demandantes en *Clayton*, los Demandantes han perdido la oportunidad de desarrollar el proyecto Tambor”, que era una oportunidad suya más que de Exmingua.¹⁸³ El Tribunal no ve la necesidad de abordar esta teoría alternativa

¹⁷⁸ *Clayton*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, ¶¶ 585, 590, 603 (CL-0088-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁷⁹ *Clayton*, Laudo sobre Daños, ¶¶ 70, 322 (CL-0070-ENG).

¹⁸⁰ *Clayton*, Laudo sobre Daños, ¶ 389 (CL-0070-ENG).

¹⁸¹ En su decisión de daños, el tribunal de *Clayton* describió sus conclusiones anteriores sobre responsabilidad como una pérdida de “oportunidad de desarrollar y presentar el ... Proyecto para su aprobación”, que era “una oportunidad exclusiva del Grupo Clayton de Nueva Jersey”; declaró que “el hecho de que Clayton utilizara una empresa local como instrumento para aprovechar su oportunidad ... no convierte esa oportunidad en la oportunidad de Bilcon de Nueva Escocia”, ya que la empresa local “no era más que un conducto para facilitar las operaciones de los Clayton”. A continuación, concluyó que “la oportunidad de invertir en una cantera y una terminal marítima, que fue negada por la conducta ilícita del demandado, era una oportunidad de los Inversores y no una oportunidad de Bilcon de Nueva Escocia.” *Clayton*, Laudo sobre Daños, ¶¶ 392, 394, 396 (CL-0070-ENG) (énfasis añadido). [Traducción del Tribunal]

¹⁸² *Clayton*, Laudo sobre Daños, ¶ 396 (CL-0070-ENG). [Traducción del Tribunal]

¹⁸³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 33.

de un daño directo en lugar de uno indirecto en este momento, dadas sus conclusiones finales sobre la interpretación del artículo 10.16.1(a) del DR-CAFTA.

(2) ADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN “NO NOTIFICADA” DE NMF DE LOS DEMANDANTES

a. Posición de la Demandada

162. La Demandada afirma que la reclamación de los Demandantes por la violación del Artículo 10.4 del DR-CAFTA (Trato de la Nación más Favorecida) debe ser desestimada porque los Demandantes no incluyeron esta supuesta violación en su Notificación de Intención. En apoyo de esta objeción, la Demandada invoca el significado común y el objeto y finalidad del artículo 10.16.2 del DR-CAFTA, en virtud de un análisis del artículo 31 de la CVDT, y las decisiones previas de algunos tribunales arbitrales de inversiones.¹⁸⁴

A. La caracterización de la reclamación de NMF de los Demandantes

163. La Demandada señala que los Demandantes añadieron esta reclamación sólo en su Notificación de Arbitraje, donde argumentaron por primera vez (como ellos mismos han admitido) que los proyectos de Exmingua recibieron un trato menos favorable que el que la Demandada concedió a Escobal, una mina de plata operada por la filial guatemalteca de una empresa canadiense.¹⁸⁵ En cambio, en la Notificación de Intención, los Demandantes se refirieron exclusivamente a su Reclamación de Trato Nacional, argumentando que el trato que la Demandada otorgaba a los proyectos de Exmingua era menos favorable que el otorgado a “dos proyectos propiedad de empresas guatemaltecas.”¹⁸⁶

164. Según la Demandada, esta reclamación debe excluirse incluso si el Tribunal admitiese el argumento actual de los Demandantes de que la decisión judicial relevante que proporciona

¹⁸⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 86-105 y Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 121-157.

¹⁸⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 122.

¹⁸⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 126 (citando la Notificación de Intención, ¶ 3).

la base jurídica y fáctica de su reclamación por trato NMF es el fallo de la Corte de Constitucionalidad de 3 de septiembre de 2018 (posterior a la Notificación de Intención), y no la decisión *Escobal* de la Corte Suprema de septiembre de 2017 (anterior a dicha Notificación). Esto se debe a que, independientemente de que la reclamación de NMF de los Demandantes se considere una “demanda subordinada” en virtud de la Regla de Arbitraje 40 del CIADI, el DR-CAFTA prevalece sobre cualquier regla contraria del CIADI, y el DR-CAFTA exige a los Demandantes enviar una notificación de intención posterior para cualquier reclamación nueva, y luego transcurrir varios meses antes de presentar dicha reclamación en virtud del artículo 10.16.3 del DR-CAFTA. Es cierto que los Demandantes no cumplieron con ninguno.¹⁸⁷

B. *Las normas jurídicas aplicables*

165. *Primero*, la Demandada sostiene que el significado común de esta disposición requiere que se notifique una reclamación al menos 90 días antes de que pueda ser sometida a arbitraje. La notificación de intención debe proporcionar no sólo información general, sino que debe especificar, “por cada reclamación, la disposición de [DR-CAFTA]... presuntamente violad[a]”, “las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación” y “la reparación que se solicita”, entre otros elementos. En opinión de la Demandada, el término “entregará” en el artículo 10.16.2 del DR-CAFTA, en contraposición con “pueden” o “deben” en otras disposiciones (por ejemplo, los artículos 10.15 y 10.16.1), indica la elección deliberada de las Partes del DR-CAFTA de hacer la notificación de intención obligatoria. Además, el término “cada” significa “cada una de dos o más personas o cosas, consideradas e identificadas por separado.”¹⁸⁸ La reformulación de la entrega de una notificación de intención de un requisito a una condición discrecional u opcional ignoraría y eliminaría efectivamente estas palabras, en contra del principio de *effet utile*. Por consiguiente, sólo las reclamaciones debidamente identificadas en una notificación de intención pueden ser conocidas por un tribunal arbitral.

¹⁸⁷ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 55:1-56:11; 60:21-61:19, 183:12-193:2.

¹⁸⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 90 (citando la definición de “cada” in Lexico.com, Oxford University Press, <https://www.lexico.com/en/definition/each>, RL-0030-ENG).

166. La Demandada sostiene que el “contexto” en el que se basan los Demandantes para argumentar lo contrario no sirve de nada. Como explicó la Comisión de Derecho Internacional, las normas de interpretación deben aplicarse como elementos de un ejercicio holístico de refuerzo mutuo.¹⁸⁹ En todo caso, señala la Demandada, el contexto del artículo 10.16.2 confirma su conclusión. Cuando los Estados Partes tuvieron la intención de hacer que el cumplimiento de una condición fuera discrecional, utilizaron palabras como “entregará” en lugar de “deben”, que se utilizan para hacer que el cumplimiento sea obligatorio.
167. *Segundo*, el objeto y fin de la disposición sobre la notificación de intención también requiere, según la Demandada, la desestimación de la reclamación de trato NMF. La idea que subyace a este requisito de notificación es permitir que el Estado demandado prepare y argumente su defensa, como dijo acertadamente el tribunal de *Aven*.¹⁹⁰ También permite a los funcionarios gubernamentales examinar y posiblemente resolver la controversia mediante negociación. La Demandada sostiene que, contrario a las alegaciones de los Demandantes, se toma las negociaciones de forma seria. Sin embargo, las negociaciones en este caso estaban sujetas a un acuerdo de confidencialidad y resulta indebido que los Demandantes divulgasen cualquier información al respecto.¹⁹¹ La Demandada también alega que el requisito de notificación sirve para promover la equidad, eficiencia y transparencia,¹⁹² y que dichos objetivos se verían frustrados al no aplicarse el requisito de manera estricta. También lo estarían otros objetivos establecidos en el Preámbulo del DR-

¹⁸⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 133 (refiriéndose al Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con Comentarios, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 18º período de sesiones, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/11/Add.2, Viena, 26 de marzo – 24 de mayo de 1968 y 9 de abril – 22 de mayo de 1969, p. 39, ¶ 8, RL-0087-035-ENG).

¹⁹⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 144 (refiriéndose a *David R. Aven et. al. c. República de Costa Rica*, Caso N° UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018 (en adelante “*Aven*”), ¶346, RL-0031-120-ENG.).

¹⁹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 145.

¹⁹² Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 95.

CAFTA, como la amistad y cooperación entre naciones, el desarrollo y expansión del comercio mundial y la integración hemisférica.¹⁹³

168. *Tercero*, la Demandada sostiene que los tribunales de arbitraje de inversión han desestimado las reclamaciones por incumplimiento del requisito de notificación en virtud del DR-CAFTA y tratados similares. La Demandada se refiere al tribunal de *Pac Rim*, que explicó que el cumplimiento del requisito de notificación del Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA es obligatorio,¹⁹⁴ y al tribunal de *Aven*, que declaró inadmisibile *in limine* una nueva reclamación extemporánea.¹⁹⁵
169. Contrario a lo que señalan los Demandantes, la Demandada sostiene que en los casos *Antoine Goetz y Burlington*, los tribunales no desestimaron las reclamaciones no notificadas porque no guardaban relación con las reclamaciones que habían sido notificadas; las desestimaron porque no estaban incluidas en las notificaciones de intención respectivas.¹⁹⁶ Lo mismo hizo el tribunal de *Supervisión y Control* respecto de varias reclamaciones no notificadas, aunque admitió otras directamente relacionadas con las cuestiones que ya se habían planteado.¹⁹⁷ En cualquier caso, la disposición que rige las notificaciones en virtud del DR-CAFTA es más estricta que la disposición análoga del TBI entre Costa Rica y España de que se trata en *Supervisión y Control*, que sólo exigía que el demandante diera “notificar de toda controversia relativa a una inversión” y no de cada reclamación.¹⁹⁸ El lenguaje del DR-CAFTA es también más estricto que el de los tratados

¹⁹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 146.

¹⁹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 97 (discutiendo *Pac Rim* ¶¶ 92-93, RL-0003-054-055).

¹⁹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 141 (discutiendo *Aven*, ¶346); véase también Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 99.

