

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

DANIEL W. KAPPES
Y
KAPPES , CASSIDAY & ASSOCIATES
Demandantes

Y
REPÚBLICA DE GUATEMALA
Demandada

Caso CIADI No. ARB/18/43

**OBJECIONES PRELIMINARES DE LA DEMANDADA CONFORME AL ARTÍCULO
10.20.5 DEL CAFTA-DR**

16 de agosto de 2019

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

Holland & Knight



Índice de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	ANTECEDENTES	8
	LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	8
	EXMINGUA.....	8
	LA ESTRATEGIA DE LOS DEMANDANTES DE UTILIZAR LOS TRIBUNALES Y LA POLICÍA GUATEMALTECOS PARA DESAFIAR EL MALESTAR DE LAS COMUNIDADES.....	9
	LOS DEMANDANTES PRESENTAN UNA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR QUE OMITIÓ UNA RECLAMACIÓN QUE SE INCLUYÓ EN LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE.....	10
III.	RESERVA DE DERECHOS.....	11
IV.	EL MECANISMO EXPEDITO DEL ARTÍCULO 10.20.5 DEL CAFTA-DR.....	12
V.	LAS RECLAMACIONES DEBEN SER DESESTIMADAS PORQUE LOS DEMANDANTES TRATAN DE RECUPERAR DAÑOS DE EXMINGUA Y VIOLAN EL PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS DE CAFTA-DR	15
	A. BAJO EL CAFTA-DR, UN DEMANDANTE PROPIETARIO DE O QUE CONTROLA UNA EMPRESA NO PUEDE INTERPONER RECLAMACIONES POR CUENTA PROPIA POR LAS SUPUESTAS PÉRDIDAS DE SU EMPRESA	18
	B. LOS DEMANDANTES HAN INTERPUESTO RECLAMACIONES POR CUENTA PROPIA PERO RECLAMAN COMPENSACIÓN POR LAS SUPUESTAS PÉRDIDAS DE EXMINGUA, LA EMPRESA DE LA QUE SON DUEÑOS ÚNICOS Y SOBRE LA QUE EJERCEN COMPLETO CONTROL	22
	C. LOS DEMANDANTES NO HAN CUMPLIDO CON LOS REQUISITOS ADICIONALES QUE EL CAFTA-DR LES IMPONE PARA TRATAR DE RECUPERAR LAS PÉRDIDAS DE EXMINGUA EN REPRESENTACIÓN DE EXMINGUA.....	25
	1. El laudo resultante de un arbitraje de inversión debe disponer que cualquier compensación monetaria por daño sufrido por la empresa se pague directamente a la empresa.....	26
	2. Exmingua debe renunciar a las reclamaciones en curso o futuras.....	28
	3. Las reclamaciones por pérdidas de la empresa que se han litigado localmente no se pueden volver a litigar ante tribunales internacionales.....	33
VI.	LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES SOBRE EL TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR Y DEBE SER DESESTIMADA	37

A.	EL ARTÍCULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR REQUIERE QUE LA NOTIFICACIÓN DE LA RECLAMACIÓN SE REALICE POR LO MENOS 90 DÍAS ANTES DE SER SOMETIDA A ARBITRAJE	38
B.	EL OBJETO Y FIN DE LA DISPOSICIÓN RELATIVA A LA NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN REQUIERE LA DESESTIMACIÓN DE LA RECLAMACIÓN SOBRE TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA	40
C.	LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN DESESTIMAN LAS RECLAMACIONES QUE INCUMPLEN EL REQUISITO DE NOTIFICACIÓN ESTABLECIDO EN EL CAFTA-DR Y TRATADOS SIMILARES	42
D.	LA RECLAMACIÓN DE TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DE LOS DEMANDANTES DEBE SER DESESTIMADA	47
VII.	LA RECLAMACIÓN POR FALTA DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS HA PRESCRITO BAJO EL ARTÍCULO 10.18.1 DEL CAFTA-DR Y EXCEDE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL	49
A.	EL ARTÍCULO 10.18.1 DEL CAFTA-DR EXIGE EL SOMETIMIENTO DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE DENTRO DE LOS TRES AÑOS POSTERIORES A LA FECHA EN LA QUE EL DEMANDANTE ADQUIRIÓ O DEBIÓ HABER ADQUIRIDO CONOCIMIENTO POR PRIMERA VEZ DE LA VIOLACIÓN Y DE LA PÉRDIDA O DAÑO RELACIONADOS COMO CONDICIÓN A LA JURISDICCIÓN SOBRE LA RECLAMACIÓN	49
B.	LOS DEMANDANTES AFIRMAN QUE ADQUIRIERON CONOCIMIENTO DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS MÁS DE SEIS AÑOS ANTES DE LA PRESENTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE	51
1.	Debido a que los Demandantes presentaron la reclamación a Arbitraje el 9 de noviembre de 2018, la fecha crítica es el 9 de noviembre de 2015	51
2.	Los Demandantes identificaron la presunta falta de respuesta de Guatemala a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos desde 2012.....	51
3.	Los Demandantes adquirieron conocimiento de la presunta violación y pérdidas o daños relacionados en 2012	53
C.	LA CARACTERIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN COMO “CONTINUA” POR PARTE DE LOS DEMANDANTES NO LES PERMITE EVADIR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE TRES AÑOS PARA LA PRESENTACIÓN DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE.....	57
D.	CONCLUSIÓN	61
VIII.	PETITORIO	62

OBJECIONES PRELIMINARES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CONFORME AL ARTÍCULO 10.20.5 DEL CAFTA-DR

La República de Guatemala (“Guatemala”, la “Demandada” o la “República”) a continuación presenta sus objeciones preliminares¹ bajo el procedimiento expedito del Artículo 10.20.5 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (el “CAFTA-DR” o el “Tratado”)², en el Caso No. ARB/18/43 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”) (“el Arbitraje”). Guatemala presenta junto a estas objeciones el anexo documental numerado R-001 y los anexos de doctrina y jurisprudencia numerados del RL-0001 al RL-0048.

I. INTRODUCCIÓN

1. Daniel W. Kappes (“Sr. Kappes”) y Kappes, Cassidy & Associates (“KCA”, conjuntamente con el Sr. Kappes, los “Demandantes”) solicitan una indemnización de más de 350.000.000 USD, por supuestos daños causados por la República de Guatemala a Exploraciones Mineras de Guatemala, S.A. (“Exmingua”), una sociedad guatemalteca. El Sr. Kappes es titular directo del 25% de las acciones de Exmingua.³ El 75% restante de las acciones de Exmingua son propiedad de Minerales KC Guatemala, Ltda. (“Minerales KC”), otra empresa guatemalteca.⁴ El Sr. Kappes es propietario único de KCA.⁵ El Sr. Kappes es titular del 10% de las acciones de Minerales KC, y el 90% restante es propiedad de KCA.⁶ En consecuencia, los Demandantes son propietarios indirectos del 75% restante de Exmingua a través de Minerales KC. El siguiente cuadro muestra la composición accionarial de Exmingua, Minerales KC y KCA, de acuerdo con las alegaciones incluidas en la Notificación de Arbitraje:⁷

¹ Este escrito se presenta en español junto con una traducción al inglés.

² Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, Preámbulo y Capítulos Uno, Dos y Diez, firmado el 5 de agosto de 2004, **RL-0001**.

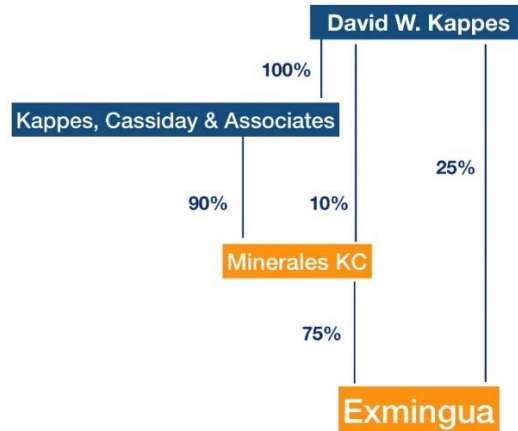
³ Notificación de Arbitraje, 9 de noviembre de 2018, ¶ 35.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Id.* ¶ 8.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Id.* ¶¶ 8, 35.



2. Los Demandantes intentan a través de este Arbitraje recibir compensación por daños que no han sufrido mientras ignoran los requisitos del CAFTA-DR.

3. Los Demandantes, en su Notificación de Arbitraje, no revelan importantes detalles de su adquisición de Exmingua y entrada en Guatemala. Por ejemplo, no revelan cómo adquirieron las acciones de Exmingua y Minerales KC, cuánto pagaron por ellas, o el motivo por el cual decidieron adueñarse de lo que en aquel momento era un “activo problemático[.]”, según el Presidente de Radius Exploraciones Ltd. n/k/a Radius Gold Inc. (“Radius”), el dueño anterior de Exmingua.⁸ Estas cuestiones, entre otras, son fundamentales para determinar si este Tribunal tiene jurisdicción para conocer de esta disputa.⁹

4. Los Demandantes han sometido sus reclamaciones a arbitraje sin cumplir con varios requisitos del Tratado. Por ello, sus reclamaciones deben ser desestimadas de manera expedita.

5. Primero, los Demandantes solicitan una indemnización por daños supuestamente sufridos no por ellos, sino por *Exmingua*. Sin embargo, por las razones que se explican a continuación, los Demandantes han sometido a arbitraje reclamaciones por cuenta propia de conformidad con el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR, y no en representación de Exmingua o Minerales KC bajo el Artículo 10.16.1(b). Dado que el Artículo 10.16.1(a) de CAFTA-DR solo permite a los Demandantes reclamar compensación por daño directo y los Demandantes reclaman

⁸ Ver Nota de prensa de Radius Gold, Inc., *Radius Gold vende interés en propiedad de oro en Guatemala*, 31 de agosto de 2012, disponible en: http://www.radiusgold.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=545012&_Type=News-Releases&_Title=Radius-Gold-sells-Interest-in-Guatemala-Gold-Property (última visita el 16 de agosto de 2019). **R-0001-001.**

⁹ En espera de esta información, la República de Guatemala se reserva expresamente el derecho a objetar a la jurisdicción del Tribunal bajo el CAFTA-DR, las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje del CIADI”) y cualquier otra norma aplicable. Ver Sección III de este escrito.

compensación por los daños de Exmingua, como cuestión de derecho, los Demandantes no han alegado reclamaciones sobre las que se pueda dictar un laudo a su favor.

6. Segundo, en este Arbitraje iniciado en virtud del Artículo 10.16.1(a) del Tratado, la legitimación de los Demandados se limita a las reclamaciones por pérdidas derivadas de daño directo a sus derechos accionariales. Dado que los Demandantes solicitan compensación por las supuestas lesiones a los derechos de Exmingua, las reclamaciones son inadmisibles y deben ser desestimadas.

7. Tercero, a pesar de solicitar compensación para su propio bolsillo por las pérdidas de Exmingua, los Demandantes no han presentado una renuncia de Exmingua por escrito a cualquier derecho a iniciar o continuar reclamaciones en otro foro respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación del CAFTA-DR. Exmingua es parte de un procedimiento local frente a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala relativo a la suspensión de la licencia de explotación de Progreso VII Derivada, una medida que los Demandantes alegan constituye una violación del Tratado en este Arbitraje. Sin una renuncia que cumpla por completo con el Tratado, la República de Guatemala no ha otorgado su consentimiento a arbitrar reclamaciones por las pérdidas de Exmingua y por lo tanto no tiene jurisdicción sobre ellas.

8. La Notificación de Arbitraje debería ser desestimada en su totalidad sobre la base de los tres motivos anteriores. Pero si el Tribunal estuviera en desacuerdo, existen motivos adicionales por los que dos de las reclamaciones deben ser desestimadas.

9. Cuarto, la reclamación de los Demandantes por el presunto incumplimiento del Artículo 10.4 del CAFTA-DR (Trato de Nación Más Favorecida) debe ser desestimada, porque los Demandantes no incluyeron esta alegada violación en su notificación de intención de 16 de mayo de 2018 (la “Notificación de Intención”), tal y como exige el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.

10. Quinto, la reclamación de los Demandantes por falta de protección y seguridad plenas también debe ser desestimada, ya que ha prescrito con arreglo al plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR.

11. En resumen, la Demandada presenta sus objeciones preliminares bajo el procedimiento expedito del Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR por los siguientes motivos:

- a) Los Demandantes solicitan compensación en su propio nombre por el daño directo de Exmingua, que no puede recibirse tal y como se ha solicitado:

- a. Como cuestión de derecho, los Demandantes no han alegado reclamaciones respecto de las cuales se pueda dictar un laudo a su favor conforme al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR.
 - b. Los Demandantes carecen de legitimación activa para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua.
 - c. Exmingua no ha renunciado a ser parte en litigios locales respecto de cualquier medida en disputa en este Arbitraje y no ha desistido del litigio en marcha. En consecuencia, este Tribunal no tiene jurisdicción para decidir reclamaciones por pérdidas de Exmingua.
- b) Los Demandantes han añadido una nueva reclamación en su Notificación de Arbitraje que no identificaron en su Notificación de Intención y la reclamación es por tanto inadmisibile.
 - c) Los Demandantes presentan una reclamación que ha prescrito y que excede la jurisdicción del Tribunal.

12. El siguiente cuadro identifica las objeciones y disposiciones correspondientes del Tratado que exigen la desestimación de todas las reclamaciones de los Demandantes.

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 inadmisibile 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

Permitir que los Demandantes sometan a arbitraje sus reclamaciones sin cumplir con los requisitos del CAFTA-DR generaría un perjuicio sustancial para Guatemala y permitiría a los Demandantes:

- a) solicitar una indemnización sobre la base de reclamaciones que atañen a Exmingua y no a los

Demandantes; b) eludir a los acreedores de Exmingua; c) proceder sin renunciar a sus derechos en los procedimientos judiciales de los que Exmingua es parte en Guatemala respecto de medidas que los Demandantes alegan han constituido una violación del CAFTA-DR en este Arbitraje; d) someter una reclamación sin presentar la notificación requerida bajo el Tratado; y e) someter una reclamación que ha prescrito.

II. ANTECEDENTES

La República de Guatemala

13. Guatemala es un país rico en recursos naturales. Cuenta, entre otros, con yacimientos de oro, plata, níquel, hierro y cobre. Guatemala también es rico en diversidad cultural. Más del 80% de la población de Guatemala es indígena y, aunque el idioma oficial es el español, en el país se hablan 22 idiomas mayas.¹⁰ El vínculo que las comunidades indígenas mantienen con sus tierras es el cimiento de su identidad cultural, su vida espiritual y su supervivencia física y económica. Esto significa que la exploración y explotación de recursos naturales exigen una importante labor de difusión y de respuesta a las preocupaciones locales y las poblaciones indígenas, por medio de líneas de comunicación con los líderes comunitarios y la puesta en marcha e impulso de programas sociales.

Exmingua

14. Exmingua fue constituida en 1996, y durante los años posteriores adquirió participación en varios proyectos mineros en la región de El Tambor de Guatemala (“Proyecto Tambor”). Dos de esos proyectos son objeto de este Arbitraje: Progreso VII Derivada (“Proyecto Progreso VII”) y Santa Margarita (“Proyecto Santa Margarita”, y junto con el Proyecto Progreso VII, los “Proyectos”).¹¹ Exmingua era primero propiedad de Radius, una compañía de exploración canadiense que cotiza en bolsa con sede en Vancouver, Canadá.

15. En el año 2012, después de más de una década llevando a cabo actividades de exploración en Guatemala, Radius vendió el 100% de su interés en Exmingua a KCA, reteniendo un interés económico en la producción futura. En palabras del presidente de Radius, “la venta de [la] participación [de Radius] en el Proyecto Tambor es parte de [una] estrategia corporativa de

¹⁰ Art. 3 del Acuerdo Gubernativo Número 320-2011 del Presidente de la República, Reglamento de la Ley de Idiomas Nacionales.

¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 36.

vender activos problemáticos, lo que permite a [Radius] concentrar capital y experiencia en áreas menos conflictivas con respecto al desarrollo en la región.”¹²

La estrategia de los Demandantes de utilizar los tribunales y la policía guatemaltecos para desafiar el malestar de las comunidades

16. A las pocas semanas de la venta de Exmingua a las Demandantes el 3 de septiembre de 2012, Exmingua inició una acción de amparo (un procedimiento judicial para la protección de derechos constitucionales) en contra del Director General de la Policía Nacional Civil, en la que argumentaba “la falta de intervención por parte de la autoridad, para proteger personas y vehículos en y alrededor de las instalaciones del proyecto minero Progreso VII”, y alegaba que “se produjeron arrestos ilegales, hostigamiento, lesiones, amenazas y coacciones contra los trabajadores del proyecto en el sitio del proyecto, además de varios daños a sus instalaciones, y aunque la policía nacional estaba al tanto de esta situación, no tomó las medidas necesarias para garantizar y proteger a las personas y vehículos que deben entrar al proyecto”.¹³ El amparo se concedió y después fue revocado en apelación.¹⁴

17. Durante los años siguientes, la situación en los Proyectos se deterioró debido a la falta de compromiso por parte de Exmingua de entablar relaciones significativas con las comunidades que sufrieron el impacto de las actividades de Exmingua. Las comunidades vecinas expresaron cada vez más su preocupación y oposición a los Proyectos, y Exmingua y KCA atrajeron el escrutinio internacional de organizaciones no gubernamentales y gobiernos por igual.

18. A finales de 2015, a solicitud de una organización no gubernamental, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió una resolución de amparo provisional contra el Ministerio de Energía y Minas (“MEM”) por medio de la que suspendió la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII.¹⁵ Exmingua apeló el amparo provisional ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el 23 de febrero de 2016.¹⁶

¹² *Radius Gold vende interés en propiedad de oro en Guatemala, R-0001-001*. Según la nota de prensa, Radius transfirió el resto de su interés en Exmingua a KCA, supuestamente a cambio del repago diferido de una deuda por un monto de 400.000 USD y futuros pagos de regalías, que se realizarían única y exclusivamente si el Proyecto Tambor alcanzaba producción comercial. Una vez alcanzada la producción comercial, los pagos de regalías se basarían en el precio del oro en ese momento y en el número de onzas producidas en la propiedad.

¹³ Notificación de Arbitraje, ¶ 43.

¹⁴ *Id.* ¶ 44.

¹⁵ *Id.* ¶ 54.

¹⁶ *Ibid.*

19. Debido a que las protestas y huelgas, que venían sucediendo desde el 2012, continuaron y a que Exmingua no entabló una relación constructiva con las comunidades, el 22 de abril de 2016, Exmingua inició, por segunda vez, una acción de amparo, esta vez contra el Presidente de la República Guatemala, el Ministerio Público y la Dirección General de la Policía Nacional Civil. En ella, Exmingua alegó “el fracaso y la amenaza de que las autoridades denunciadas no garanticen los derechos constitucionales y mantengan el orden público en los bloqueos promovidos. . . en áreas . . . del proyecto minero Progreso VII Derivada.”¹⁷

20. Poco después, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala confirmó el amparo provisional otorgado por la Corte Suprema de Justicia y sostuvo que la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII permanecería suspendida¹⁸ hasta que se realizaran las consultas con las comunidades locales de conformidad con el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.¹⁹

21. Posteriormente, el 28 de junio de 2016, la Corte Suprema de Justicia concedió un amparo definitivo, ratificando la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII hasta que se realicen las consultas necesarias. El 30 de junio de 2016, Exmingua apeló la decisión de la Corte Suprema de Justicia ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y este recurso se encuentra pendiente de resolución.²⁰

22. El 2 de marzo de 2017, la Corte de Constitucionalidad se negó a otorgar el amparo solicitado por Exmingua contra el Presidente de la República de Guatemala, el Ministerio de Gobernación y la Dirección General de la Policía Nacional Civil en respuesta a los bloqueos y protestas. La Corte consideró que las autoridades actuaron de manera apropiada e implementaron las medidas necesarias para proteger el orden público.

Los Demandantes presentan una notificación de intención conforme al Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR que omite una reclamación que se incluyó en la Notificación de Arbitraje

23. El 16 de mayo de 2018, los Demandantes presentaron su Notificación de Intención en la que alegaron los hechos en los que basarían sus reclamaciones y argumentaron que estos

¹⁷ *Id.* ¶ 56.

¹⁸ *Id.* ¶ 57.

¹⁹ El Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (el “Convenio de la OIT”), adoptado en el 27 de junio de 1989, vigente desde el 5 de septiembre de 1991 y ratificado por Guatemala en 1996; todo antes de que Radius y los Demandantes adquirieran participación en Exmingua.

²⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 59.

hechos constituían un incumplimiento de las obligaciones que la República de Guatemala había adquirido con la suscripción del CAFTA-DR, específicamente: i) el Artículo 10.3 - Trato Nacional; ii) Artículo 10.5 - Nivel Mínimo de Trato; y iii) Artículo 10.7 - Expropiación e Indemnización.²¹ Los Demandantes alegaron haber sufrido los siguientes daños: i) la suspensión del Proyecto Progreso VII, con “un valor actual neto estimado de aproximadamente US \$150 millones”, ii) la no obtención de la licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita, y “con base en la cantidad y calidad de los recursos minerales . . . [los daños están] muy probable[mente] por encima del monto de daños del Proyecto Progreso VII”; y iii) tres envíos de concentrado valorados en aproximadamente 500.000 USD que fueron incautados.²²

24. El 9 de noviembre de 2018, los Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje, en la que alegan no solo las violaciones mencionadas en la Notificación de Intención, sino también la violación del Artículo 10.4 (Trato de Nación Más Favorecida) del CAFTA-DR, y solicitaron una indemnización por daños en las siguientes cantidades: i) al menos 175.000.000 USD en relación con el Proyecto Progreso VII; ii) al menos 175.000.000 USD en relación con el Proyecto Santa Margarita; y iii) al menos 500.000 USD por los envíos de concentrado incautados.²³ Las cuatro reclamaciones sometidas por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje serán referidas como las “Reclamaciones”.

III. RESERVA DE DERECHOS

25. Esta presentación de Objeciones Preliminares por la República de Guatemala conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR no tiene por objeto la renuncia de derechos u objeciones, y la República de Guatemala se reserva expresamente el derecho a formular objeciones al defender las reclamaciones en cualquier fase futura del Arbitraje, incluidas, entre otras, objeciones a la jurisdicción del Tribunal o admisibilidad de las reclamaciones u objeciones preliminares en virtud del Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

²¹ Notificación de Intención de los Demandantes, 16 de mayo de 2018, p. 3, C-5.

²² *Id.* p. 4.

²³ *Ver* Notificación de Arbitraje, págs. 13-17.

IV. EL MECANISMO EXPEDITO DEL ARTÍCULO 10.20.5 DEL CAFTA-DR

26. El CAFTA-DR prevé un mecanismo que permite al tribunal arbitral decidir de manera pronta y expedita determinadas objeciones del demandado con el objetivo de poner fin de manera eficiente a un arbitraje o a reclamaciones que no pueden prosperar.

27. Bajo el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, un demandado puede solicitar al tribunal que “decid[a], de una manera expedita” dos tipos de objeciones preliminares, concretamente: (i) que “como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante,” como establece el Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR; y (ii) que “la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal,” como establece el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR.

28. La Demandada presenta ambos tipos de objeciones preliminares con arreglo al procedimiento expedito previsto en el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR. Las objeciones preliminares de Guatemala presentadas de conformidad con los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA-DR deben resolverse sobre la base de las disposiciones pertinentes del Tratado y las normas de derecho internacional aplicables.²⁴

29. El Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR establece lo siguiente:

En el caso de que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la constitución del tribunal, el tribunal decidirá, de una manera expedita, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 4 y cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal. El tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitirá, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud, una decisión o laudo sobre dicha objeción, exponiendo el fundamento de éstos. Sin embargo, si una parte contendiente solicita una audiencia, el tribunal podrá tomar 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo. Independientemente de si se ha solicitado una audiencia, el tribunal podrá, demostrando un motivo extraordinario, retardar la emisión de su decisión o laudo por un breve período adicional, el cual no podrá exceder de 30 días.

30. El Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR establece lo siguiente:

²⁴ Art. 10.22 del CAFTA-DR (Derecho Aplicable), (“[...] cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.”), **RL-0001-027**; véase también *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, 31 de mayo de 2016, ¶ 185, **RL-0002-058**.

*Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar **cualquier objeción del demandado de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante** de acuerdo con el Artículo 10.26.*

(a) Dicha objeción se presentará al tribunal tan pronto como sea posible después de la constitución del tribunal, y en ningún caso más tarde de la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda (o en el caso de una modificación de la notificación de arbitraje, la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su respuesta a la modificación).

(b) En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar, y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.

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

(d) El demandado no renuncia a formular ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo, simplemente porque haya formulado o no una objeción conforme a este párrafo, o haga uso del procedimiento expedito establecido en el párrafo 5.

31. El Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR establece que “un tribunal conocerá y decidirá como cuestión preliminar cualquier objeción del demandado en el sentido de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26.”²⁵ Para estimar una objeción de conformidad con este artículo, “un tribunal debe haber alcanzado la conclusión, tanto en lo que respecta a todas las cuestiones relevantes de derecho como a todos los hechos pertinentes alegados o no controvertidos, de que se debe dictar un laudo que desestime la reclamación del demandante

²⁵ Art. 10.20.4 del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

de forma definitiva al inicio del procedimiento arbitral . . .”²⁶ En *The Renco Group Inc. c. República del Perú*, el tribunal sostuvo que “la cláusula principal [...] del Artículo 10.20.4 se refiere a las objeciones que alegan la insuficiencia de una reclamación como cuestión de derecho que un tribunal tiene el mandato de decidir como cuestión preliminar basada en hechos asumidos.”²⁷ *Renco* se decidió bajo el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos (“TPA EE.UU.–EE.UU.”), que incluye una disposición casi idéntica al Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR.