¹⁹⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 148 (discutiendo *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Laudo, 10 de febrero de 1999, (en adelante “*Antoine Goetz*”) ¶¶ 90-93, RL-0035-001-002-ENG; *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, (en adelante “*Burlington, Decisión sobre Jurisdicción*”) ¶¶ 308-309, 337-340, RL-0037-064-071-ENG).

¹⁹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 149 (discutiendo *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N° ARB/12/4, Laudo, 18 de enero 2017 (en adelante “*Supervisión y Control*”), ¶¶ 339-340, RL-0032-149-ENG.).

de inversión aplicables en *Tulip* y *Salini*, donde los tribunales adoptaron el llamado “enfoque flexible.”¹⁹⁹

170. La Demandada sostiene que lo mismo puede decirse de los casos del TLCAN citados por los Demandantes: *B-Mex*, *ADF* y *Chemtura*.²⁰⁰ Los requisitos de notificación en el marco del TLCAN son menos estrictos que los del DR-CAFTA, ya que el TLCAN no tiene el enunciado del DR-CAFTA que exige que se incluyan en una notificación de intención las disposiciones del tratado que supuestamente se han infringido y la base jurídica y fáctica “*por cada reclamación.*”²⁰¹ Además, en *B-Mex* la falta de notificación de intención (que consistía en no identificar a otros demandantes) no dio lugar a una ampliación posterior de la naturaleza de la controversia; las reclamaciones de los nuevos demandantes fueron coextensivas con las ya formuladas en la notificación.²⁰² *ADF* y *Chemtura*, por otra parte, implicaban situaciones completamente diferentes a la presente, en las que los demandantes podían y debían haber incluido la decisión *Escobal* de la Corte Suprema de septiembre de 2017 en su notificación, que proporciona una base jurídica y fáctica para su reclamación de NMF incluso antes de la decisión posterior de la Corte de Constitucionalidad.²⁰³ Por último, *Al-Bahloul* es improcedente porque se refiere a un período de reflexión (*cooling-off period*), no al incumplimiento de un requisito de notificación, y los hechos subyacentes difieren del presente caso, en el que la Demandada demostró su voluntad de examinar y

¹⁹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 150.

¹⁹⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 151-152 (citando *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI N° ARB/11/28, Decisión sobre la Cuestión de Jurisdicción Bifurcada, 5 de marzo de 2013 (en adelante “*Tulip, Decisión sobre la Cuestión de Jurisdicción Bifurcada*”), RL-0029-ENG; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, en adelante “*Salini, Decisión sobre Jurisdicción*,” RL-0036-ENG).

²⁰⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 153 (*Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010, (en adelante “*Chemtura*”) ¶¶ 103-104, CL-0087-ENG; *B-Mex, LLC and others c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019 (en adelante “*B-Mex*”) ¶¶ 122-123, CL-0080-ENG/SPA; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (en adelante “*ADF*”) ¶ 127, CL-0081-ENG).

²⁰¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 138, 140, 153.

²⁰² Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 140.

²⁰³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 139, 153.

resolver la controversia antes de que los Demandantes procedieran al arbitraje.²⁰⁴ En cualquier caso, los tribunales en otros casos (como en el de *Rurelec*) han sostenido que los demandantes deben cumplir estrictamente también con los períodos de reflexión.²⁰⁵

b. Posición de los Demandantes

171. Los Demandantes sostienen que su reclamación por trato NMF es admisible en virtud del artículo 10.16.2 del DR-CAFTA o, alternativamente, como demanda subordinada en virtud de la regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Impugnan la caracterización que hace la Demandada de esta reclamación y presentan dos argumentos principales relativos al significado ordinario y al objeto y fin del Artículo 10.16.2. Los Demandantes también examinan varias decisiones relativas a la notificación de reclamaciones.²⁰⁶

A. La caracterización de la reclamación de NMF de los Demandantes

172. Los Demandantes indican que la objeción de la Demandada depende de una caracterización errónea de su reclamación de trato NMF. El fundamento de esta reclamación no es la decisión de la Corte Suprema de Guatemala de septiembre de 2017 en el caso *Escobal*, que restableció brevemente la licencia de explotación de ese proyecto, sino la decisión de la Corte Constitucional de Guatemala de septiembre de 2018.

173. Los Demandantes alegan que, aunque Exmingua presentó su recurso contra la decisión de la Corte Suprema más de un año antes de que se interpusiera el recurso *Escobal*, la Corte de Constitucionalidad emitió su decisión sobre la apelación de *Escobal* el 3 de septiembre de 2018 (aunque la decisión fue de rechazar la apelación), mientras que la apelación de

²⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 154-155 (discutiendo *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. La República de Tayikistán*, Caso ACC N° V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009, (en adelante “*Al-Bahloul*”) ¶ 154, CL-0083-ENG.).

²⁰⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 155 (discutiendo *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso ACC N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, ¶¶ 386, 388-390, RL-0102-144-145-ENG/SPA.).

²⁰⁶ Véase en general Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 82-103 y Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 91-133.

Exmingua sigue pendiente.²⁰⁷ Es este trato dispar que constituye la base de la reclamación de los Demandantes por el trato NMF. Los Demandantes sostienen que no “re-escribi[eron] la base fáctica de su reclamación de trato de NMF” en su Memorial de Contestación.²⁰⁸

174. Los Demandantes explican que no hicieron referencia a su reclamación de NMF en la Notificación de Intención porque los hechos específicos que dieron lugar a dicha reclamación no existían en el momento en que se presentó la Notificación. Lo mismo ocurrió en *Pope & Talbot*, pero el tribunal en ese caso no tuvo problemas para determinar la responsabilidad con respecto a una medida estatal que se puso en marcha más de tres meses después de que el demandante presentara su notificación de intención.²⁰⁹ Además, los Demandantes destacaron que en su Notificación de Intención ya se había discutido en general el trato discriminatorio de Exmingua por parte de la Demandada, en comparación con las inversiones de propiedad de otros, lo que constituye la base de las reclamaciones de trato nacional y de trato NMF de los Demandantes.²¹⁰ Ambas son, en el fondo, reclamaciones por discriminación.

B. *Las normas jurídicas aplicables*

175. *Primero*, los Demandantes sostienen que el significado común del artículo 10.16.2, en su contexto, confirma que la reclamación de NMF de los Demandantes es admisible.²¹¹ En su opinión, esta disposición no establece que el cumplimiento sea una condición previa para el arbitraje; el error de la Demandada al concluir lo contrario es centrarse exclusivamente en el verbo modal “deben” del artículo 10.16.2, sin tener en cuenta el artículo 31 de la CVDT. Esa disposición exige que se tomen en consideración también el contexto, objeto y propósito. El contexto muestra aquí que cuando los Estados Partes pretendían condicionar

²⁰⁷ Véase también Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 226:22-228:5.

²⁰⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 97 (en referencia a Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 121); véase también la discusión en Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 146:7-147-19.

²⁰⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 98 (en referencia a *Pope & Talbot, Award*, ¶¶ 156, 160-163, 171)

²¹⁰ *Id.* ¶ 99 (en referencia a la Notificación de Intención en 2-3).

²¹¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 100 *et seq.*

la presentación de una reclamación al cumplimiento de ciertos requisitos, lo hacían expresamente. Se pueden encontrar ejemplos claros en los artículos 10.18.1, 10.18.2 y 10.18.4 del DR-CAFTA.²¹²

176. Según los Demandantes, la ausencia de tal redacción en el artículo 10.16.2 del DR-CAFTA indica que el incumplimiento de dicha disposición no impide la admisibilidad de las reclamaciones. El tribunal en *B-Mex* confirmó este criterio al interpretar el artículo 1119 del TLCAN, que es idéntico al artículo 10.16.2 del DR-CAFTA en todos los aspectos relevantes.²¹³ También lo hizo el tribunal del *ADF* en aquel caso.²¹⁴ Al contrario de lo que sostiene la Demandada, la redacción del artículo 1119 del TLCAN, que exige la inclusión en la notificación de intención de “las disposiciones del presente Acuerdo que se alega han sido violadas y cualquier otra disposición pertinente”, significa “todas las disposiciones que se alega han sido violadas” para cada una de las reclamaciones establecidas en la notificación de intención. Por consiguiente, no hay ninguna diferencia significativa entre las disposiciones aplicables del TLCAN y del DR-CAFTA.
177. *Segundo*, los Demandantes alegan que su Notificación de Intención cumple con el objeto y propósito del Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA. Aunque la Demandada no ha demostrado que la preparación de una defensa sea un objeto y propósito de la disposición de notificación, la Demandada en cualquier caso no se vio privada de ninguna oportunidad de preparar su defensa como resultado del contenido de la Notificación de Intención de los Demandantes. Los Demandantes no pretenden presentar una reclamación totalmente separada de las medidas reclamadas en su Notificación de Intención. La base fáctica de su reclamación por trato NMF se expuso en la Notificación de Intención de los Demandantes: el supuesto trato arbitrario y discriminatorio por parte de los tribunales guatemaltecos y el MEM, al permitir que otros proyectos siguieran funcionando mientras el MEM realizaba

²¹² Véase Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 87 (donde se citan estas disposiciones).

²¹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 89 (citando a *B-Mex*, ¶¶ 122-123).

²¹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 92 (citando a *ADF* ¶¶ 120, 127.).

consultas; al decidir sobre las apelaciones en otros casos presentados mucho tiempo después de la de Exmingua; y al iniciar y concluir las consultas en otros casos.²¹⁵ Por consiguiente, la Demandada dispuso de información suficiente y amplias oportunidades y tiempo para entablar conversaciones de solución amistosa con los Demandantes, quienes incluso viajaron a Guatemala para reunirse en persona con los representantes de la Demandada. No había nada que impidiera a la Demandada proseguir las conversaciones para llegar a un acuerdo en los ocho meses transcurridos entre la presentación de la Notificación de Arbitraje por los Demandantes y la constitución del Tribunal, o incluso hasta el día de hoy.

178. Los Demandantes afirman que, además, el objeto y propósito del DR-CAFTA de promover la resolución eficaz de las controversias se vería totalmente frustrado por la interpretación de la Demandada. Si, como alega la Demandada, se desestima la reclamación de NMF de los Demandantes, éstos tendrían derecho a volver a someter dicha reclamación a arbitraje, presentando una nueva notificación de intención incluyendo esa única reclamación, esperando tres meses, y luego presentando una nueva notificación de arbitraje, todo ello antes de tratar de consolidar esa nueva reclamación con ésta. En opinión de los Demandantes, exigirles que pasen por estos pasos adicionales no serviría a ningún propósito.

179. *Tercero*, los Demandantes sostienen que su posición también es coherente con la jurisprudencia. Cuando ya se ha cumplido el objeto y propósito de una disposición de notificación de informar al demandado de la controversia y conceder tiempo para intentar una resolución, los tribunales se han negado debidamente a desestimar las reclamaciones por un defecto en la notificación. Ello ocurrió en *B-Mex* y *Al-Bahloul*, por nombrar algunos.²¹⁶ Los Demandantes asimismo sostienen que los tribunales también han adoptado un enfoque pragmático al admitir las reclamaciones no notificadas cuando no se ha

²¹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 101 (citando la Notificación de Intención en 2-3).

²¹⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 94-95 (citando a *B-Mex*, ¶ 132; *Al-Bahloul* ¶ 154).

demostrado ningún perjuicio para la capacidad de reacción del demandado; *Chemtura* y *ADF* son buenos ejemplos de ello.²¹⁷

180. Según los Demandantes, ninguno de los casos en los que se basa la Demandada indica lo contrario o apoya la consecuencia que la Demandada trata de imponer a los Demandantes. El tribunal de *Pac Rim* ni siquiera consideró el efecto del incumplimiento de un requisito de notificación, mientras que los fallos en *Tulip c. Turquía*, *Salini c. Marruecos* y *Ethyl c. Canadá* adoptaron un enfoque flexible de las disposiciones de notificación en los TBI aplicables, al considerar que las reclamaciones de los demandantes eran admisibles a pesar de no emplear las “formas más perfectas” de notificación.²¹⁸ Por otro lado, en *Supervisión y Control, Goetz, Burlington y Rurelec*²¹⁹ las nuevas reclamaciones no estaban relacionadas en gran medida con las reclamaciones que habían sido notificadas, lo que no es el caso aquí.²²⁰ En cuanto a *Aven*, los Demandantes argumentan que el tribunal no se comprometió con el significado común del artículo 10.16.2 del DR-CAFTA, sino que consideró inadmisibles una reclamación presentada extemporáneamente porque los demandantes sólo la presentaron al final de la audiencia sobre el fondo (a pesar de algunas referencias pasajeras en su memorial), situación que dista mucho de la que existe aquí.²²¹
181. Alternativamente, los Demandantes afirman que su reclamación por el trato NMF es admisible como demanda subordinada. Aunque niegan haber hecho alguna enmienda, los Demandantes sostienen que la última frase del artículo 10.16.14 del DR-CAFTA presupone que puede haber enmiendas a las reclamaciones. También hay otras disposiciones del DR-CAFTA, en particular, los artículos 10.20.4(a) y (c), que indican que

²¹⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 99-100 (citando a *Chemtura*, ¶¶ 92, 103-104; *ADF*, ¶ 138).

²¹⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes 115-120 (en referencia a *Ethyl Corp. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, ¶¶ 65, 69, 80, CL-0086-ENG; *Tulip, Decisión sobre la Cuestión Jurisdiccional Bifurcada*; *Salini, Decisión sobre Jurisdicción*); véase también Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes, ¶¶ 95-97.

²¹⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 118.

²²⁰ *Id.* (en referencia a *Supervisión y Control*, ¶¶ 342, 349, 344-346; *Antoine Goetz* ¶¶ 91-93; *Burlington, Decisión sobre Jurisdicción*, ¶¶ 263, 308-309); véase también Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98.

²²¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes 110 (en referencia a *Aven*, ¶¶ 343-346).

la Notificación de Arbitraje puede ser enmendada. Además, el DR-CAFTA incorpora por referencia las reglas de arbitraje aplicables, y la Regla 40 de Arbitraje del CIADI permite enmiendas, así como demandas incidentales subordinadas.²²²

182. Los Demandantes señalan que su reclamación de trato NMF cumple con todos los requisitos a este respecto. La reclamación se deriva directamente del objeto de la controversia en este procedimiento, ya que se refiere al supuesto trato discriminatorio de la inversión de los Demandantes en comparación con la de otros inversores. Como explicó el tribunal del caso *CMS c. Argentina*, la prueba es si existe una estrecha conexión fáctica entre las reclamaciones nuevas y antiguas, para exigir la adjudicación de la nueva reclamación a fin de lograr la solución definitiva de la controversia.²²³ Esa prueba se satisface aquí, dicen los Demandantes. Los Demandantes también enfatizan que plantearon su reclamación de NMF en su Notificación de Arbitraje, que es mucho antes del plazo de la Regla 40 para la presentación de su Respuesta. La reclamación de NMF de los Demandantes está igualmente dentro del alcance del consentimiento de las Partes y la jurisdicción del Centro, como lo requiere la Regla 40 de Arbitraje del CIADI. En su opinión, esta disposición del Reglamento de Arbitraje se aplica junto con el requisito de notificación del artículo 10.16.2 del DR-CAFTA, y no se ve desplazada por este último. El tribunal de *Metalclad c. México* confirmó esta interpretación, según dicen, cuando consideró la aplicabilidad del artículo 48 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI de 1978 (equivalente al artículo 40 del Reglamento de Arbitraje del CIADI) en el contexto de los artículos 1119 y 1120 del TLCAN.²²⁴

c. Análisis del Tribunal

A. Observaciones Preliminares

²²² Tr-E, Audiencia de 16 de diciembre de 2019, pp. 228:6-229:8.

²²³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 129 (en referencia a *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003, ¶ 116, CL-0038-ENG).

²²⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 132-133 (en referencia a *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, CL-0120-ENG/SPA).

183. El Tribunal comienza su análisis de esta objeción, como lo hizo con la primera objeción de la Demandada, con algunas observaciones preliminares.
184. En primer lugar, la argumentación de los Demandantes de que su Notificación de Intención “establec[e] los hechos esenciales y el fundamento jurídico para su reclamación en relación con el trato de NMF”²²⁵ no puede ser sostenida. La Notificación de Intención tenía dos secciones pertinentes a esta cuestión, una titulada “Base Fáctica del Reclamo” y la otra titulada “Incumplimiento de Obligaciones bajo el Tratado”. En la primera, los Demandantes hicieron la alegación general de que “los tribunales guatemaltecos, no han podido pronunciarse de manera consistente en comparación con otros casos”, pero mientras que la frase “otros casos” estaba enmarcada en el plural, la Notificación de Intención identificaba sólo un ejemplo de presunta discriminación, descrito como que involucraba “dos proyectos propiedad de empresas guatemaltecas.”²²⁶ No se hizo ninguna alegación sobre un trato más favorable a los inversores de ningún tercer Estado, como sería necesario para establecer la base de una reclamación de NMF. La sección siguiente confirmó este entendido, declarando que “las acciones de Guatemala violan las siguientes disposiciones del DR-CAFTA” y enumerando el “Artículo 10.3 - Trato Nacional”, pero no el artículo 10.4 sobre “Trato de Nación Más Favorecida.”²²⁷ En estas circunstancias, el Tribunal no puede aceptar la argumentación de los Demandantes de que “la base fáctica de la reclamación de los Demandantes por trato de NMF... constó en la Notificación de Intención de los Demandantes...”²²⁸ Una “base fáctica” requiere necesariamente una alegación de hechos, y no hay hechos alegados en la Notificación de Intención que sugieran que una reclamación por trato NMF (en contraposición a una reclamación por Trato Nacional) estaba siendo notificada para su eventual sumisión a arbitraje.
185. Sin embargo, el Tribunal admite el punto alternativo de los Demandantes de que no se pudo incluir una referencia a la reclamación por trato NMF en la Notificación de Intención,

²²⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 83.

²²⁶ Notificación de Intención, p. 3, C-5.

²²⁷ Notificación de Intención, pp. 3-4, C-5.

²²⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 109.

porque el acto concreto que los Demandantes impugnaron posteriormente como una violación del artículo 10.4 aún no se había producido. La Notificación de Intención tenía fecha de 16 de mayo de 2018, pero según la Notificación de Arbitraje posterior de los Demandantes, la presunta violación del trato NMF se derivaba de un fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 3 de septiembre de 2018, en el caso *Escobal*, relativo a un proyecto de propiedad indirecta de un inversor canadiense.²²⁹ La Demandada está en lo correcto en que el párrafo pertinente de la Notificación de Arbitraje (de nuevo en una sección titulada “Base Fáctica del Reclamo de los Demandantes”) también mencionó un fallo de la Corte Suprema de septiembre de 2017 relativo a la licencia de minería de *Escobal*, pero una lectura detenida del párrafo, en particular en el contexto del párrafo anterior, deja claro que la reclamación de los Demandantes se centró en la decisión de la Corte de Constitucionalidad.²³⁰ El enfoque en la Corte de Constitucionalidad se aclaró más en la siguiente sección, titulada “Incumplimiento de Obligaciones bajo el Tratado”, que alegó el incumplimiento de los artículos 10.3 y 10.4 por referencia a la resolución de la Corte de Constitucionalidad de los recursos de *Oxec* y *Escobal* respectivamente, sin mencionar ninguna decisión anterior de tribunales ordinarios en ninguno de los dos casos.²³¹

186. En estas circunstancias, el Tribunal desestima la protesta de la Demandada de que los Demandantes “ahora intentan re-escribir la base fáctica de su reclamación de trato NMF” en respuesta a las Objeciones Preliminares, “ignorando” su referencia anterior al fallo de la

²²⁹ Notificación de Arbitraje ¶ 63.