32. El Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR permite expresamente que tanto las objeciones bajo el Artículo 10.20.4 como “cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal”, se resuelvan de manera expedita. En otras palabras, el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR establece “un motivo adicional de objeción a la competencia”.²⁸ La competencia de un tribunal CAFTA-DR se define por el texto del Tratado y las reglas de arbitraje aplicables, en este caso las Reglas de Arbitraje del CIADI.²⁹ Las disposiciones del Tratado prevalecen sobre las Reglas del CIADI.³⁰

33. El procedimiento expedito bajo el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR establece el siguiente calendario:

- a. El demandado debe presentar la solicitud de adopción de una decisión expedita dentro de los 45 días siguientes a la constitución del tribunal;³¹
- b. El tribunal debe suspender las actuaciones sobre el fondo del litigio;
- c. El tribunal debe emitir una decisión o laudo sobre las objeciones a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud;

²⁶ *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada de conformidad con los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 110, **RL-0003-058**.

²⁷ *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014, ¶ 191, **RL-0004-046**.

²⁸ *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada de conformidad con los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 106, **RL-0003-057**.

²⁹ Art. 10.16 del CAFTA-DR (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje), Art. 10.17 del CAFTA-DR (Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje) y Art. 10.18 del CAFTA-DR (Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes), **RL-0001-019-023**.

³⁰ Art. 10.16.5 del CAFTA-DR (“Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas por este Tratado.”), **RL-0001-021**.

³¹ En este caso, el Tribunal Arbitral se constituyó el 2 de julio de 2019, por lo que la fecha límite para presentar objeciones preliminares bajo el Art. 10.20.5 del CAFTA-DR es el 16 de agosto de 2019. Ver Carta del CIADI a las Partes de 2 de julio de 2019.

- d. El tribunal podrá disponer de 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo si una parte contendiente solicita una audiencia;
- e. El tribunal podrá, demostrando un motivo extraordinario, disponer de 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo.

34. Mientras que las objeciones presentadas bajo el Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR exigen que el tribunal “asum[a] como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje”,³² este requisito no es aplicable a objeciones a la jurisdicción del Tribunal o a la admisibilidad de las reclamaciones bajo el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR.³³ Bajo el Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR, “[e]l tribunal podrá considerar también cualquier otro hecho pertinente que no sea controvertido”.³⁴

35. Finalmente, un demandado no renuncia a “ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo”³⁵ al hacer uso del procedimiento expedito establecido en el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR (incluyendo objeciones bajo el Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR)³⁶. Para que no haya lugar a duda, como se indicó anteriormente en la Sección III, Guatemala se ha reservado expresamente su derecho a presentar, más adelante, objeciones adicionales en virtud del Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR o en relación con la jurisdicción del Tribunal o la admisibilidad de las reclamaciones de conformidad con las Reglas del CIADI.

V. LAS RECLAMACIONES DEBEN SER DESESTIMADAS PORQUE LOS DEMANDANTES TRATAN DE RECUPERAR DAÑOS DE EXMINGUA Y VIOLAN EL PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS DE CAFTA-DR

36. El CAFTA-DR proporciona a los Demandantes dos vías de reclamación: a) una para los daños que sufrieron directamente; y b) otra para los daños sufridos por su empresa. Los

³² Art. 10.20.4(c) del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

³³ Este lenguaje está ausente en el Art. 10.20.5 del CAFTA-DR, **RL-0001-024**. *Ver también Renco*, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014, ¶ 220 (“El Tribunal **no está convencido** por la sugerencia del Profesor Reisman de que **objeciones preliminares** en las que **pueden existir cuestiones de hecho controvertidas** (según el Artículo 22(3) del Reglamento de la CNUDMI, y el **Artículo 10.20.5 del Tratado**, y a diferencia del Artículo 10.20.4 del Tratado) **de alguna forma son incapaces de ser determinadas de forma expedita**”) (énfasis añadido), **RL-0004-053**. *Renco* se decidió bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú, que incluye una disposición idéntica al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

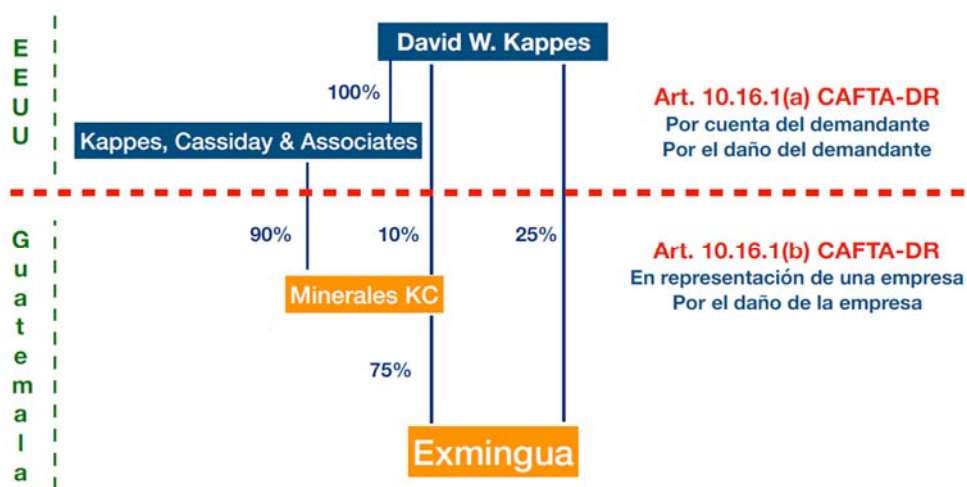
³⁴ Art. 10.20.4(c) *in fine* del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

³⁵ Art. 10.20.4(d) del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

³⁶ *Ibid.*

Demandantes iniciaron este Arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR “por cuenta propia”, alegando que la República de Guatemala ha incumplido varias de sus obligaciones en virtud de la Sección de Inversiones del Tratado. Los Demandantes no utilizaron el mecanismo previsto en el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR para iniciar un arbitraje “en representación de una empresa del demandado que sea persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto”, es decir, Exmingua.

37. Si bien el mecanismo que los Demandantes NO eligieron, (b), habría permitido una reclamación sobre la base de que “*la empresa* ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”³⁷, la opción elegida por los Demandantes, (a), sólo permite una reclamación sobre la base de que “*el demandante* ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”.³⁸ En otras palabras, la diferencia clave entre las dos disposiciones es el tipo de pérdida o daño que el demandante puede reclamar conforme a la sección del artículo invocado.³⁹ Mientras que la sección (a) del Artículo 10.16.1 permite que un demandante sea compensado por el daño directo que sufrió, la sección (b) es la vía para solicitar compensación, en nombre de una empresa local, por el daño que esta empresa sufrió. El defecto fatal de los Demandantes es que ignoran esta importante distinción: las Reclamaciones fueron presentadas en nombre de los Demandantes, pero por las supuestas pérdidas de Exmingua. El siguiente cuadro explica las dos vías de reclamación bajo CAFTA-DR en este caso:



³⁷ Art. 10.16.1 (b) *in fine* del CAFTA-DR, **RL-0001-020**.

³⁸ Art. 10.16.1 (a) *in fine* del CAFTA-DR, **RL-0001-019-020**.

³⁹ Un demandante puede presentar reclamaciones distintas en virtud de los Arts. 10.16.1 (a) y 10.16.1 (b) del CAFTA-DR; sin embargo, el remedio disponible para cada reclamación está restringido al artículo bajo el cual se presentó esa reclamación en particular.

38. La distinción no es una mera formalidad. Está integrada en un mecanismo que busca la resolución de disputas de manera justa y eficiente,⁴⁰ es decir, evitar la doble compensación y la multiplicidad de procedimientos, respetando la personalidad jurídica separada de una empresa y sus accionistas. Por ello, cuando un demandante solicita compensación por daños a una empresa de su propiedad o que está bajo su control, el CAFTA-DR exige que el demandante presente la reclamación en nombre de la empresa y establece al menos tres obligaciones adicionales: i) la indemnización económica solicitada debe pagarse a la *empresa* (Artículo 10.26 del CAFTA-DR); ii) debe renunciarse a cualquier derecho a iniciar o continuar *cualquier* litigio local en el Estado anfitrión respecto de cualquier medida que se alegue constituye una violación en el arbitraje (Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR); y iii) reclamaciones por violación de protecciones que ya han sido litigadas en el Estado anfitrión no pueden ser sometidas a arbitraje (Anexo 10-E del CAFTA-DR). Los Demandantes no han cumplido con ninguno de estos requisitos, sino que: i) solicitan que se condene a la República de Guatemala al pago *a los Demandantes* de más de \$350 millones de dólares por supuestas pérdidas de *Exmingua*; ii) no presentaron una renuncia firmada por *Exmingua* al derecho a ser parte en procedimientos locales con respecto a las medidas que se alega en este Arbitraje que han constituido una violación (y continúan siendo parte en tales procedimientos); iii) han interpuesto reclamaciones en este Arbitraje por supuestos incumplimientos que *Exmingua* ya litigó en Guatemala (y perdió).

39. Debido a que las Reclamaciones son por supuestas pérdidas de *Exmingua* y no cumplen con los requerimientos del Tratado para reclamaciones “en representación de una empresa”:

- a) Las Reclamaciones deben ser desestimadas en virtud del Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR porque, como cuestión de derecho, no son reclamaciones por las cuales se pueda dictar un laudo favorable para los Demandantes de acuerdo con el Artículo 10.26 del CAFTA-DR.
- b) Las Reclamaciones deben ser desestimadas en virtud de los Artículos 10.20.5 y 10.16.1(a) del CAFTA-DR porque son inadmisibles. Los Demandantes carecen de legitimación activa en este Arbitraje iniciado conforme al Artículo 10.16.1 (a) del Tratado para pedir compensación por las pérdidas o daños sufridos por su empresa

⁴⁰ Art. 1.2.1(f), Capítulo 1 del CAFTA-DR (“procedimientos eficaces . . . para la solución de controversias.”), **RL-0001-003**.

local, en este caso, Exmingua. La legitimación activa de los Demandantes se limita a reclamaciones por pérdidas o daños que hayan sufrido directamente.

- c) Las Reclamaciones deben ser desestimadas en virtud de los Artículos 10.20.5 y 10.18.2 del CAFTA-DR porque exceden la jurisdicción del Tribunal. Los Demandantes no presentaron la renuncia del derecho de Exmingua a iniciar o continuar litigios locales “respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”.⁴¹ Por lo tanto, Guatemala no ha dado su consentimiento a arbitrar las Reclamaciones por las pérdidas de Exmingua bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR.⁴²

A. Bajo el CAFTA-DR, un Demandante propietario de o que controla una empresa no puede interponer reclamaciones por cuenta propia por las supuestas pérdidas de su empresa

40. La Sección B del Capítulo 10 de CAFTA-DR establece el mecanismo de “Solución de controversias entre inversores y Estados” para resolver las controversias entre un inversor de una Parte contratante y el Estado receptor de la inversión en relación con las obligaciones de este último en virtud de la Sección A del Capítulo Diez del Tratado titulado “Inversión”.

41. El Artículo 10.16.1 de CAFTA-DR ofrece dos vías para presentar reclamaciones si una disputa de inversión “no puede resolverse mediante consulta o 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 el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
 - (ii) que **el demandante ha sufrido pérdidas** o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y
- (b) el demandante, en representación de una empresa** del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue
 - (i) que el demandado ha violado

⁴¹ Art. 10.18.2(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-022**.

⁴² *Renco*, Segundo Memorial de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, ¶ 15 (señalando, en relación con una disposición idéntica al Art. 10.16.1 de CAFTA-DR, que “[n]o hacer un reclamo bajo las disposiciones apropiadas en el Artículo 10.16 y cumplir con las condiciones y limitaciones del consentimiento en el Artículo 10.18, incluida la provisión de renuncia (*waiver*), resulta en la falta de consentimiento de la Parte y la simultánea falta de jurisdicción del tribunal con respecto a esa reclamación”), **RL-0005-006**.

- (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
- (ii) que **la empresa ha sufrido pérdidas** o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.⁴³

42. El remedio disponible para cada reclamación está determinado por el artículo bajo el cual la reclamación se presenta.

- 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.”⁴⁴
- b) El Artículo 10.16.1(b) permite solicitar compensación por las pérdidas sufridas por la empresa propiedad del demandante o que el demandante controla. 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,⁴⁵ 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.

⁴³ Art. 10.16.1 del CAFTA-DR, **RL-0001-019-020**.

⁴⁴ *Caso sobre Barcelona Traction, Light, and Power Co., Ltd (Bélgica c. España)*, Sentencia, 5 de febrero de 1970, 1970 ICJ Rep. 3, ¶ 47, **RL-0006-027**. Véase también Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), ¶ 773 (“El derecho a dividendos y participación en el producto de la liquidación . . . El derecho a participar en el funcionamiento y la administración de la compañía. El derecho a ejercer el control y en particular el derecho a participar en las juntas de accionistas”), **RL-0007-003**. Véase también *William Ralph Clayton, et al. c. Gobierno de Canadá*, PCA Caso núm. 2009-04, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 8 (“Ejemplos de reclamaciones que permitirían a un inversor accionista reclamar pérdida o daño directo incluyen casos en los que el inversor alega que se le negó el derecho a dividendos demandados, a votar por sus acciones, o a beneficiarse de los activos residuales de la empresa una vez disuelta. Otro ejemplo de pérdida o daño directo por accionistas es 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”), **RL-0008-004**.