²³⁰ En el párrafo anterior se comparó la pronta decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso *Oxec* (relativo a los proyectos de propiedad guatemalteca) con la ausencia de una decisión de la Corte de Constitucionalidad en el caso de *Exmingua*. Notificación de Arbitraje ¶ 62. Esto condujo directamente a la declaración: “Aparte del caso *Oxec*, la Corte también ha tomado medidas en el caso *Escobal*, aunque ese caso se presentó mucho más tarde que el de *Exmingua*.” *Id.* ¶ 63 (énfasis añadido). La referencia a “la Corte” en el contexto del párrafo anterior se refería claramente a la Corte de Constitucionalidad. El párrafo luego proporcionó alguna historia de cómo el caso *Escobal* llegó a la Corte de Constitucionalidad (incluyendo una referencia a la decisión anterior de la Corte Suprema), pero se cerró de nuevo con una comparación entre la decisión de la Corte de Constitucionalidad de *Escobal* y la falta de cualquier decisión en el caso de *Exmingua*. *Id.* ¶ 63 (“Esta decisión final se dictó a pesar de que el recurso de *Escobal* se presentó más de un año después de que *Exmingua* interpusiera su recurso ante la Corte de Constitucionalidad, sobre el cual la Corte no ha actuado.”). [Traducción del Tribunal]

²³¹ Notificación de Arbitraje ¶ 68.

Corte Suprema de *Escobal* y “solo enfoca en” el fallo de la Corte de Constitucionalidad.²³² Una lectura adecuada de la Notificación de Arbitraje confirma que la reclamación de NMF siempre se centró en el fallo de la Corte de Constitucionalidad. Desde ese fallo posterior a la fecha de presentación de la Notificación de Intención por parte de los Demandantes, por definición la Notificación de Intención no podría haber incluido la reclamación por trato de NMF. Por consiguiente, no se plantea la cuestión de una omisión deliberada o negligente.

187. Como consecuencia de estos hallazgos, la Objeción Preliminar presenta una cuestión bastante limitada. El Tribunal no necesita decidir si el DR-CAFTA impide a un demandante plantear en un arbitraje reclamaciones adicionales que *podría* haber incluido en su notificación de intención original, pero que por alguna razón no incluyó originalmente. La única “nueva reclamación” en este caso se refiere a un reclamo sobre la acción del Estado que se produjo *después* de la emisión de la Notificación de Intención. Tampoco se trata en este caso de cuestiones de retraso, cuando un demandante no ejerció sus derechos durante un período sustancial en el arbitraje, con la intención de añadir una nueva reclamación sólo en las últimas fases del procedimiento. Por el contrario, los Demandantes alegaron su reclamación de NMF en su Notificación de Arbitraje del 9 de noviembre de 2018, que fue presentada sólo dos meses después de la decisión de la Corte de Constitucionalidad de *Escobal* que es objeto de dicha reclamación.
188. Por consiguiente, la Objeción a la reclamación de NMF de los Demandantes se refiere a un asunto limitado. La cuestión es si el DR-CAFTA impide a un demandante incluir en su notificación de arbitraje una reclamación sobre la *nueva* conducta del Estado, ocurrida después de una notificación de intención previa, sin emitir primero una segunda notificación de intención y luego esperar a que expire un segundo período de consulta o de reflexión. El Tribunal se centra a continuación en esta cuestión particular, que es en cierto modo distinta de la pauta de hechos que surge en otros casos que las partes han invocado en sus respectivos escritos.

²³² Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 121, 123.

B. *Interpretación del Artículo 10.16.2*

189. Una vez más, la cuestión presentada debe ser resuelta por la interpretación de la CVDT, mediante la evaluación del significado ordinario de la disposición relevante del DR-CAFTA, en el contexto en el que se produce y a la luz del objeto y propósito del Tratado.²³³

190. El artículo 10.16.2 dispone lo siguiente en la parte pertinente:

Por lo menos 90 días antes de que se someta *una reclamación* a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante *entregará* al demandado una notificación escrita de su intención de someter *la reclamación* a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación *se especificará*: ...

(b) por *cada reclamación*, la disposición de este Tratado... presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda *cada reclamación*²³⁴

191. La primera observación es que la referencia a la entrega de una notificación de intención previa se aplica a la presentación de “una reclamación”, y las especificaciones de la notificación se enmarcan como aplicables “por cada reclamación”. La segunda observación es que en cada una de las dos frases pertinentes se utiliza la frase “deberá” (como en “deberá entregar” [entregará] y “deberá especificar” [se especificará]), que comúnmente denota un requisito más que una mera recomendación. La combinación de estos dos elementos deja claro que se requiere una notificación de intención para iniciar un arbitraje, y que el demandante debe incluir en dicha notificación una referencia a todas las reclamaciones previstas en ese momento. La notificación no se caracteriza por ser un documento meramente ilustrativo, en el que se articula algún subconjunto de reclamaciones conocidas y se omiten otras, sino más bien una condición previa obligatoria, que requiere la presentación por adelantado de información sobre todas las reclamaciones que el demandante tiene la intención de someter a arbitraje. El Tribunal no acepta la sugerencia de los Demandantes de que, dado que el artículo 10.16.2 no especifica una consecuencia

²³³ CVDT, artículo 31(1).

²³⁴ DR-CAFTA, artículo 10.16.2 (CL-0001-SPA) (énfasis añadido).

por el incumplimiento de sus términos, la disposición se hace por lo tanto discrecional. Por el contrario, se le debe dar un significado, y el significado obvio es que un demandante no puede proceder directamente a una notificación de arbitraje, sin antes dar la notificación requerida a un demandado con respecto a cada una de las reclamaciones previstas del demandante.

192. El artículo 10.16.2 no aborda a primera vista lo que sucede más tarde, *después* de la presentación de una reclamación a arbitraje, en el caso de que un demandante considere que hay novedades que justifican la presentación de nuevas reclamaciones. Sin embargo, si esta fuese la única disposición relevante en el DR-CAFTA, el Tribunal podría entender la base para una lectura estricta que requeriría la presentación de una nueva notificación de intención antes de la presentación de reclamaciones adicionales.
193. Sin embargo, como toda disposición de un tratado, el artículo 10.16.2 debe interpretarse en el contexto de las disposiciones conexas del Tratado. En este caso, hay varias otras disposiciones del DR-CAFTA que aluden expresamente a las *modificaciones* de las reclamaciones, después de que una reclamación inicial o un conjunto de reclamaciones se haya sometido a arbitraje.
194. La primera de estas disposiciones se encuentra dos párrafos más adelante, dentro del mismo artículo general 10.16 sobre “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”. El artículo 10.16.4, que trata de la fecha en la que una determinada reclamación “se considerará sometida a arbitraje”, se divide estructuralmente en dos frases. La primera frase se refiere a las reclamaciones incluidas en la notificación de arbitraje del demandante, que se consideran presentadas en base a las reglas de arbitraje pertinentes invocadas por el demandante (el Convenio del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI). La segunda frase se refiere a la fecha de presentación de las reclamaciones subsiguientes, y establece que “[u]na reclamación *planteada por primera vez después de que tal notificación de arbitraje* haya sido sometida, se considerará sometida a arbitraje bajo esta Sección en la fecha de su recepción bajo las

reglas arbitrales aplicables.”²³⁵ En sus términos simples, esta disposición contempla expresamente la presentación de reclamaciones adicionales después de la presentación de una notificación de arbitraje, y lo hace sin sugerir que dicha presentación esté condicionada a la remisión al artículo 10.16.2 anterior, es decir, al requisito previo de presentar una segunda notificación de intención y de agotar un segundo período de espera, antes de presentar una segunda notificación de arbitraje (o una modificación de la misma). De hecho, la única referencia a una notificación de arbitraje en el artículo 10.16.4 es a la notificación de arbitraje *original*, anterior a la presentación de la nueva reclamación. La ausencia de toda mención de una segunda notificación de arbitraje aplicable a esta circunstancia es significativa, porque parece sugerir que la afirmación de la nueva reclamación se realiza mediante un proceso separado (no regido por el artículo 10.16.2) del aplicado a la iniciación original del caso.

195. En otras palabras, el artículo 10.16 debe ser leído en su conjunto, de manera que se dé sentido tanto a su apartado 2 (artículo 10.16.2) como a su apartado 4 (artículo 10.16.4). Leído en conjunto, el artículo parece establecer los requisitos para *iniciar* un arbitraje, definidos para exigir la identificación previa de todas las reclamaciones previstas en ese momento mediante una notificación de intención, pero también permite expresamente la posibilidad de que una reclamación adicional pueda ser “planteada por primera vez después de que tal notificación de arbitraje”, sin exigir la repetición de la notificación de intención y la notificación del proceso de arbitraje.
196. Esta lectura se ve reforzada por dos párrafos del artículo 10.20.4 siguiente, que autoriza la presentación de objeciones preliminares que “como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo.” El artículo 10.20.4(a), que regula el plazo para la presentación de objeciones preliminares, calcula esos plazos basándose en la posibilidad de dos categorías diferentes de reclamaciones: las presentadas en la notificación original del arbitraje, y las aplicables “en el caso de una

²³⁵ Artículo 10.16.4 DR-CAFTA, (CL-0001-SPA) (énfasis añadido).

modificación de la notificación de arbitraje.”²³⁶ El artículo 10.20.4(c) se refiere igualmente a las modificaciones, indicando que “el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (*o cualquier modificación de ésta*) ...”²³⁷ Sin embargo, nada en el texto del Tratado condiciona el proceso de enmienda -que da lugar a la presentación de una nueva reclamación- a un retorno previo a la fase de notificación de intención del artículo 10.16.2. Y, por supuesto, no tendría sentido permitir que se añadieran nuevas reclamaciones *después* de la Notificación de Arbitraje más fácilmente que *dentro* de la misma Notificación de Arbitraje.

197. Es igualmente relevante que en ambas disposiciones del DR-CAFTA -el artículo 10.16.4, que se refiere a una “reclamación planteada por primera vez después” de la notificación del arbitraje, y el artículo 10.20.4, que se refiere a una “modificación” de la notificación del arbitraje- haya referencias cruzadas a las normas de arbitraje aplicables. El DR-CAFTA fue claramente preparado con conocimiento de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de la CNUDMI, y nada en el texto del Tratado sugiere una intención de desplazar aquellas reglas con respecto a la admisibilidad de las reclamaciones adicionales. En el caso de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la regla pertinente es la Regla 40, que aborda en sus tres incisos los requisitos sustantivos, temporales y procesales para hacer valer “una demanda incidental o adicional”, también denominada demanda subordinada.²³⁸ En este caso, la Demandada no ha sugerido que alguno de estos requisitos, independientemente, impida la admisión de la reclamación de NMF de los Demandantes. Su sugerencia es más bien que los Demandantes ni siquiera pueden llegar a un análisis bajo las Reglas del CIADI, porque el DR-CAFTA

²³⁶ Artículo 10.20.4(a) DR-CAFTA (CL-0001-SPA) (énfasis añadido).

²³⁷ Artículo 10.20.4(c) DR-CAFTA (CL-0001-SPA) (énfasis añadido).

²³⁸ Con respecto a los requisitos sustantivos, la Regla de Arbitraje 40(1) del CIADI permite la presentación de “una demanda incidental o adicional... que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.” Con respecto a los requisitos temporales, la Regla 40(2) requiere que una demanda adicional “se presentará a más tardar en la réplica ..., a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.” Por último, con respecto al procedimiento, el artículo 40(3) requiere que un tribunal que permita una demanda subordinada dé la oportunidad a la parte demandada de presentar observaciones por escrito sobre dicha demanda.

reemplaza dicho análisis proporcionando su propio requisito general de notificación de intención previa antes de que cualquier nueva reclamación pueda ser sometida a arbitraje. El Tribunal no puede aceptar esta propuesta, dadas las referencias expresas en el DR-CAFTA a la presentación de nuevas reclamaciones y a las enmiendas a la notificación de arbitraje, así como las referencias expresas, entre otras, a las Reglas del CIADI en las mismas disposiciones del Tratado.

198. Por último, esta lectura de las disposiciones pertinentes del DR-CAFTA, en su contexto correspondiente, no invalidaría el objeto y propósito de exigir una notificación de intención o un período de espera antes de que un demandante pueda iniciar un procedimiento de arbitraje. El Tribunal reconoce que tales requisitos tienen varios propósitos, entre ellos, permitir al Estado demandado investigar la reclamación, llevar a cabo las negociaciones de solución de controversias que considere apropiadas y tomar las medidas iniciales para organizar su defensa previo al inicio del procedimiento. Una vez iniciado el arbitraje, la incorporación de una reclamación accesoria no perjudica significativamente estos objetivos, siempre que la reclamación esté relacionada con la controversia existente y se añada con suficiente antelación en el procedimiento para que el Estado tenga la oportunidad necesaria de investigar, debatir y responder. Éstos son precisamente los objetivos que la Regla 40 del Reglamento de Arbitraje del CIADI trata de salvaguardar. Cuando, como en el caso presente, la nueva reclamación se añade *lo antes posible* dentro del proceso de arbitraje - en la Notificación de Arbitraje que inicia el procedimiento mismo, y poco después del nuevo hecho reclamado - el Tribunal no ve un perjuicio efectivo, ni mucho menos un perjuicio tan grave como para sobrepasar su lectura contextual del DR-CAFTA en el sentido de permitir nuevas reclamaciones en estas circunstancias.
199. Por último, el Tribunal observa que la lectura contraria del DR-CAFTA por parte de la Demandada -que requeriría que un demandante reiniciara el proceso de notificación de intención y período de espera con respecto a cualquier nueva conducta del Estado después de su notificación de intención inicial, antes de poder presentar cualquier reclamación en los procedimientos relativos a dicha conducta subsiguiente- proporcionaría la posibilidad de interrupción y duplicidad, así como la posibilidad de causar inconvenientes. Dada la

realidad de los cronogramas procesales, sería muy difícil preparar la información sobre cualquier nueva reclamación a tiempo para que se conociese junto con las reclamaciones originales. Ello daría lugar efectivamente a una elección entre: (a) pedir al tribunal existente la suspensión o prórroga del cronograma procesal para permitir la actualización la nueva reclamación, o (b) presentar un nuevo arbitraje para abordar la nueva reclamación, a fin de no retrasar la resolución de las reclamaciones originales, aunque las reclamaciones antiguas y nuevas puedan estar estrechamente relacionadas, siendo más sensato que fuesen resueltas conjuntamente por un solo tribunal. Nada en el DR-CAFTA, que prevé expresamente la presentación de reclamaciones adicionales y modificadas incluso *después* de una notificación de arbitraje (es decir, más tarde en el procedimiento que lo que ocurrió aquí) parece exigir un resultado tan improbable e inconveniente.

(3) OPORTUNIDAD DE LA RECLAMACIÓN DE FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS DE LOS DEMANDANTES

a. Posición de la Demandada

200. La Demandada sostiene que la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas debe desestimarse porque está prescrita y, por consiguiente, fuera del ámbito del consentimiento de la jurisdicción del Tribunal, de conformidad con el plazo de prescripción de tres años que figura en el artículo 10.18.1 del DR-CAFTA.²³⁹ En su Réplica, la Demandada sostiene además que los Demandantes han intentado reescribir esta reclamación en respuesta a sus objeciones, y reitera que la ley exige que se desestime esta reclamación.²⁴⁰

A. La caracterización de la protección y seguridad plenas de los Demandantes

201. Según la Demandada, la Notificación de Arbitraje de los Demandantes revela que éstos tuvieron conocimiento de la supuesta falta de respuesta de Guatemala a las “protestas y

²³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 106-140.

²⁴⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 158-183.

bloqueos continuos y sistemáticos” de su inversión y las pérdidas relacionadas en 2012.²⁴¹ Sin embargo, no presentaron esta reclamación hasta el 9 de noviembre de 2018, mucho después de que hubiera expirado el plazo de prescripción de tres años. De conformidad con el artículo 10.18.1 del DR-CAFTA, la Demandada alega que cualquier reclamación derivada de hechos anteriores a la fecha límite del 9 de noviembre de 2015 ha prescrito. La Demandada se remite al tribunal de *Berkowitz* por la proposición de que la primera apreciación de la pérdida o daño inicia el plazo de prescripción con arreglo al DR-CAFTA; no se requiere el conocimiento del alcance total o la cuantificación de la pérdida o daño.²⁴² Aquí, la Demandada argumenta que los Demandantes deben al menos tener un conocimiento constructivo que se remonte a 2012.

202. La Demandada señala que los Demandantes han tratado de reescribir su reclamación de protección y seguridad plenas, alegando ahora que hubo una “nueva ola de protestas” que comenzó en 2016,²⁴³ y complementando su reclamación anterior con nuevas (y contradictorias) alegaciones de hechos y trece pruebas relacionadas con los acontecimientos de 2016 y 2017. La Demandada destaca que, en cambio, en la notificación de arbitraje no se distinguía entre las protestas anteriores a 2016 y las que se produjeron de 2016 en adelante.²⁴⁴
203. La Demandada también sostiene que la caracterización por los Demandantes de la supuesta violación como “continua” no les permite eludir el plazo de tres años para la presentación de una reclamación al arbitraje. Incluso suponiendo que se argumente que la supuesta “nueva ola de protestas que comenzó en 2016” equivalga a una clara violación de la norma

²⁴¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 118, 124, 128 (citando de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes ¶ 121).

²⁴² Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 111 (basándose en *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) c. República de Costa Rica*, Caso N° UNCT/13/2, Laudo Provisorio (Corregido), 30 de mayo de 2017, (en adelante “*Berkowitz*”) ¶ 213, RL-0038-137).

²⁴³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 158 (citando el Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes, ¶ 121).

²⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 158-164 (discutiendo los supuestos cambios en la base de hechos afirmados por los Demandantes para su reclamación de protección y seguridad plenas).

de protección y seguridad plenas, y que los Demandantes sólo reclamen daños derivados de acontecimientos posteriores a 2015, sigue siendo aplicable el plazo de prescripción previsto en el artículo 10.18.1 del DR-CAFTA. A juicio de la Demandada, un “incumplimiento continuo” no renueva el plazo de prescripción, ni cambia la fecha en que los Demandantes tuvieron conocimiento de ello por primera vez. Los Demandantes no pueden basar su reclamación “en la transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas” de la Demandada para eludir esta restricción, como señaló acertadamente el tribunal de *Corona*.²⁴⁵

B. *Las normas jurídicas aplicables*

204. En apoyo de esta objeción, la Demandada se basa en la jurisprudencia de los tribunales del DR-CAFTA, la práctica posterior de las Partes del DR-CAFTA de conformidad al artículo 31(3)(b) de la CVDT, y el significado común, contexto, objeto y propósito del artículo 10.18.1 del DR-CAFTA.
205. *Primero*, la Demandada sostiene que los tribunales del DR-CAFTA han sostenido sistemáticamente que el plazo de prescripción de tres años debe calcularse a partir de la “primera” toma de conocimiento correspondiente, y no a partir de la toma posterior o definitiva de dicho conocimiento. Los casos *Berkowitz* y *Corona* son buenos ejemplos de ello.²⁴⁶ Como señaló el primer tribunal, es irrelevante que las alegaciones de los Demandantes “se formulan en términos de la conducta posterior al plazo de prescripción de la Demandada o en términos de violaciones continuas.”²⁴⁷
206. La Demandada sostiene que los Demandantes, por el contrario, ponen demasiado énfasis en un solo caso publicado hace más de doce años, *UPS*, que no ha sido seguido por una línea de decisiones posteriores del TLCAN y el DR-CAFTA (incluyendo *Berkowitz* y

²⁴⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 162 (citando a *Corona*, ¶¶ 214-215 (citando a *Grand River*, ¶ 81, RL-0002- SPA).