⁴⁵ M. Clodfelter y J. Klinger, *Reflective Loss and Its Limits under International Investment Law*, en C. Beharry (ed.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and valuation in International Investment Arbitration*, p. 58 (definiendo pérdida reflexiva como “la reducción en el valor de las acciones causado por daño a la compañía en la cual se tienen las acciones”) (citas omitidas), **RL-0009-002**.

43. El CAFTA-DR se basa en el TBI Modelo de EE.UU. de 2004⁴⁶ que incluye un mecanismo idéntico para que un inversor presente reclamaciones por cuenta propia por los daños que sufrió de manera directa o por cuenta de su empresa local por pérdidas en las que la empresa incurrió.⁴⁷ Este doble mecanismo ya estaba presente en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”),⁴⁸ y se perfeccionó después en el TBI Modelo de EE.UU. de 2004 y 2012.⁴⁹ Fue desarrollado a la luz de dos principios fundamentales del derecho internacional,⁵⁰ concretamente, que “una empresa posee personalidad jurídica distinta a la de sus accionistas”,⁵¹ y que no puede someterse una reclamación internacional contra un Estado en nombre de los propios nacionales de ese Estado.⁵² Esto es, para evitar dejar a un inversor sin recurso internacional donde (i) su inversión se realiza a través de una empresa local, y (ii) solo la empresa local sufre daños directos, varios tratados de inversión basados en el TLCAN y el TBI Modelo de EE.UU. proporcionan expresamente a un inversor una vía para presentar una reclamación en nombre de su empresa constituida localmente, siempre que se cumplan ciertos requisitos.⁵³ Este doble mecanismo es común a los tratados de inversión de EE.UU. más recientes, tales como el TPA EE.UU.–Perú⁵⁴ y el CAFTA-DR.

44. Aunque ningún laudo de arbitraje de inversión bajo el CAFTA-DR ha abordado directamente el tipo de daños que pueden reclamarse bajo el Artículo 10.16.1(a) o el Artículo 10.16.1(b),⁵⁵ las partes en *Renco* argumentaron esta cuestión bajo una disposición idéntica en el

⁴⁶ C. Dugan, et al., *Investor-State Arbitration* (1st ed., 2008), p. 72, **RL-0010-004**.

⁴⁷ TBI Modelo de EE. UU. (2004), Sección B, Artículo 24, “Interposición de una reclamación a arbitraje”, **RL-0011-023-024**.

⁴⁸ Ver Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado el 17 de diciembre de 1992, Arts. 1116 y 1117, **RL-0012-010-011**. Para una discusión sobre la comparación entre el Artículo 10.16.1 (a) y (b) de CAFTA-DR y los Artículos 1116 y 1117 de NAFTA, véase J. Thornton, *Courts and Tribunals Established by Regional Economic Integration Agreements*, en C. Giorgetti (ed.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (2012), págs. 501-02, fn. 63, **RL-0013-015-016**.

⁴⁹ *Renco*, Respuesta de Perú a la renuncia (waiver), 17 de agosto de 2015, ¶ 20, **RL-0014-008**.

⁵⁰ *Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶¶ 6-9 (discutiendo la distinción entre los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN, cuya estructura es similar a la de los Arts. 10.16.1 (a) y 10.16.1 (b) del CAFTA-DR), **RL-0008-003-004**.

⁵¹ *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática del Congo)*, 30 de noviembre de 2010, 2010 I.C.J. Rep. 639, ¶ 155 (señalando también que “[esto] sigue siendo cierto incluso en el caso de [una compañía] que puede haberse vuelto unipersonal”), **RL-0015-054**.

⁵² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998), p. 483 (señalando que para que una reclamación sea admisible bajo el derecho internacional, el demandante debe “(a) tener la nacionalidad del Estado que lo interpone y (b) no tener la nacionalidad del Estado en contra de quien se interpone”, **RL-0016-021**).

⁵³ *Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶¶ 9-11, **RL-0008-004-005**.

⁵⁴ *Renco*, Respuesta de Perú a la renuncia (waiver), 17 de agosto de 2015, ¶ 20, **RL-0014-008-009**.

⁵⁵ Solo se han iniciado nueve casos bajo el CAFTA-DR desde que entró en vigencia el Tratado. En cinco de esos casos, los demandantes presentaron sus reclamaciones en nombre de ellos mismos y de sus empresas locales

TPA EE.UU.–Perú. En el arbitraje, Perú argumentó correctamente que el demandante, único propietario de la empresa, “estaba obligado a presentar sus reclamaciones por daños a DRP [la empresa local] en virtud del Artículo 10.16.1 (b), y a acompañar dichas reclamaciones de una renuncia [waiver] de DRP [la empresa local].”⁵⁶ Aunque el Tribunal decidió la cuestión de la renuncia (waiver) sobre la base de diferentes motivos, Perú abordó los principios detrás de este requisito, tales como evitar que el demandante obtenga compensación por la totalidad de las pérdidas de la empresa a expensas de los acreedores de ésta.⁵⁷ Igualmente, el Tribunal Arbitral en *Renco* sostuvo que el objetivo de la renuncia (waiver) es proteger al Estado demandado de “tener que litigar en múltiples procedimientos en diversos foros sobre la misma medida, y minimizar el riesgo de doble compensación y decisiones de hecho y de derecho inconsistentes pronunciadas por tribunales diferentes.”⁵⁸

45. En relación con el TLCAN, sus tres Partes contratantes, los Estados Unidos de América, Canadá y México, han mantenido de manera consistente que “los inversores deben alegar daño directo para ser compensados bajo el Artículo 1116 [similar al Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR] y que el daño indirecto al inversor, basado en un perjuicio a la empresa propiedad o bajo el control del inversor, sólo puede ser reclamado en virtud del Artículo 1117 [similar al Artículo 10.16.1(b) del CAFTA-DR].”⁵⁹ Además, el daño indirecto sufrido por el accionista, también llamado pérdida reflexiva,⁶⁰ no puede recuperarse bajo el Artículo 1116 del TLCAN.⁶¹ Varios tribunales han considerado argumentos bajo los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN sobre el tipo de daño que el demandante puede reclamar sobre la base del artículo invocado. Por ejemplo,

(*Commerce, Ballantine, Pac Rim, Aven, Railroad Corporation*). En *Railroad*, el demandante sometió sus reclamaciones bajo ambos Artículos 10.16.1(a) y (b) del CAFTA-DR. El Tribunal reconoció que el laudo debía ser abonado a la empresa, y otorgó daños al demandante a condición de que renunciara a todos sus derechos en la empresa. En un caso, *Teco*, el inversor no era propietario ni controlaba directa o indirectamente la empresa, por lo que no podía hacer uso del Artículo 10.16.1 (b). Dos casos fueron desestimados por otros motivos jurisdiccionales (*Berkowitz, Corona*), y uno se resolvió antes de que el Tribunal emitiera cualquier decisión (*TCW*).

⁵⁶ *Renco*, Respuesta de Perú a la Renuncia (waiver), 17 de agosto de 2015, ¶ 23, **RL-0014-010**; véase también *id.*, ¶ 28, **RL-0014-012**.

⁵⁷ *Id.* ¶ 31, **RL-0014-13-014**.

⁵⁸ *Renco*, Laudo parcial sobre jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶ 84, **RL-0019-021**.

⁵⁹ *Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2017, ¶ 5, **RL-0008-002**.

⁶⁰ M. Clodfelter y J. Klinger, pág. 58 (definiendo pérdida reflexiva como “una disminución en el valor de una acción causada por un daño a la compañía en la que se mantienen las acciones”), **RL-0009-002**.

⁶¹ *Clayton*, Contra-Memorial del Gobierno de Canadá sobre daños, 9 de junio de 2017, ¶ 28 (“Las Partes del TLCAN están de acuerdo en que los inversores deben alegar daños directos, no pérdidas reflexivas, para ser indemnizados bajo el artículo 1116.”), **RL-0017-019-020**.

en *Mondev*, el Tribunal consideró las implicaciones de permitir a un demandante ser compensado por pérdida indirecta bajo el Artículo 1116. El Tribunal concluyó que,

[T]eniendo en cuenta las distinciones entre reclamaciones presentadas en virtud de los artículos 1116 y 1117, un . . . tribunal debe de tener cuidado en **no permitir** que una indemnización por una **reclamación que debiera haber sido interpuesta bajo el Artículo 1117** sea **abonada directamente al inversor**.⁶²

46. Las disposiciones correspondientes en el CAFTA-DR establecen el derecho de los accionistas a interponer reclamaciones en su propio nombre por “daño directo”⁶³ (en lugar de pérdidas indirectas o reflexivas) y en nombre de su empresa por daños a esa empresa.⁶⁴ La distinción se basa en última instancia en el derecho que supuestamente se ha violado.⁶⁵ Si es el derecho del accionista, éste puede presentar una reclamación por cuenta propia por daño directo. Si se ha violado el derecho de la empresa propiedad o bajo el control del inversor, el accionista debe entonces interponer la reclamación en representación de la empresa. En otras palabras, un accionista que es dueño o controla una empresa no puede recuperar la supuesta pérdida sufrida por esa empresa en un arbitraje iniciado por el accionista en representación propia.

B. Los Demandantes han interpuesto reclamaciones por cuenta propia pero reclaman compensación por las supuestas pérdidas de Exmingua, la empresa de la que son dueños únicos y sobre la que ejercen completo control

47. En este caso, en un intento por eludir los requerimientos del CAFTA-DR, los Demandantes solicitan compensación por los daños supuestamente sufridos por la empresa de su propiedad o bajo su control, Exmingua, pero presentan las Reclamaciones en representación propia.

48. Los Demandantes “iniciaron [un] arbitraje contra Guatemala de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) de CAFTA-DR”,⁶⁶ el cual establece que,

⁶² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 86, **RL-0018-030**.

⁶³ Thornton, pág. 502, fn. 63, **RL-0013-016**.

⁶⁴ El Art. 10.16.1 del CAFTA-DR usa la conjunción “y” entre la sección (a) y (b), **RL-0001-020**.

⁶⁵ *Diallo*, Decisión, 30 de noviembre de 2010, ¶ 156 (“un agravio a la empresa frecuentemente causa perjuicio a sus accionistas . . . el daño que afecta tanto a la empresa como al accionista no implica que ambos tengan derecho a reclamar una indemnización . . . la distinción entre un daño con respecto a un derecho y un daño con respecto a un simple interés . . . No un simple interés afectado, sino únicamente un derecho violado implica responsabilidad, de modo que un acto dirigido en contra de una empresa y que infringe solo los derechos de la empresa no implica responsabilidad para con los accionistas, incluso si sus intereses se ven afectados.”) (*citando también Barcelona Traction*, Sentencia, 5 de febrero de 1970, ¶¶ 44, 46), **RL-0015-054-055**.

⁶⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 18 (énfasis añadido).

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

49. A pesar de haber seleccionado la vía del Tratado que permite la recuperación de “pérdidas o daños” que “el demandante ha sufrido”,⁶⁷ los Demandantes solicitan compensación por “las pérdidas o daños” que “la empresa ha sufrido”.⁶⁸ Los Demandantes no han alegado ningún daño directo causado a sus derechos accionariales y únicamente han tratado de recuperar los daños presuntamente incurridos por la empresa, es decir, Exmingua.

50. Primero, los Demandantes solicitan una indemnización basada en el valor de los activos y proyectos de Exmingua, no en un daño directo a los derechos accionariales de los Demandantes en Exmingua o Minerales KC. En su Notificación de Intención, los Demandantes anunciaron reclamaciones por (i) el “**valor actual neto estimado**” del Proyecto **Progreso VII**, “de aproximadamente US \$150 millones en 2017”; (ii) las “pérdidas de al menos” \$ 150 millones “basadas en la **cantidad y calidad de los recursos minerales**” del Proyecto **Santa Margarita**; y (iii) “tres **embarques de concentrados** con un valor de US\$500.000” que los Demandantes alegan fueron “incautados abruptamente”.⁶⁹

51. En la Notificación de Arbitraje, los Demandantes solicitan una compensación por lo siguiente:⁷⁰

- (i) Daños no inferiores a US \$ 175 millones en relación con el Proyecto **Progreso VII**;
- (ii) Daños no inferiores a US \$ 175 millones en relación con el Proyecto **Santa Margarita**;
- (iii) Daños de no menos de US \$ 500.000 por los cargamentos de **concentrado** incautado por el Estado ...

52. Sin embargo, Exmingua es el propietario de los tres activos que los Demandantes alegan que han disminuido de valor, a saber, la Licencia de Explotación Progreso VII, la Licencia de Exploración de Santa Margarita y los cargamentos de concentrado. Los únicos activos que tienen los Demandantes son sus acciones en Minerales KC y Exmingua. Ninguna de las alegaciones de los Demandantes se refiere a daño alguno a sus derechos accionariales.

⁶⁷ Art. 10.16.1 (a) del CAFTA-DR, **RL-0001-019-020**.

⁶⁸ Art. 10.16.1 (b) del CAFTA-DR, **RL-0001-019-020**.

⁶⁹ Notificación de Intención, pág. 4, **C-5**.

⁷⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

53. Los Demandantes afirman que “como dueños de Exmingua, los Inversores, adquirieron todos los derechos legales y beneficios, títulos e intereses en dos proyectos mineros ubicados dentro del Cinturón Regional de Oro (Cinturón Regional de Oro) llamado Tambor en Guatemala, *i.e.*, Progreso VII Derivada ... y Santa Margarita”.⁷¹ Sin embargo, las propias alegaciones de los Demandantes, suponiendo *arguendo* que son ciertas, confirman que su aseveración es errónea. De hecho, Exmingua, Minerales KC y los Demandantes son cuatro entidades diferentes. KCA adquirió acciones en Minerales KC, y el Sr. Kappes adquirió acciones en Minerales KC y Exmingua. Sin embargo, los propietarios directos o indirectos de Exmingua no son dueños de los activos o derechos de ésta, al igual que no son directamente responsables de sus obligaciones o deudas. Como entidad legal separada de sus accionistas, Exmingua es titular de sus propios derechos y tiene activos a su nombre. De hecho, los Demandantes reconocen que “el MEM otorgó a Exmingua una licencia de explotación por 25 años para el Proyecto Progreso VII”;⁷² “Exmingua solicitó una licencia de explotación de 25 años para Santa Margarita y, como resultado, su licencia de exploración para el Proyecto Santa Margarita se extendió automáticamente”;⁷³ y “la Dirección General de Minería otorgó un certificado de exportación renovable de un año a favor de Exmingua”.⁷⁴ Según las propias alegaciones de los Demandantes, los tres activos pertenecen a Exmingua, no a los Demandantes.

54. En segundo lugar, las alegaciones de hecho de los Demandantes demuestran que los daños supuestamente sufridos son de Exmingua, no de los Demandantes. Por ejemplo, los Demandantes sostienen que “Exmingua obtuvo algo de apoyo policial, que intentó debilitar la resistencia en el área de las minas, pero los manifestantes les negaron el paso y la policía finalmente dio la vuelta y se fue”.⁷⁵ Los Demandantes también afirman que “los continuos bloqueos y protestas afectaron gravemente a ambos proyectos de Exmingua”.⁷⁶ Los Demandantes alegan que “a Exmingua se le impidió explotar la mina y procesar y extraer el producto para su exportación”.⁷⁷ En cuanto al proyecto Santa Margarita, los Demandantes alegan que “los bloqueos al sitio minero impidieron que Exmingua completara la [Evaluación de Impacto Ambiental], que era una

⁷¹ *Id.* ¶ 36.

⁷² *Id.* ¶ 40 (énfasis añadido).

⁷³ *Id.* ¶ 47 (énfasis añadido). Véase también *Id.* ¶ 46 (“[...] Exmingua también adquirió la licencia de exploración para Santa Margarita mediante un acuerdo de cesión en 2005”).

⁷⁴ *Id.* ¶ 40 (énfasis añadido).

⁷⁵ *Id.* ¶ 42.

⁷⁶ *Id.* ¶ 50.

⁷⁷ *Ibid.*

condición para obtener una licencia de explotación”.⁷⁸ En general, los Demandantes alegan que “Guatemala ha incumplido su obligación de brindar protección y seguridad total a Exmingua”⁷⁹ y que “Exmingua enfrentó otras acciones y omisiones ilegales y arbitrarias del Estado que destruyeron sus inversiones”.⁸⁰

55. La Notificación de Arbitraje no hace referencia a ningún supuesto daño que los Demandantes hayan sufrido directamente.⁸¹ Cualquier daño de este tipo solo podría ser el resultado de violaciones al CAFTA-DR que causen daños directos a los derechos accionariales de los Demandantes en Exmingua. Es indudable que el daño que los Demandantes reclaman en este Arbitraje por más de \$ 350 millones de dólares no es daño directo y por esa razón las reclamaciones deben ser desestimadas.

C. Los Demandantes no han cumplido con los requisitos adicionales que el CAFTA-DR les impone para tratar de recuperar las pérdidas de Exmingua en representación de Exmingua

56. Al menos otras tres disposiciones del Tratado establecen requisitos específicos para reclamaciones relacionadas con una inversión que tenga la forma de propiedad de una empresa, esto es, reclamaciones presentadas en nombre de la empresa local (Artículo 10.16.1(b)). Las tres disposiciones se centran en evitar la doble compensación y la multiplicidad de procedimientos, así como en proteger a los acreedores de la empresa cuando un demandante presenta reclamaciones frente a un tribunal establecido conforme al CAFTA-DR. Estos requisitos son: (i) cualquier compensación monetaria que se otorgue en el laudo debe ser abonada directamente a la empresa; (ii) se debe desistir o renunciar a cualquier litigio en curso o futuro en los tribunales locales en relación con cualquier medida que se alegue constituye una violación del Tratado; y (iii) las reclamaciones por presuntas violaciones del Tratado que la empresa ya ha litigado en los tribunales locales no pueden volver a ser litigadas en el arbitraje. El siguiente cuadro resume estos requisitos:

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Id.* ¶ 74.

⁸⁰ *Id.* ¶ 51 (énfasis añadido).

⁸¹ Tampoco solicitan los Demandantes compensación por pérdida indirecta o reflexiva—un tipo de daño que no puede ser otorgado bajo el Art. 10.16.1 (a) del CAFTA-DR. *Ver supra* ¶¶ 40-46.

	Requisitos del CAFTA-DR	Derecho → Daño	Objetivo
Art. 10.16.1(a) CAFTA-DR Por cuenta del demandante por el daño del demandante	<ol style="list-style-type: none"> Daños para el demandante (Art. 10.26) Renuncia del demandante (Art. 10.18.2(b)(i)) No relitigación de reclamaciones locales (Annex 10-E) 	Violación del derecho del demandante ↓ El demandante es compensado por daño directo	<ul style="list-style-type: none"> - Demandante tiene legitimación activa para reclamar en representación de la empresa - No doble compensación - Respeto a la personalidad distinta de la empresa - Respeto a los acreedores de la empresa - No multiplicidad de litigios
Art. 10.16.1(b) CAFTA-DR En representación de una empresa por el daño de la empresa	<ol style="list-style-type: none"> Daños para la empresa (Art. 10.26.2) Renuncia de empresa + demandante (Art. 10.18.2(b)(ii)) No relitigación de reclamaciones locales (Annex 10-E) 	Violación del derecho de la empresa ↓ Empresa es compensada por daño directo	<ul style="list-style-type: none"> - Demandante tiene legitimación activa para reclamar en representación de la empresa - No doble compensación - Respeto a la personalidad distinta de la empresa - Respeto a los acreedores de la empresa - No multiplicidad de litigios

57. Según el principio de efectividad (*effet utile*), se debe dar significado a cada disposición de un tratado y ninguna disposición puede ser ignorada.⁸² Además, el CAFTA-DR requiere que los demandantes consientan formalmente por escrito a arbitrar disputas “de acuerdo con los procedimientos establecidos en [el Tratado]”.⁸³ En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes manifestaron su “consentimiento al arbitraje de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Capítulo 10 del DR-CAFTA”⁸⁴ y, sin embargo, incumplieron cada uno de los requisitos que se abordan a continuación.

1. *El laudo resultante de un arbitraje de inversión debe disponer que cualquier compensación monetaria por daño sufrido por la empresa se pague directamente a la empresa*

58. Cualquier reclamación interpuesta en representación de una empresa local debe necesariamente solicitar compensación *para esa empresa* en virtud del CAFTA-DR, Artículo 10.26.2. Si la empresa sufrió la pérdida, su propietario no debería obtener compensación por esa pérdida y cualquier indemnización debe dirigirse a la empresa local. Esta regla básica protege al menos dos principios esenciales: i) una empresa y sus accionistas son entidades diferentes; y ii) los acreedores de la empresa tienen derecho a protección.

59. Para ello, el Artículo 10.26.2 establece:

⁸² *Renco*, Decisión sobre el alcance de las objeciones preliminares de la Demandada en virtud del Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014, ¶ 177 (“El Tribunal también señala que el principio de eficacia (*effet utile*) es ampliamente aceptado como un principio fundamental de la interpretación de un tratado. Este principio requiere que las disposiciones de un tratado se lean conjuntamente y que ‘cada disposición en un tratado se interprete de una manera que la dote de significado, en lugar de sin él (o *inutile*)’), **RL-0004-044**.

⁸³ Art. 10.18.2 (a) del CAFTA-DR, **RL-0001-022**.

⁸⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 16.

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

(a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;

(b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses que procedan dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y

(c) el laudo dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.

(énfasis añadido)

60. Esta disposición rige expresamente las reclamaciones presentadas en representación de la empresa, es decir, en virtud del Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR. Las secciones (a) y (b) del Artículo 10.26.2 establecen que cualquier restitución de propiedad o compensación monetaria debe ir directamente a la empresa. La sección (c) protege a los acreedores de la empresa en la medida en que el laudo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho sobre la reparación que pueda tener cualquier entidad en virtud de la legislación nacional aplicable. Permitir que los Demandantes soliciten compensación por los supuestos daños sufridos por Exmingua bajo el Artículo 10.16.1(a) del CAFTA-DR impediría al final que los acreedores de Exmingua exigieran el cumplimiento de cualquier derecho que tengan sobre los activos de esa empresa, incluyendo un laudo arbitral.⁸⁵

61. Como explicó EE.UU. en *Renco v Perú*:⁸⁶

[El Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR] evita que el inversor saque un activo de la compañía—la reclamación—en detrimento de otras partes con un interés legítimo en ese activo, como los acreedores de la empresa. [...] Si un inversor pudiera presentar una reclamación en virtud del Artículo 10.16.1 (a) por pérdidas o daños incurridos por una empresa, tanto los Artículos 10.16.1 (b) como 10.26.2 quedarían sin efecto, contrariamente al principio del derecho internacional consuetudinario de efectividad.

⁸⁵ *Ver Mondev*, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 84 (refiriéndose a la posición de los Estados Unidos, “si la reclamación se inicia bajo el Artículo 1117, [los daños] deben ser pagados a la empresa, no al inversor . . . Esto permitiría a terceros con, por ejemplo, un derecho real de garantía u otros derechos contra la empresa satisfacer esos derechos con los daños pagados”), **RL-0018-029-030**; *ver también Clayton*, Memorial de los Estados Unidos de América, 29 diciembre de 2017, ¶ 19 (señalando que el requerimiento de que cualquier restitución sea hecha, o los daños monetarios pagados, a la empresa “tiene como objetivo impedir que el inversor efectivamente se deshaga de un activo corporativo (la reclamación) en detrimento de otros con un interés legítimo en ese activo, como los acreedores de la empresa”), **RL-0008-008**.

⁸⁶ *Renco*, Segundo Memorial de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, fn. 14 (interpretando el TPA EE.UU.–Perú, el cual contiene una provisión idéntica al CAFTA-DR) (citas internas omitidas), **RL-0005-005**.

62. En otras palabras, permitir que un accionista que posee o controla una empresa presente una reclamación bajo el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR por daños incurridos por la empresa le daría derecho a evadir la protección incorporada en el Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR en detrimento de los acreedores de la empresa. El Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR quedaría anulado. Por lo tanto, para recibir compensación por daños incurridos por la empresa, la reclamación se debe presentar bajo el Artículo 10.16.1 (b) del CAFTA-DR y los daños den ser pagados a la empresa, y no al demandante, según lo dispuesto en el Artículo 10.26 del CAFTA-DR.⁸⁷

63. En este caso, tanto en la Notificación de Intención como en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes solicitan que se pague una indemnización directamente a los Demandantes por las supuestas pérdidas de Exmingua.⁸⁸ No se debería permitir que los Demandantes eludieran el Artículo 10.26.2 del CAFTA-DR.

2. Exmingua debe renunciar a las reclamaciones en curso o futuras

64. El Artículo 10.18.2(b)(ii) del CAFTA-DR establece que un demandante que presente una reclamación en representación de su empresa local por los daños de la empresa debe presentar “las *renuncias por escrito* del demandante y de la empresa . . . de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes . . . cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”.⁸⁹ La provisión de renuncia (o waiver) en el CAFTA-DR “reafirma la distinción entre reclamaciones de inversores por daños directos y reclamaciones de inversores por daños a sus inversiones”.⁹⁰

65. El fin de esta disposición es evitar la doble compensación, la multiplicidad de procedimientos, conclusiones contradictorias de diferentes tribunales y la inseguridad jurídica.⁹¹ De lo contrario, podrían tener lugar procedimientos paralelos múltiples relacionados con la misma

⁸⁷ *Mondev*, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 86 (indicando, en relación con los Artículos 1116, 1117 y 1135 (2) del TLCAN, que “[t]eniendo en cuenta las distinciones entre reclamaciones presentadas en virtud de los artículos 1116 y 1117, un . . . tribunal debe de tener cuidado en no permitir que una indemnización por una reclamación que debiera haber sido interpuesta bajo el Artículo 1117 sea abonada directamente al inversor”), **RL-0018-030**.