²⁴⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 131-132 y Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 172-173, 179 (citando a *Berkowitz*, ¶ 208; *Corona*, ¶¶ 198, 215).

²⁴⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 173 (citando a *Berkowitz, Laudo*, ¶¶ 251-252).

Corona), y que también ha sido criticado por los académicos.²⁴⁸ Tampoco, en opinión de la Demandada, *Feldman* apoya la interpretación del tribunal de *UPS*. El tribunal de *Feldman* analizó sólo si la falta de jurisdicción sobre las acciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN también excluía la jurisdicción sobre la parte de un curso de acción continuo que se produjo después de la entrada en vigor; el tribunal no se ocupó de un curso de acción que comenzó y continuó después de la entrada en vigor del TLCAN.²⁴⁹

207. La Demandada también sostiene que los Demandantes se basan en laudos que interpretan o aplican erróneamente. En *Grand River*, por ejemplo, el tribunal rechazó la posición del demandante de que había varios períodos de prescripción en cuestión, y consideró que se podían impugnar cierta “legislación complementaria” y enmiendas a las leyes existentes adoptadas después de la fecha límite. El tribunal de *Grand River* prestó especial atención a si esas medidas “estaban claramente identificadas como incluidas en la reclamación en la Notificación de Arbitraje y la Declaración Particular de Reclamación”, lo que claramente no es el caso aquí.²⁵⁰ La Demandada alega que los Demandantes también hacen caso omiso de *Ansung*, que confirma que no se pueden aplicar plazos de prescripción diferentes a las supuestas omisiones de la Demandada antes de 2016 y después de 2015. El tribunal en ese caso aceptó que “daños por [una omisión continua]... pueden medirse a partir de diferentes momentos después de la primera incidencia de esa omisión”, pero determinó que ni la “omisión continua” de la Demandada después de la fecha límite ni la liquidación definitiva de los daños por parte del demandante reiniciaron el plazo de prescripción.²⁵¹ Las demás decisiones citadas por los Demandantes, como las de *Eli Lilly*, *Mobil* y *Nissan*, son

²⁴⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 179-180 (citando a *Berkowitz*, *Award*, ¶ 208; *Corona*, *Laudo*, ¶ 215).

²⁴⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 181-182 (discutiendo *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1, Decisión Provisoria sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares, 6 de diciembre de 2000, ¶ 62, CL-0094-ENG).

²⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 169 (citando a *Grand River c. Canadá*, Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶¶ 87-89, 94, RL-0039-037-041-ENG); véase también Tr-E, Audiencia de 16 de diciembre de 2019, p. 181:5-182:11.

²⁵¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 170 (citando *Ansung c. China*, Caso CIADI N° ARB/14/25, *Award*, 9 de marzo de 2017, RL-0103-ENG, ¶¶ 109-110, 112).

igualmente improcedentes en opinión de la Demandada.²⁵² No se trata de un caso en el que los Demandantes señalen ciertas medidas como antecedentes de hecho, o en el que el incumplimiento no se haya cristalizado hasta después de la fecha límite. La Demandada sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que se basan los Demandantes, tampoco es de ninguna ayuda para este caso. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos no tiene ninguna relación con la jurisdicción de un tribunal de arbitraje entre inversores y Estados.²⁵³

208. *Segundo*, la Demandada afirma que la práctica ulteriormente seguida por las Partes del DR-CAFTA en la aplicación del artículo 10.18.1, “habrá de tenerse en cuenta” según el artículo 31(3)(b) de la CVDT, también es plenamente coherente con la lectura de la disposición por parte de los tribunales en el pasado. Por ejemplo, en el caso *Corona*, Estados Unidos sostuvo en su presentación como Estado Parte no contendiente que “el Artículo 10.18.1 se refiere al conocimiento adquirido por primera vez en una ‘fecha’ concreta de la supuesta violación y pérdida. Tal conocimiento no se puede adquirir en varios momentos o de forma recurrente.”²⁵⁴ Estados Unidos presentó el mismo argumento en *Berkowitz*, y República Dominicana también ha respaldado esta misma interpretación.²⁵⁵

209. *Por último*, la Demandada sostiene que permitir que los Demandantes eludan el plazo de prescripción de tres años basando su reclamación en la supuesta transgresión más reciente en una serie de acciones similares y relacionadas iría en contra de las normas de interpretación de la CVDT y renovar el período de prescripción, ya que esto efectivamente quitaría a la cláusula de prescripción su propósito esencial, a saber, “trazar una línea

²⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 174-177 (citando a *Eli Lilly and Co. c. Canadá*, Caso N° UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017, ¶¶ 163-165; *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá*, Caso CIADI N° ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 13 de julio de 2018, (en adelante “*Mobil*”), ¶ 6, CL-0090-ENG; *Nissan* ¶ 328, CL-0078-ENG).

²⁵³ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 183.

²⁵⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 133 (refiriéndose a *Corona*, Presentación de Estados Unidos de América, 11 de marzo de 2016, ¶¶ 3-5, RL-0042-ENG).

²⁵⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶¶ 134-135 (refiriéndose a *Berkowitz*, Presentación de Estados Unidos de América, 17 de abril de 2015, ¶¶ 4-7, RL-0043-002-002).

respecto de la acusación de reclamos históricos”, como señalaron acertadamente los tribunales de *Berkowitz y Corona*.²⁵⁶ Permitir que se presenten afirmaciones como ésta también, según la Demandada, resultaría en incertidumbre e inestabilidad, lo que no se corresponde con los objetivos del DR-CAFTA.

b. Posición de los Demandantes

210. Los Demandantes sostienen que su reclamación por falta de protección plena es oportuna. Sostienen que la Demandada malinterpreta la naturaleza de su reclamación y distorsiona la ley para apoyar su objeción.²⁵⁷ Además, los Demandantes sostienen que, incluso si la Demandada estuviese en lo correcto al afirmar que las protestas en cuestión comenzaron en 2012, la reclamación no prescribiría, porque el plazo de prescripción sólo comienza a correr a partir de la fecha en que una violación continua cesa, no a partir de la fecha en que comienza.

A. La caracterización de la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes

211. Según los Demandantes, su reclamación de protección y seguridad plenas no se basa en una sola infracción constante, ni se deriva de los acontecimientos ocurridos en 2012. Más bien, esta reclamación se refiere al hecho de que la Demandada no haya proporcionado protección y seguridad plenas en relación con las protestas y bloqueos que estallaron a principios de 2016, casi dos años después de iniciadas las operaciones en el Progreso VII, a raíz de la decisión de la Corte Suprema de Guatemala, de 11 de noviembre de 2015, de conceder un amparo contra el MEM.²⁵⁸ Por consiguiente, los Demandantes no tuvieron conocimiento del incumplimiento de la Demandada y de los daños resultantes hasta principios de 2016. Esta nueva ola de protestas y bloqueos, y el consiguiente incumplimiento por parte de la Demandada de su obligación de ofrecer protección y

²⁵⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 179 y Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 138 (citando a *Berkowitz*, ¶ 208.).

²⁵⁷ Véase Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 134 *et seq.* y Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 104 *et seq.*

²⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 116.

seguridad plenas, impidió que Exmingua llevara a cabo las consultas sociales y completara el EIA para Santa Margarita, en apoyo de su solicitud de una licencia de explotación.

212. Los Demandantes sostienen que la descripción contenida en la Notificación de Arbitraje de las protestas de 2012 y el consiguiente fracaso de Guatemala en la protección de la inversión de los Demandantes se proporcionaron como antecedentes de hecho, y no como un elemento de su reclamación. Destacan que, aunque las protestas de 2012 retrasaron el inicio de las actividades de explotación en el emplazamiento de *Progreso VII* durante más de dos años, los Demandantes no han alegado ni están alegando ningún incumplimiento y no están solicitando ningún daño con respecto a dicho retraso. Las protestas y bloqueos que comenzaron en 2012 terminaron en 2014, tras la intervención de la Demandada, lo cual es un hecho irrefutable.²⁵⁹ Además, el uso de la palabra “continua” en la Notificación de Arbitraje, en la que la Demandada ha puesto mucho énfasis, tenía la intención de mostrar simplemente la naturaleza continua de los bloqueos mientras duraron.²⁶⁰ En cualquier caso, si el Tribunal considera que hay algo que no esté claro en cuanto al momento de estas protestas distintas, sería para la fase de fondo.²⁶¹
213. Los Demandantes sostienen que la pérdida o daño por el que alegan una reclamación de protección y seguridad plenas es la pérdida de oportunidad para obtener una licencia de explotación para el *Proyecto Santa Margarita*, como resultado de la nueva ola de protestas que se produjo a principios de 2016 y de la no intervención de la Demandada. Los Demandantes no solicitan la protección y seguridad plenas en relación con Progreso VII, porque a Exmingua ya se le prohibió realizar actividades mineras en esa zona como resultado de la sentencia de amparo de la Corte Suprema y la orden de suspensión del MEM. Por consiguiente, los Demandantes no sufrieron ninguna pérdida o daño adicional o distinto como consecuencia de la violación de la protección y la seguridad plenas de la Demandada en relación con el proyecto Progreso VII. Los daños correspondientes a ese proyecto ya se habían sufrido como resultado de las infracciones de la Demandada al

²⁵⁹ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 221:20-223:22.

²⁶⁰ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, p. 134:2-6.