⁸⁸ Notificación de Intención, p. 4 (“los Inversionistas tienen la intención de presentar un reclamo de arbitraje conforme al Tratado, procurando daños y perjuicios por las cantidades descritas anteriormente [...]”), **C-5**; Notificación de Arbitraje, ¶ 78 (“Los Demandantes solicitan que el Tribunal Arbitral que sea constituido en este caso emita un laudo final . . . condenando a Guatemala a *compensar a los Demandados* en la cantidad de . . .”) (énfasis añadido).

⁸⁹ Art. 10.18.2(b)(ii) del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-022**.

⁹⁰ Thornton, pág. 502, fn. 63, **RL-0013-016**.

⁹¹ *Renco*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶¶ 84-85, **RL-0019-021-022**.

medida que se alega constituye una violación, o un demandante podría presentar una reclamación en representación de su empresa local ante un tribunal de inversiones y recuperar las pérdidas sufridas por la empresa mientras que, al mismo tiempo, la empresa inicia un litigio local y obtiene una recuperación adicional por la misma pérdida.

66. Además, el requisito de renuncia (waiver) bajo el CAFTA-DR no es un requisito meramente formal, sino que incorpora un componente material que requiere que el demandante se asegure de que su empresa local desiste de cualquier proceso en curso respecto de cualquier medida que—se alega—constituye una violación bajo el Tratado. En *Commerce Group Corp. c. La República de El Salvador*, el Tribunal concluyó que el “Artículo 10.18(2)(b) de CAFTA requiere que los Demandantes presenten una ‘renuncia escrita’ formal, y luego se aseguren de que otros procedimientos legales no se ‘inicien’ o se ‘continúen’”.⁹² Entender el requisito de renuncia (waiver) como un mero requisito formal “dejaría [a esta renuncia] sin sentido. . . una renuncia debe ser más que solo palabras; debe cumplir su efecto deseado”.⁹³

67. Es importante destacar que el Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR requiere que la renuncia cubra “cualquier procedimiento”, y el requerimiento “no solo está restringido a las reclamaciones por daños”.⁹⁴ Una “pregunta clave []” en el análisis del elemento material de la renuncia es si la medida⁹⁵ ante la corte o tribunal local es la misma medida en cuestión en el

⁹² *Id.* ¶ 84, **RL-00019-021**. Véase también *Waste Management Inc v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), Laudo, 2 de junio de 2000, § 20 (“Cualquier renuncia, y por lo tanto, también la que está siendo objeto de debate, implica un **acto formal y material** por parte del que la presenta. A estos efectos, este Tribunal deberá comprobar que WASTE MANAGEMENT **ha presentado la renuncia de acuerdo con las formalidades previstas en el TLCAN y que ha respetado los términos de la misma** a través del acto material de desistir o no iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales.”) (énfasis en el original en parte y añadido en parte), **RL-0022-017**.

⁹³ *Commerce*, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 80, **RL-0021-028**.

⁹⁴ *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción Artículo CAFTA 10.20.5, 17 de noviembre de 2008, ¶ 53 (“**Las renunciaciones bajo el Artículo 10.18.2 no están restringidas a reclamaciones de daños**. También deberían cubrir reclamaciones por cumplimiento específico. La lectura del Artículo 10.18.3 confirma este entendimiento. Este párrafo exceptúa de la renuncia las acciones en que se solicitan medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios y que se presenten con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el periodo de espera del arbitraje. Esta excepción habría sido innecesaria si las renunciaciones del Artículo 10.18.2 se limitaran a reclamaciones de daños.”) (énfasis añadido), **RL-0020-023**. El único tipo de procedimiento que se excluye de la regla de renuncia es “una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios . . . siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el periodo de espera del arbitraje”, Artículo 10.18.3 del CAFTA-DR, **RL-0001-022**.

⁹⁵ Bajo el Artículo 2.1 del CAFTA-DR “**medida** incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, **RL-0001-006**.

arbitraje CAFTA-DR.⁹⁶ Esto demuestra que el objeto y el fin del requisito de renuncia van más allá de excluir la doble compensación. En *Commerce Group Corp. v. La República de El Salvador*, el tribunal sostuvo que el requisito de renuncia bajo el Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR exigía que Commerce Group suspendiera sus peticiones ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de recuperar los permisos medioambientales de los demandantes.⁹⁷ En efecto, los procedimientos ante el tribunal local “guarda[ban] una estrecha relación con las mismas ‘medidas’ que se cuestiona[ban] en el” arbitraje⁹⁸ donde los demandantes alegaban que El Salvador incumplió sus obligaciones del Capítulo Diez cuando revocó sus permisos medioambientales y no renovó las licencias de exploración de los demandantes.⁹⁹

68. En consecuencia, el CAFTA-DR requiere que un accionista que busque recuperar las pérdidas de su empresa i) presente una renuncia por escrito de la empresa de “cualquier” derecho a iniciar o continuar “cualquier” procedimiento local, en el que se reclamen daños monetarios o no, respecto de “cualquier” medida que se alegue constituye una violación en el arbitraje; y ii) retirarse de cualquier procedimiento local correspondiente. Tanto el requisito formal como el material deben cumplirse en el momento en que se presenta la notificación de arbitraje para que el tribunal tenga jurisdicción.¹⁰⁰

69. Los Demandantes no han cumplido con ninguno de los dos elementos del requisito de renuncia. La renuncia presentada por los Demandantes con su Notificación de Arbitraje fue firmada solo por ellos; la renuncia por escrito de Exmingua no fue presentada.¹⁰¹ La no presentación de la renuncia por escrito de Exmingua es suficiente para que el Tribunal desestime todas las Reclamaciones, sin tener en cuenta si existe algún litigio relacionado en curso en Guatemala. Guatemala no ha dado su consentimiento para arbitrar reclamación alguna por las

⁹⁶ *Railroad*, Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción Artículo CAFTA 10.20.5, 17 de noviembre de 2008, ¶¶ 48, 54, **RL-0020-021-024**; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. La República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 101, **RL-0021-034-035**. Véase también Thornton, pp. 500-501 (“El Artículo 10.18.2 (b) del CAFTA-DR indica que un Demandante debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar ‘cualquier actuación respecto de cualquier medida’ que se alegue constituye una violación del Acuerdo, tal y como se define en el Artículo 10.16 del CAFTA-DR. Esto significa que un Demandante CAFTA-DR debe abandonar cualquier derecho a iniciar un procedimiento que impugne las medidas cuestionadas en un caso del Capítulo Diez, si podría haberlo iniciado ante los tribunales o cortes municipales de las Partes del CAFTA-DR o bajo los procedimientos de solución de controversias establecidos por contrato u otro instrumento”), **RL-0013-014-015**.

⁹⁷ *Commerce*, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 107, **RL-0021-037**.

⁹⁸ *Id.* ¶¶ 101, 62, 63, **RL-0021-034-035**.

⁹⁹ *Id.* ¶¶ 9, 10, **RL-0021-006**.

¹⁰⁰ *Id.* ¶¶ 96-97, **RL-0021-033-034**.

¹⁰¹ Renuncia de los Demandantes de conformidad con el Artículo 10.18 del CAFTA-DR, 2 de noviembre de 2018, C-4.

pérdidas de Exmingua a menos que se presente una renuncia firmada por Exmingua con la Notificación de Arbitraje.¹⁰² Un tribunal arbitral del CAFTA-DR “no tiene jurisdicción en ausencia de acuerdo de las partes de otorgar al Demandante la oportunidad de corregir su renuncia defectuosa” y “corresponde al Demandado y no al Tribunal renunciar [a objetar] a cualquier deficiencia bajo el Artículo 10.18 o permitir que se corrija una renuncia defectuosa.”¹⁰³

70. En cuanto al requisito material del requisito de denuncia, la medida que se alega constituye una violación aquí y en el litigio local es la suspensión de la licencia de explotación de Exmingua para el Proyecto Progreso VII. Exmingua ha apelado la suspensión varias veces, la última ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ese procedimiento “sigue pendiente”.¹⁰⁴ Este litigio en curso “guarda[] una estrecha relación con las mismas ‘medidas’ que se cuestionan en el” Arbitraje¹⁰⁵, en particular, con la suspensión de la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua.¹⁰⁶ Concretamente, los Demandantes han presentado reclamaciones por violación de los estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida, así como por la violación del nivel mínimo de trato y por expropiación sobre la base de esa suspensión.¹⁰⁷ Además, los Demandantes alegan que existe una moratoria de hecho sobre el otorgamiento de licencias de explotación en Guatemala, lo que constituye una violación del estándar mínimo de trato y una expropiación.¹⁰⁸ Incluso si la moratoria de hecho fuese una medida bajo el CAFTA-DR, que no lo es¹⁰⁹, no es una reclamación “separada y diferente” de la revocación de la licencia de explotación Progreso VII de Exmingua.¹¹⁰ Las propias alegaciones de los Demandantes en el Arbitraje muestran que sus reclamaciones se basan en la suspensión de la licencia del Proyecto Progreso VII:

¹⁰² Art. 10.18.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-022**.

¹⁰³ *Railroad*, Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción Artículo CAFTA 10.20.5, 17 de noviembre de 2008, ¶ 61, **RL-0020-026**.

¹⁰⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 59.

¹⁰⁵ *Commerce*, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 84, **RL-0021-030**.

¹⁰⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 59.

¹⁰⁷ *Id.* ¶¶ 68, 72, 77.

¹⁰⁸ *Id.* ¶¶ 72, 77.

¹⁰⁹ *Commerce*, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 112 (“la política de prohibición de minería de hecho [...] constituye una política del Gobierno en oposición a la ‘medida’ tomada”), **RL-0021-039**.

¹¹⁰ *Id.* ¶¶ 111-112 (determinando que las reclamaciones de Commerce Group con respecto a la supuesta política de hecho a la minería no era “separada y diferente” de las medidas en cuestión ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador donde Commerce Group había impugnado la revocación de los permisos medioambientales que permitían a la empresa extraer metales preciosos de El Salvador. Por lo tanto, la reclamación también estaba excluida por el Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR.), **RL-0021-038-039**.

- a. Reclamación por la supuesta violación del trato nacional y del trato de la nación más favorecida. Según los Demandantes, “Exmingua ha recibido un trato menos favorable por parte de los tribunales y del MEM que el que se ha otorgado a . . . otros proyectos.”¹¹¹ Los Demandantes se quejan de que “el **Proyecto Progreso VII ha sido suspendido** por más de dos años, tiempo durante el cual ha estado pendiente un recurso ante la Corte de Constitucionalidad. . .”¹¹²
- b. Reclamación por la supuesta violación del estándar mínimo de trato. Según los Demandantes, “Guatemala ha violado su obligación de proporcionar a la inversión de los Demandantes un trato justo y equitativo, entre otras cosas al **suspender las operaciones de Exmingua en Progreso VII**, pese a que poseía una licencia de explotación válida . . . y al adoptar una moratoria de hecho sobre la concesión de licencias de explotación, en contra de la ley y de las expectativas legítimas de los Demandantes.”¹¹³
- c. Reclamación por la supuesta expropiación. Los Demandantes argumentan que “Guatemala ha expropiado la inversión de los Demandantes en Exmingua, porque **la suspensión** por parte del Estado **de la licencia de explotación del Proyecto Progreso VII** y la moratoria ilegal han privado a Exmingua del uso y disfrute de sus derechos mineros en los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita.”¹¹⁴

71. Para empeorar las cosas, si los Demandantes obtienen la reparación que solicitan en el Arbitraje, obtendrían una compensación por la incapacidad de Exmingua de explotar su mina en los últimos años, y al mismo tiempo la licencia de explotación de Exmingua puede rehabilitarse por la Corte de Constitucionalidad y continuar vigente por otros 25 años. Esto sería una ganancia extraordinaria para los Demandantes y podría constituir doble indemnización, ya que, en caso de que la suspensión de la licencia de Exmingua se reestablezca, ésta tendría entonces tiempo suficiente para explotar una mina que, según las alegaciones de los Demandantes, tiene una fase

¹¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 68.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Id.* ¶ 72.

¹¹⁴ *Id.* ¶ 77.

operativa de solo cinco años.¹¹⁵ En otras palabras, los Demandantes habrían obtenido la doble compensación que el CAFTA-DR prohíbe expresamente.

3. Las reclamaciones por pérdidas de la empresa que se han litigado localmente no se pueden volver a litigar ante tribunales internacionales

72. Bajo el Anexo 10-E del CAFTA-DR, un inversor estadounidense no puede someter a arbitraje una reclamación por incumplimiento de una obligación en virtud del Tratado en nombre de una empresa si la empresa “ha alegado esa violación de una obligación” en un procedimiento ante un tribunal local.

73. El Anexo 10-E del CAFTA-DR, Sección 1, establece que:

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

(a) por cuenta propia, de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), o

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

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

74. Esta disposición de 'Bifurcación de Caminos' (Fork-in-the-Road) requiere que el demandante elija entre solicitar un remedio ante un tribunal local o ante un tribunal arbitral.¹¹⁶ La disposición incorpora el principio general de *vía electa*, que impide solicitar compensación doble por la misma reclamación en dos o más *foros*. En consecuencia, cuando una empresa decide presentar “reclamaciones [que] comparten la misma base fundamental”¹¹⁷ que las reclamaciones presentadas ante el tribunal CAFTA-DR ante un tribunal del Estado anfitrión, pierde el derecho a presentar una demanda, o a que su dueño lo haga en su nombre, ante un tribunal de inversiones.

¹¹⁵ *Id.* ¶ 40.

¹¹⁶ C. McLachlan QC, et al., *Arbitraje Internacional de Inversiones* (2ª ed. 2017), ¶ 4.100, **RL-0023-029**.

¹¹⁷ *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Extractos del Laudo, Caso CIADI No. ARB/09/15, 6 de mayo de 2014, ¶¶ 368-370, **RL-0024-036-037**; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, ¶ 61 (*citando* el caso *Woodruff*), **RL-0025-017**; Anexo 10-E del CAFTA-DR, **RL-0001-039**.

En otras palabras, la “clave es analizar si la misma disputa se ha presentado ante foros nacionales e internacionales.”¹¹⁸ Los Demandantes violan la disposición de bifurcación de caminos.

75. Los Demandantes presentan una reclamación, por cuenta propia, por la supuesta violación por parte de Guatemala de su obligación de proporcionar “protección y seguridad plenas” a Exmingua bajo el Tratado.¹¹⁹ Las alegaciones de los Demandantes para respaldar esta reclamación son casi idénticas a las alegaciones de Exmingua sobre la misma violación (es decir, la falta de acción del Estado) ante los tribunales guatemaltecos en dos procedimientos separados, iniciados por Exmingua el 3 de septiembre de 2012 y el 22 de abril de 2016.¹²⁰ El siguiente cuadro compara las alegaciones en los tres procedimientos (el arbitraje y los dos procedimientos locales en Guatemala):

Notificación de Arbitraje	Litigio de 2012	Litigio de 2016
<p>“Guatemala no actuó a este respecto. . . lo que resultó en amenazas a los empleados de Exmingua al intentar acceder a las minas y en paros de trabajo en las minas”.¹²¹</p> <p>“Un mes después de que comenzaran los trabajos de construcción, los miembros de las comunidades cercanas al proyecto, apoyados por organizaciones no gubernamentales, bloquearon el acceso a la mina. Dos meses después, Exmingua obtuvo algo de apoyo policial, que intentó debilitar la resistencia en el área de las minas, pero los manifestantes les negaron el paso y la policía finalmente dio la vuelta y se fue. KCA y Exmingua buscaron la ayuda de varias autoridades gubernamentales locales y nacionales, pero el Estado no tomó medidas significativas o efectivas para detener el bloqueo ilegal y continuo del Proyecto Progreso VII.”¹²²</p>	<p>“[L] a falta de intervención, por parte de la autoridad, para proteger a personas y vehículos en y alrededor de las instalaciones del proyecto minero Progreso VII. . .”¹²³</p> <p>“[A]rrestos ilegales, hostigamiento, lesiones, amenazas y coacciones contra los trabajadores del proyecto habían ocurrido en el sitio del proyecto, además de varios daños a sus instalaciones, y aunque la policía estaba al tanto de esta situación, no se han tomado las medidas necesarias para garantizar y proteger a las personas y vehículos que deben ingresar al proyecto”.¹²⁴</p>	<p>“[E]l fracaso y la amenaza que . . . las autoridades no garantizan los derechos constitucionales y mantienen el orden público en los bloqueos promovidos ... en áreas ... del proyecto minero Progreso VII Derivada”.¹²⁵</p>

¹¹⁸ *Pantechniki*, Laudo, 30 de julio de 2009, ¶ 61, **RL-0025-017**.

¹¹⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 73-74.

¹²⁰ *Id.* ¶¶ 42-44, 56, 74.

¹²¹ *Id.* ¶ 74.

¹²² *Id.* ¶ 42.

¹²³ *Id.* ¶ 43.

¹²⁴ *Id.* ¶ 43.

¹²⁵ *Id.* ¶ 56.

76. Con respecto al litigio de 2012, Exmingua presentó una acción de amparo contra varias autoridades en Guatemala.¹²⁶ Aunque el amparo se concedió inicialmente, fue revocado posteriormente por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.¹²⁷

77. El 22 de abril de 2016, Exmingua presentó una nueva acción de amparo ante la Corte de Constitucionalidad, esta vez contra el Presidente de Guatemala, el Ministerio de Gobernación y la Dirección General de la Policía Nacional. Exmingua perdió, y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no concedió el amparo.¹²⁸

78. 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.

* * *

79. En conclusión, los Demandantes buscan recuperar las supuestas pérdidas de Exmingua en virtud de una disposición del CAFTA-DR que solo permite que un demandante que posee o controla una empresa reclame el daño directo sufrido por el demandante. Aunque el Tratado proporciona un mecanismo para que los Demandantes reclamen, en representación de Exmingua, cualquier pérdida sufrida por Exmingua, los Demandantes no han aprovechado este mecanismo. Por el contrario, ignorando principios básicos de derecho mercantil e internacional, y tratando de obtener una ganancia extraordinaria y una posible doble compensación, los Demandantes: (i) no han pedido una indemnización para Exmingua por las pérdidas de Exmingua, y en su lugar intentan que se les compense a ellos (a los Demandantes, por las pérdidas que no sufrieron), ignorando las formalidades mercantiles, los derechos de los acreedores de Exmingua y el alto riesgo de doble compensación; (ii) no han renunciado al derecho de Exmingua a litigar las mismas reclamaciones en Guatemala y, lo que es peor, han permitido que Exmingua mantenga un procedimiento judicial en Guatemala; y (iii) se han negado a renunciar a las reclamaciones que ya se habían litigado, en su lugar han optado por volver a litigar las reclamaciones que los tribunales guatemaltecos ya habían resuelto.

¹²⁶ *Id.* ¶ 44.

¹²⁷ *Id.* ¶ 44.

¹²⁸ *Id.* ¶ 56.

80. El Tribunal debe rechazar el intento de los Demandantes de eludir los procedimientos y restricciones del CAFTA-DR y desestimar todas sus reclamaciones por los motivos indicados.

81. Primero, asumiendo “como ciertos los alegatos de hecho presentados por [los Demandantes] con el objeto de respaldar cualquier reclamación”¹²⁹, como cuestión de derecho, las Reclamaciones no son peticiones respecto de las cuales “se pueda dictar un laudo favorable para [los Demandantes] en virtud del Artículo 10.26”¹³⁰ y otras disposiciones del CAFTA-DR. La Notificación de Arbitraje no establece una causa de pedir, o acción, con base en la que se pueda, bajo el CAFTA-DR, otorgar la reparación solicitada. El remedio disponible bajo el Artículo 10.16.1 (a) del CAFTA-DR para un demandante que posee o controla una empresa es compensación por el daño directo sufrido por un demandante. Debido a que los Demandantes solo alegaron daño directo a Exmingua, no han alegado una reclamación sobre la cual se pueda otorgar un remedio. Las reclamaciones de los Demandantes fracasan como cuestión de derecho y deben ser desestimadas de conformidad con el Artículo 10.20.4 del CAFTA-DR.

82. Segundo, las Reclamaciones deben ser desestimadas en virtud del Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR porque exceden la jurisdicción del Tribunal. Aunque solicitan compensación por las supuestas pérdidas de Exmingua, los Demandantes no renunciaron a los derechos de Exmingua a iniciar o continuar un litigio local “respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”.¹³¹ Por tanto, Guatemala no ha dado su consentimiento a arbitrar las reclamaciones de los Demandantes.¹³²

83. Tercero, las Reclamaciones deben ser desestimadas bajo el Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR porque son inadmisibles. Los Demandantes carecen de legitimación activa en este Arbitraje iniciado en virtud del Artículo 10.16.1(a) del Tratado para tratar de recuperar las pérdidas o daños sufridos por la empresa local.

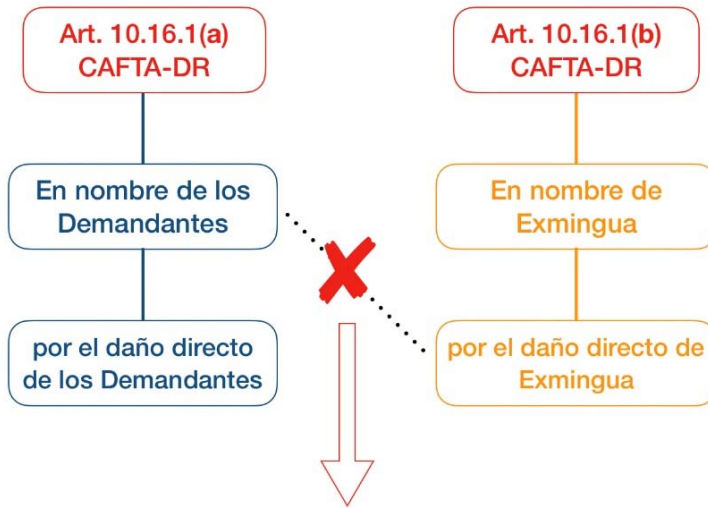
¹²⁹ Art. 10.20.4(c) del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

¹³⁰ Art. 10.20.4 del CAFTA-DR, **RL-0001-024**.

¹³¹ Art. 10.18.2(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-022**.

¹³² *Renco*, Segundo Memorial de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, ¶ 15 (señalando, en relación con una disposición idéntica al Artículo 10.16.1 de DR -CAFTA, que “[n]o someter una reclamación bajo las disposiciones apropiadas en el Artículo 10.16 y cumplir con las condiciones y limitaciones del consentimiento en el Artículo 10.18, incluida la provisión de renuncia (*waver*), resulta en la falta de consentimiento de la Parte y la simultánea falta de jurisdicción del tribunal con respecto a esa reclamación”), **RL-0005-006**.

84. La primera objeción de la Demandada se resumen así:



Consecuencia	Motivos de desestimación	CAFTA-DR
Los Demandantes no han cumplido los requisitos del CAFTA-DR para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua	Como cuestión de derecho , no puede dictarse un laudo a favor de los Demandantes	10.16.1 10.20.4
Los Demandantes no tienen legitimación activa para solicitar compensación por las pérdidas de Exmingua	Las reclamaciones son inadmisibles	10.16.1 10.20.5
El Demandado no consintió a arbitrar reclamaciones por pérdidas de Exmingua sin la renuncia de Exmingua	El Tribunal no tiene jurisdicción	10.18.2(b)(ii) 10.20.5

85. El Tribunal debe desestimar todas las Reclamaciones por las razones indicadas. Hay dos reclamaciones que deben ser desestimadas por razones adicionales incluso si el Tribunal denegara esta primera objeción, tal y como se explica a continuación.

VI. LA RECLAMACIÓN DE LOS DEMANDANTES SOBRE EL TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.16.2 DEL CAFTA-DR Y DEBE SER DESESTIMADA

86. Los Demandantes ignoran el hecho de que no incluyeron una reclamación en relación con el trato de nación más favorecida en su Notificación de Intención. Este Tribunal Arbitral no puede hacer lo mismo. El CAFTA-DR exige que los tribunales arbitrales hagan cumplir el requisito de notificación de intención exigido en el Tratado.

87. El Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, obliga al demandante a entregar “una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”) . . . [p]or lo menos 90 días antes de que se someta *una* reclamación a arbitraje[.]”¹³³ Los Demandantes enviaron una Notificación de Intención a Guatemala el 16 de mayo de 2018,

¹³³ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020**.

que no contenía reclamación alguna sobre la supuesta violación de la protección del trato de nación más favorecida establecida en el Artículo 10.4 del CAFTA-DR.¹³⁴ Los Demandantes identificaron esta reclamación por primera vez en su Notificación de Arbitraje del 9 de noviembre de 2018, sin cumplir con el requisito de notificación previa del CAFTA-DR e ignorando, en palabras de los Demandantes, el “período requerido de 90 días”.¹³⁵ Como resultado, la reclamación sobre el trato de nación más favorecida debe ser desestimada de conformidad con el texto del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, el objeto y fin de dicha disposición y las decisiones anteriores de tribunales arbitrales de inversión. La reclamación extemporánea de los Demandantes no puede ser decidida por el Tribunal.

A. El Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR requiere que la notificación de la reclamación se realice por lo menos 90 días antes de ser sometida a arbitraje

88. El Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR establece lo siguiente:

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

(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;

(b) **por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado** y cualquier otra disposición aplicable;

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

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

(énfasis añadido)

De conformidad con los términos expresos del CAFTA-DR, un requisito previo para la presentación de una reclamación a arbitraje es la presentación escrita al demandado de una

¹³⁴ Ver Notificación de Intención, C-5.

¹³⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 28.

notificación intención.¹³⁶ La notificación de intención no debe simplemente proporcionar información general, sino que debe especificar “por cada reclamación, la disposición [del CAFTA-DR] . . . 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.¹³⁷ Un demandante debe entonces esperar al menos 90 días antes de presentar la notificación de arbitraje que incluya cada una de esas reclamaciones conforme al Artículo 10.16.4 del CAFTA-DR.