²⁶¹ Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 134:6-136:1.

suspender arbitraria e ilegalmente la licencia de explotación de Exmingua para Progreso VII.²⁶²

214. Los Demandantes afirman además que los elementos de hecho que presentaron con su Memorial de Contestación únicamente confirman los hechos expuestos en su Notificación de Arbitraje anterior y proporcionan un contexto a las alegaciones de hecho que subyacen a su reclamación.²⁶³ En cualquier caso, el Tribunal está facultado para considerar hechos más allá de los establecidos en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, porque el Artículo 10.20.4(c) del DR-CAFTA no se aplica a la objeción de la Demandada en cuanto a la oportunidad de la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes.²⁶⁴

B. *Las normas jurídicas aplicables*

215. Los Demandantes sostienen que la Demandada malinterpreta las disposiciones y decisiones en las que trata de basarse.

216. *Primero*, los Demandantes consideran que, a los efectos de evaluar la oportunidad de una reclamación, es “posible y apropiado ...separar una serie de acontecimientos en distintos componentes...”, como determinó el tribunal del caso *Clayton c. Canadá*.²⁶⁵ Ese fue también el enfoque adoptado por el tribunal en *Grand River*, caso que (en contra de lo afirmado por la Demandada) no contradice la posición de los Demandantes en este caso.²⁶⁶ Ello se debe a que este caso no se trata de una situación relativa a la “aplicación” de una medida de fecha precrítica; en cambio, a principios de 2016 hubo nuevas protestas y un nuevo bloqueo, desencadenado por un nuevo evento. Los demás casos de la Demandada, a

²⁶² Tr-E, Audiencia 16 de diciembre de 2019, pp. 220:2-221:3.

²⁶³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 143.

²⁶⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 144.

²⁶⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 107 (citando a *Clayton, Laudo sobre Jurisdicción*, ¶¶ 266-269).

²⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 146 (citando a *Grand River*, ¶¶ 86-87).

saber, *Corona*, *Berkowitz* y *Ansung*, tampoco desvirtúan esta conclusión.²⁶⁷ A diferencia de este caso, dichos casos implicaban una medida singular que daba lugar a una infracción y un daño fuera del período de prescripción. La conducta o inactividad adicional en que los demandantes trataron de basarse después de la fecha de prescripción no dio lugar a nuevos daños o pérdidas para los demandantes, aparte de las pérdidas ya sufridas.²⁶⁸ Los Demandantes sostienen que la situación es totalmente diferente en este caso.

217. *Segundo*, los Demandantes sostienen que los tribunales pueden tener en cuenta las medidas de fecha anterior a la crítica como antecedentes de hecho y contexto, sin entrar en conflicto con el plazo de prescripción del Tratado. Los laudos de *Eli Lilly* y *Mondev* lo confirmaron.²⁶⁹ Además, contrario a la sugerencia de la Demandada, no hay ningún requisito en el DR-CAFTA para que los Demandantes designen ciertos hechos en su Notificación de Arbitraje como “antecedentes de hecho.”²⁷⁰ En cualquier caso, en sus presentaciones en respuesta a las Objeciones Preliminares de la Demandada, los Demandantes han aclarado la base de hechos de su reclamación de protección y seguridad plenas, y los antecedentes de hecho que el Tribunal puede considerar para determinar su reclamación.²⁷¹

218. *Tercero*, los Demandantes sostienen que el plazo de prescripción del DR-CAFTA no comienza a correr hasta que el demandante haya tenido conocimiento por primera vez (o debiese haberlo tenido) de la pérdida o el daño sufrido como consecuencia de la medida específica que alega que constituye la violación. Como explicaron los tribunales de *Mobil*, *UPS* y *Nissan*, el conocimiento implica más que una simple sospecha, y un curso de conducta continuo puede perfectamente generar pérdidas de dimensiones diferentes en

²⁶⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 107 (citando a *Grand River*, ¶ 81).

²⁶⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 149-150.

²⁶⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 109 (citando a *Eli Lilly*, ¶ 172, *Mondev*, ¶70).

²⁷⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 151 (haciendo referencia a la Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada ¶ 174).

²⁷¹ *Id.*

momentos distintos.²⁷² Por consiguiente, los tribunales determinaron que las reclamaciones de los demandantes se habían consolidado dentro de los plazos de prescripción aplicables. Además, y contrario a lo sostenido por la Demandada, las Partes del TLCAN no han hecho caso omiso de la interpretación de *UPS* en la práctica posterior. En cualquier caso, la Demandada no ha probado que la práctica ulterior de todas las Partes del DR-CAFTA (que se extiende más allá de las Partes del TLCAN) establezca un acuerdo sobre la interpretación del artículo 10.18.1 del DR-CAFTA.²⁷³

219. *Por último*, los Demandantes sostienen que, incluso si el Tribunal considerase que el incumplimiento en cuestión por el que reclaman pérdidas y daños es un incumplimiento continuo que comenzó en 2012, la reclamación de los Demandantes no prescribiría, porque el plazo de prescripción se renovó por los incumplimientos continuos que se produjeron en 2016 en adelante.²⁷⁴ Los Demandantes citan del laudo de *UPS* que “líneas de conducta permanente constituyen violaciones continuas de las obligaciones jurídicas y, en consecuencia, extienden el plazo de prescripción.”²⁷⁵ Esto concuerda con la decisión en el caso *Feldman c. México*, en el que el tribunal reconoció, con arreglo a esta lógica, la reclamación del demandante por el lucro cesante después de la entrada en vigor del TLCAN, aunque la reclamación se refería a medidas que México había adoptado antes de la vigencia del TLCAN.²⁷⁶ También está en consonancia con otras fuentes de derecho internacional, como se refleja en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Agrotexim c. Grecia*, en la que la Comisión declaró que en una “situación continua”, todo plazo “comienza a correr desde que finaliza la situación en cuestión.”²⁷⁷

²⁷² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶¶ 110-112 (citando a *Mobil*, ¶ 155; *UPS*, ¶ 30; and *Nissan*, ¶¶ 57, 285, 329).

²⁷³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 155.

²⁷⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 128.

²⁷⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes ¶ 113 (citando a *UPS* ¶ 28)

²⁷⁶ *Id.* ¶ 114 (citando a *Marvin Roy Feldman Karpa v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1, Laudo sobre el Fondo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 199, CL-0093-ENG/SPA)

²⁷⁷ *Id.* ¶ 115 (citando a *Agrotexim Hellas S.A. and Others c. Grecia*, Decisión de la Comisión de fecha 12 de febrero de 1992, DR 72, en 5, 9 CL-0095-ENG)

c. Análisis del Tribunal

220. La tercera objeción de la Demandada se presenta bajo el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, que prevé una decisión expedita sobre las objeciones de que “la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal.”²⁷⁸ A diferencia de las objeciones conforme al artículo 10.20.4, las objeciones sobre jurisdicción no requieren que un tribunal asuma todos los hechos alegados en la notificación de arbitraje como ciertos.²⁷⁹ No obstante, al igual que una objeción con arreglo al artículo 10.20.4 requiere una determinación del umbral de la reclamación *que efectivamente se presentó*, para determinar si “la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante,”²⁸⁰ la objeción particular de la Demandada con arreglo al artículo 10.20.5 requiere una determinación del umbral similar. Ello se debe a que, de conformidad con el artículo 10.18.1, la disposición relativa a los plazos que la Demandada invoca como fundamento de su objeción jurisdiccional, la investigación pertinente es si “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... sufrió pérdidas o daños” por consecuencia de dicha violación.²⁸¹ Esta determinación no puede hacerse sin una determinación previa de *qué violación específica se ha alegado*.
221. Al hacer esta última determinación, el tribunal comienza necesariamente con el escrito operativo que expone las alegaciones (la notificación de arbitraje). Pero como se ha examinado en la sección V.1.c *supra*, en el contexto del artículo 10.20.4, esto no significa que, en caso de ambigüedad en dicho documento, un tribunal deba ignorar las aclaraciones posteriores sobre qué infracciones *realmente* se están alegando y persiguiendo de hecho. No tendría sentido que un tribunal determinara su jurisdicción sobre una supuesta violación

²⁷⁸ Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA); véase carta de la Demandada detallada en ¶ 55 *supra* (invocando el artículo 10.20.5).

²⁷⁹ Cf. Artículo 10.20.4(c) del DR-CAFTA (CL-0001-SPA).

²⁸⁰ Artículo 10.20.4 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA); véase Sección V.1.c *supra* (discutiendo la necesidad de determinar cuál reclamación fue presentada).

²⁸¹ Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA) (énfasis añadido)

que un demandante insiste en que no ha alegado o en cualquier evento que no esté persiguiendo.

222. Este punto adquiere importancia aquí, porque la objeción de la Demandada sobre la prescripción parece estar dirigida en gran parte a una supuesta violación de la protección y la seguridad plenas que los Demandantes insisten en que en realidad no están reclamando, o al menos ya no están persiguiendo. La Demandada señala el texto de la Notificación de Arbitraje de los Demandantes que se refiere a las protestas populares y bloqueos en 2012 que impidieron el acceso al Proyecto Progreso VII de Exmingua, y toma nota correctamente de la declaración de los Demandantes con respecto a esos eventos que “KCA y Exmingua buscaron asistencia de varias autoridades gubernamentales locales y nacionales, pero el Estado no tomó medidas significativas o efectivas para detener el bloqueo ilegal del Proyecto Progreso VII.”²⁸² Los Demandantes, sin embargo, señalan párrafos posteriores de la Notificación de Arbitraje que establecen que tras el otorgamiento de un amparo a favor de Exmingua, “en mayo de 2014 se reanudaron las actividades de explotación en Progreso VII, y para finales de año, Exmingua hizo su primer envío de concentrado.”²⁸³ Si bien los Demandantes observaron que “los bloqueos regulares continuaron, sin embargo, sin respuestas efectivas del Estado,”²⁸⁴ una palabra clave aquí es “irregular”, que no implica una amplitud o constancia en cuanto a cerrar operaciones. Por el contrario, la Notificación de Arbitraje indica que las operaciones continuaron en el Proyecto Progreso VII hasta que la Corte Suprema de Guatemala concedió un amparo en noviembre de 2015 suspendiendo su licencia de explotación, y posteriormente el MEM emitió una resolución en marzo de 2016 suspendiendo los derechos de explotación de Exmingua.²⁸⁵

²⁸² Notificación de Arbitraje ¶ 42. [Traducción del Tribunal]

²⁸³ Notificación de Arbitraje ¶¶ 44-45. [Traducción del Tribunal]

²⁸⁴ Notificación de Arbitraje ¶ 45. [Traducción del Tribunal]

²⁸⁵ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 51 (haciendo referencia a “la mina Progreso VII [estando] ya en producción”), ¶ 52 (refiriéndose al levantamiento de un bloqueo de accesos tras el cual “las actividades de Exmingua en Progreso VII se reanudaron”), ¶¶ 54-55 (refiriéndose a la decisión de noviembre de 2015 de la Corte Suprema y a la decisión del MEM de marzo de 2016). [Traducción del Tribunal]

223. Estos párrafos apoyan la aclaración de los Demandantes de que ciertas referencias en su Notificación de Arbitraje a bloqueos “continuos” no tenían por objeto referirse principalmente al Proyecto Progreso VII, o en cualquier caso alegar que los bloqueos en ese sitio (a diferencia de las acciones de la Corte Suprema y del MEM) fueron la causa directa de los daños que los Demandantes alegan con respecto a dicho Proyecto. Por lo tanto, los Demandantes insisten en que *no* están presentando ninguna reclamación por los eventos anteriores a 2016 con respecto al Proyecto Progreso VII. También insisten en que, con respecto a los eventos posteriores, no alegan ningún daño separado como resultado de las protestas y bloqueos posteriores en el sitio de Progreso VII, ya que la licencia de Exmingua fue suspendida, en cualquier caso. Esta explicación es creíble a la luz de las referencias de la Notificación de Arbitraje a la reanudación de las operaciones antes de la suspensión de la licencia. El Tribunal acepta la palabra de los Demandantes respecto a qué violación están alegando, y qué violación no están alegando, con respecto al Proyecto Progreso VII.
224. La Notificación de Arbitraje es algo más problemática con respecto al Proyecto Santa Margarita adyacente, ya que simplemente afirma que “Exmingua y sus consultores... no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos en el sitio desde 2012.”²⁸⁶ En la Notificación de Arbitraje no se indica si se restableció algún acceso al sitio de Santa Margarita durante el período provisional que comenzó en mayo de 2014, cuando Exmingua obtuvo acceso al sitio adyacente de Progreso VII; si durante ese período provisional se hizo algún esfuerzo por avanzar en las consultas sobre la EIA para Santa Margarita; y si se formuló alguna solicitud de asistencia a las autoridades de Guatemala durante ese período. Estas pueden ser cuestiones de hecho relevantes para determinar la oportunidad de cualquier reclamación de protección y seguridad plenas relacionadas con el Proyecto Santa Margarita, pero no son cuestiones que el Tribunal pueda determinar simplemente sobre la base del breve escrito inicial en este caso.

²⁸⁶ Notificación de Arbitraje ¶ 48. [Traducción del Tribunal]

225. A los efectos de la fase de Objeción Preliminar, lo importante es que los Demandantes insisten -a pesar de cualquier confusión que su Notificación de Arbitraje pueda haber creado- en que *no están tratando* de obtener protección y seguridad plenas por hechos anteriores a la “fecha crítica” acordada del 9 de noviembre de 2015. Sobre la base de esta declaración, ya no existe (si es que alguna vez existió) ninguna “*violación alegada* conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1” con respecto al período de la fecha precrítica.²⁸⁷ En opinión del Tribunal, esto basta para superar el obstáculo inicial de la fase de Objeciones Preliminares, que se centra en las alegaciones de los Demandantes.
226. Esto no significa que la cuestión de la prescripción se resuelva a los efectos de este caso, sino sólo que la cuestión jurisdiccional que presenta es una que requiere una investigación adecuada de los hechos y no puede resolverse simplemente como una cuestión del primer escrito. A su debido tiempo, es probable que se desarrollen las pruebas relativas a cualquier bloqueo correspondiente, cualquier acceso al sitio pertinente a pesar de los bloqueos, y cualquier apelación relevante para la asistencia del Estado. El Tribunal puede ser llamado a decidir si los acontecimientos posteriores a 2016 que los Demandantes destacan actualmente a los efectos de su reclamación en virtud del tratado implicaron nuevas acciones u omisiones de los Estados, o simplemente la continuación de (o los efectos derivados de) acciones u omisiones anteriores de los Estados, asuntos que bien podrían ser aplicables a la cuestión de la prescripción. Resulta simplemente prematuro, sin apenas pruebas en el expediente, que el Tribunal llegue a conclusiones de hecho sobre “la fecha en que [los Demandantes] tuv[ieron] o deb[ieron] haber tenido conocimiento de la violación alegada” que ahora alegan, así como la fecha en que los Demandantes tuvieron “conocimiento de que [ellos]... sufri[eron] pérdidas o daños” a causa de ese incumplimiento.²⁸⁸
227. El Tribunal también considera prematuro opinar en este momento sobre la jurisprudencia que las Partes han presentado en relación con los “actos continuos” y otras cuestiones

²⁸⁷ Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA) (énfasis añadido).

²⁸⁸ Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA).

doctrinales pertinentes en materia de normativa sobre inversiones. La discusión de los principios legales se hace mejor con los antecedentes de un registro probatorio desarrollado, y nada en el DR-CAFTA requiere que el Tribunal decida en la fase de objeciones preliminares una objeción jurisdiccional concreta que depende en gran medida de los hechos, antes de la presentación de las pruebas relativas a los hechos relevantes. Las Partes siguen siendo libres de volver a estas cuestiones jurídicas en sus memoriales posteriores, en el contexto del registro probatorio ampliado que el Tribunal confía en que presentarán.

228. Por consiguiente, el Tribunal niega la solicitud de la Demandada, de conformidad con el artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, de desestimar inicialmente la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas por haber prescrito, y reserva para la fase de fondo de este arbitraje las cuestiones presentadas por dicha solicitud.

VI. COSTAS

229. El artículo 10.20.6 del DR-CAFTA autoriza a un tribunal, “si se justifica”, a adjudicar las costas a la parte vencedora en la fase de las objeciones preliminares, “[c]uando el tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 4 ó 5.” El Tratado establece que “Al determinar si dicho laudo se justifica, el tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas...”²⁸⁹
230. Los Demandantes solicitan una adjudicación de costas a su favor, dado “el carácter frívolo de las objeciones preliminares de la Demandada.”²⁹⁰ La Demandada solicita una adjudicación de las costas a su favor, porque las reclamaciones de los Demandantes “[fallan] como cuestión de derecho” y “son frívolas.”²⁹¹

²⁸⁹ Artículo 10.20.6 del DR-CAFTA (CL-0001-SPA).

²⁹⁰ Presentación de los Demandantes sobre Costos de la Etapa de Objeciones Preliminares, 14 de febrero de 2020, ¶ 2.

²⁹¹ Escrito de Costas de la República de Guatemala, 14 de febrero de 2020, ¶ 5.

231. El Tribunal se niega a ejercer la facultad discrecional otorgada de conformidad con el artículo 10.20.6 para dictar un laudo sobre las costas en la fase de objeciones preliminares. Ha desestimado las dos primeras objeciones de la Demandada, pero no considera que ninguna de ellas haya sido frívola en modo alguno. La primera objeción, en particular, presentaba una cuestión de derecho novedosa en el marco del DR-CAFTA que merecía atención y que requería un análisis considerable para resolver. La segunda objeción fue menos novedosa, pero no obstante surgió a causa de la decisión propia de los Demandantes de añadir una reclamación adicional a su Notificación de Arbitraje, sin abandonar su intención de hacerlo. Por último, el Tribunal ha aplazado la tercera objeción para examinarla junto con el fondo, dado su carácter intensivo en cuanto a los hechos. Es prematuro determinar en esta fase qué Parte prevalecerá en última instancia en cuanto a la prescripción, y los esfuerzos de las Partes y el Tribunal en este sentido no han sido en vano; los escritos sirven para informar a todos sobre las cuestiones que deberán ser resueltas en última instancia.

232. Por consiguiente, en esta fase, el Tribunal se limita a tomar debida nota de las posiciones y solicitudes de las Partes con respecto a las costas. Se ocupará de ellas en la etapa de fondo, lo que le permitirá hacer una evaluación general de las posiciones y conducta de las Partes con respecto a las objeciones preliminares en el contexto de los hechos y el derecho desarrollados durante las fases restantes de este caso.

VII. RESOLUCIONES

233. Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal:

- (1) Rechaza la solicitud de la Demandada de desestimar este arbitraje en su totalidad con base en su primera Objeción Preliminar;
- (2) Rechaza la solicitud de la Demandada de desestimar la reclamación de Trato de la Nación Más Favorecida de los Demandantes con base en su segunda Objeción Preliminar;

- (3) Rechaza la solicitud de la Demandada de desestimar la reclamación de protección y seguridad plenas de los Demandantes con base en su tercera Objeción Preliminar, sólo en la medida en que la Demandada solicite la resolución de su objeción jurisdiccional en virtud del artículo 10.18.1 como cuestión preliminar, y aplace dicha objeción jurisdiccional de carácter intensivo en cuanto a los hechos para su ulterior resolución en relación con el fondo de este caso; y
- (4) Se reserva la decisión sobre las solicitudes respectivas de costas de las Partes para determinarlas en conjunto con cualquier solicitud posterior de ese tipo al término de este procedimiento.

[firmado]

John M. Townsend
Árbitro

[firmado]

Zachary Douglas
Árbitro

(sujeto a una Opinión Disidente Parcial)

[firmado]

Sra. Jean Kalicki
Presidenta del Tribunal