89. Tanto la presentación de la notificación de intención como el período de espera de 90 días son obligatorios.¹³⁸ El Tribunal debe examinar el “sentido corriente” de los términos del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR “en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”¹³⁹ “El Tribunal también debe guiarse por el principio de *effet utile*.”¹⁴⁰

90. El término “entregará” en el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR es imperativo, a diferencia del término “podrá” o “deben” (*should*) utilizado en otras disposiciones (por ejemplo, el Artículo 10.15 y el Artículo 10.16.1 del CAFTA-DR), lo cual indica la elección deliberada de las partes del CAFTA-DR de hacer que la notificación de intención sea obligatoria.¹⁴¹ Además, el

¹³⁶ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR, **RL-0001-020**.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ C. Leathley, *International Dispute Resolution in Latin America: An Institutional Overview* (2007), p. 243 (“Dada la **obligación** de presentar una notificación de intención, esto a menudo significará que, al menor signo de una reclamación, un inversor contendiente presentará una notificación de intención, para garantizar que los plazos pertinentes no se conviertan en un obstáculo si las negociaciones no tienen éxito”) (énfasis añadido), **RL-0026-006**; *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada de conformidad con los Artículos 10.20.4 y 10.20.5, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 92-93, **RL-0003-054-055**.

¹³⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), firmada el 23 de mayo de 1969, Art. 31 (Regla general de interpretación) (“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”), **RL-0027-019-020**.

¹⁴⁰ *Murphy Exploration & Production Company Internacional c. República del Ecuador*, Caso PCA No. 2012-16 (anteriormente AA 434), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 13 de noviembre de 2013, ¶ 171, **RL-0028-049-050**.

¹⁴¹ *Ver p. ej. Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, 5 de marzo de 2013, ¶¶ 71-72 (interpretando el artículo 8 del TBI entre el Reino de los Países Bajos y la República de Turquía) (“71. **Los términos tienen carácter imperativo**. Los requisitos explícitos de que las partes deben buscar consultas y negociaciones con respecto a la controversia que surja en virtud del TBI y que haya un período de espera de un año a partir de la fecha en que surgió la controversia son aceptados por el Tribunal como condiciones previas para someter la disputa a arbitraje. . . **Los requisitos explícitos para notificar la disputa** que surja en virtud del TBI y para buscar consultas y negociaciones hasta que

término “cada” significa “cada una de dos o más personas o cosas, consideradas e identificadas por separado.”¹⁴² Sólo las reclamaciones debidamente identificadas en la notificación de intención pueden ser consideradas por un tribunal arbitral.

91. Además, el CAFTA-DR debe interpretarse de manera que se atribuya un significado a las palabras de su texto.¹⁴³ Convertir la entrega de la notificación de intención en una condición discrecional o requisito opcional ignoraría y esencialmente eliminaría las palabras “entregará” y “especificará” establecidas en el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR. Permitir que un demandante interponga ahora una reclamación que fue omitida en la notificación de intención, ignoraría las palabras “cada reclamación” del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR. Haría que estas palabras fueran superfluas y sin efecto cuando las Partes del CAFTA-DR las acordaron por un motivo. De modo significativo, el requisito formal de notificación de intención que establece el CAFTA-DR no está incluido en las Reglas de Arbitraje del CIADI.¹⁴⁴ Es decir, se trata de un requisito adicional que las partes del CAFTA-DR añadieron intencionalmente. *A fortiori*, el intérprete debe ser cuidadoso e interpretar la disposición de forma que se dé el mayor peso y efecto a sus palabras. Con el fin de dar pleno efecto a los términos del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, debe cumplirse con la notificación de intención.

B. El objeto y fin de la disposición relativa a la notificación de intención requiere la desestimación de la reclamación sobre trato de nación más favorecida

92. Primero, el objeto y fin del requisito de notificación de intención bajo el CAFTA-DR “es evidente: permitir que un Estado demandado prepare y argumente su defensa”.¹⁴⁵ En

haya transcurrido un año desde la fecha de la notificación de la disputa **no se deben reducir a una mera declaración de aspiración**) (énfasis añadido), **RL-0029-019-020**.

¹⁴² “Cada” en Lexico.com, Oxford University Press, <https://www.lexico.com/en/definition/each> (última visita el 16 de agosto de 2019), **RL-0030-001**.

¹⁴³ *Murphy*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 13 de noviembre de 2013, ¶ 171 (citando a R. Gardiner, *Interpretación de Tratados* (2008), p. 64) (“El Tribunal también se guiará por el principio de *effet utile*, que requiere que los tribunales interpreten las disposiciones de los tratados ‘para darles todo su peso y efecto de manera consistente con el sentido normal de las palabras y con otras partes del texto, y de tal manera que se pueda atribuir una razón y un significado a cada parte del texto.’”), **RL-0028-049-050**.

¹⁴⁴ Art. 10.16.5 del CAFTA-DR (“Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas por este Tratado.”), **RL-0001-021**.

¹⁴⁵ *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶ 346, **RL-0031-120**.

efecto, “la Demandada tiene derecho a disponer de claridad respecto del marco legal de las reclamaciones desde el inicio”.¹⁴⁶

93. Segundo, la notificación de intención proporciona a los demandados la oportunidad de evaluar el coste-beneficio de un acuerdo transaccional antes de que las reclamaciones se sometan a arbitraje. “Una notificación adecuada le permite al Estado examinar y posiblemente resolver la disputa a través de una negociación”.¹⁴⁷ Esto es especialmente cierto en el caso de arbitrajes bajo el CAFTA-DR. Las partes del CAFTA-DR incluyeron intencionalmente un requisito estricto de identificar, en la notificación de intención, cada reclamación, las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada una de ellas, y los daños reclamados. En palabras del tribunal del caso *Pac Rim*: “la responsabilidad, la causalidad y los daños, deben ser alegados conforme al CAFTA . . . en la notificación de intención”.¹⁴⁸ El objetivo es permitir que un demandado evalúe preliminarmente cualquier responsabilidad potencial y mida las consecuencias que se derivarían si no logra llegar a un acuerdo con el posible demandante. Para ese propósito, cada una de las reclamaciones debe especificarse en la notificación de intención. Convertir la entrega de la notificación de intención en una condición discrecional o requisito opcional privaría a los Estados de la claridad, certeza, advertencia, y oportunidad de tomar decisiones proporcionadas por una notificación de intención 90 días antes de enfrentar un arbitraje por esa reclamación específica.

94. Tercero, el requisito de notificación específico se adoptó en concordancia con los objetivos del CAFTA-DR de “FORTALECER los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones”, “CONTRIBUIR al desarrollo armónico y a la expansión del comercio mundial y

¹⁴⁶ *Id.* ¶ 344, **RL-0031-119-120**.

¹⁴⁷ *Supervision y Control SA c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶ 339, **RL-0032-149**; *Western NIS Enterprise Fund c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/04/2, Orden, 16 de marzo de 2006, ¶ 5 (“La notificación adecuada es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje, ya que le permite al Estado, actuando a través de sus órganos competentes, examinar y posiblemente resolver la disputa mediante negociaciones”), **RL-0033-001**. Véase también Declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre Notificación de la Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje bajo el Artículo 1119 del TLCAN, 7 de octubre de 2003, ¶ 2 (“Los esfuerzos para solucionar reclamaciones del TLCAN en materia de inversión a través las consultas y la negociación, generalmente sólo han ocurrido después de que la entrega de la notificación de intención. La notificación de intención naturalmente sirve de base para las consultas o las negociaciones entre el inversionista contendiente y las autoridades competentes de una Parte. **Con el propósito de establecer un sólido fundamento para tales discusiones, es importante que la notificación de intención identifique claramente al inversionista y a la inversión, y que especifique la índole precisa de las reclamaciones que se sustentan.**”) (énfasis añadido), **RL-0034-001**.

¹⁴⁸ *Pac Rim*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 de CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶ 93, **RL-0003-055**.

brindar un catalizador para ampliar la cooperación internacional”, y “CONTRIBUIR a la integración hemisférica”.¹⁴⁹ Las Partes deberían intentar resolver una disputa siempre que sea posible y evitar un arbitraje que puede destruir una relación y dificultar las inversiones futuras y oportunidades constructivas. Si los inversores no especifican todas sus reclamaciones en la notificación de intención, la función del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR se frustra. El Estado perdería la oportunidad de entablar un diálogo significativo con un inversor, antes de que el inversor inicie una disputa internacional de inversión.

95. Cuarto, especificar todas y cada una de las reclamaciones en la notificación de intención proporciona seguridad jurídica y promueve la justicia, la eficiencia y la transparencia.

96. Por lo tanto, el objeto, el propósito y el texto expreso del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exigen que las reclamaciones no incluidas en una notificación de intención sean desestimadas.

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

97. En *Pac Rim c. El Salvador*, el tribunal arbitral explicó que el cumplimiento del requisito de notificación del Artículo 10.16.2 de la CAFTA-DR es obligatorio:¹⁵⁰

92. Por otra parte, el procedimiento previsto en el Artículo 10.20.4 del CAFTA debe ser leído en concordancia con los Artículos 10.16.1 y 10.16.2 del CAFTA, los cuales exigen una notificación de intención del demandante para reclamar responsabilidad por una violación y “especificar[...]” (entre otras cosas):

“(b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

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

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

93. **Por lo tanto, sería inadmisibles que un demandante evada alegar la base fáctica de cada una de sus reclamaciones en la notificación de intención:** una mera conclusión no podría desarrollar la base fáctica. En consecuencia, **la responsabilidad, la causa y los daños deben ser**

¹⁴⁹ Preámbulo del CAFTA-DR, **RL-0001-001-002**.

¹⁵⁰ *Pac Rim*, Decisión de Excepciones Preliminares del Demandado bajo los artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto del 2010, ¶¶ 92-93, **RL-0003-054-055**.

alegados en virtud del Artículo 10.16.1 del CAFTA y el Artículo 10.16.2 (b), (c) y (d) en relación con la notificación de intención.

(énfasis añadido)

98. En consecuencia, el incumplimiento por parte del demandante de la secuencia acordada en el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR y la no notificación al demandado de una reclamación en la notificación de intención, hace que la reclamación sea inadmisibile.

99. En el caso *Aven c. Costa Rica*, el tribunal arbitral enfatizó que el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR requiere que los inversores identifiquen sus reclamaciones en la notificación de intención, y señaló que una notificación realizada correctamente garantiza el derecho a la defensa del demandado. Por lo tanto, el tribunal determinó que cualquier reclamación no incluida en la notificación de intención es inadmisibile.¹⁵¹

344. El Tribunal concuerda en que el consentimiento de un Estado a someterse a arbitraje conforme al CAFTA-DR presupone el cumplimiento de los requisitos para la presentación de la reclamación, **incluidos aquellos establecidos en el Artículo 10.16(2), el cual dispone la necesidad de incluir en la notificación de intención no sólo una descripción de los hechos de cada reclamación, sino su “fundamento jurídico”. La Demandada tiene derecho a disponer de claridad respecto del marco legal de las reclamaciones desde el inicio.**

[...]

346. ... **La necesidad de presentar una reclamación oportuna y adecuadamente es evidente: permitir que un Estado demandado prepare y argumente su defensa. Por lo tanto, como las Demandantes no presentaron una reclamación de incumplimiento de protección y seguridad plenas oportunamente, el Tribunal declarará inadmisibile *in limine* esta reclamación.** No obstante, el Tribunal expresamente manifiesta que ello no perjudica el resto de las reclamaciones presentadas por las Demandantes, las que se analizan más abajo.

(énfasis añadido)

100. La inadmisibilidada de las reclamaciones que no se han notificado adecuadamente al demandado no es exclusiva del CAFTA-DR. Por ejemplo, en el caso *Supervisión y Control, S.A. c. Costa Rica*, el tribunal constituido bajo el TBI Costa Rica – España, desestimó las reclamaciones que no habían sido debidamente notificadas a Costa Rica. El tribunal del caso *Supervisión* hizo hincapié en la importancia de cumplir con los requisitos de notificación

¹⁵¹ *Aven*, Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, ¶¶ 344-346, **RL-0031-119-120**.

acordados para favorecer la solución amistosa de las disputas. El tribunal sostuvo que las reclamaciones no notificadas e incluidas por primera vez en la solicitud de arbitraje son inadmisibles:¹⁵²

339. Además, el Tribunal desea recordar la importancia de una **notificación adecuada, que es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje.** En efecto, **una notificación adecuada le permite al Estado examinar y posiblemente resolver la disputa a través de la negociación.**

340. El hecho de no notificar debidamente al Estado que recibe la inversión de la existencia de una controversia constituye una violación del artículo XI.1 del Tratado. **Esto implica que cualquier reclamación que no haya sido notificada es inadmisibles en el procedimiento respectivo, porque el proceso de negociación previo acordado por las partes no se ha agotado.**

341. En el caso de que el Inversor notifique ciertas reclamaciones al Estado, pero al presentar la Solicitud de Arbitraje o su Memorial de Demanda agregue reclamaciones diferentes y no relacionadas directamente con las presentadas anteriormente, **todas las reclamaciones no notificadas serán inadmisibles.** Por lo tanto, el procedimiento solo abordará las reclamaciones notificadas anteriormente conforme al requisito establecido en el Artículo XI.1 del Tratado.

(énfasis añadido)

Es importante destacar que la disposición que rige las notificaciones en el CAFTA-DR es más estricta que la disposición análoga bajo el TBI Costa Rica – España. Primero, el Artículo XI(1) del TBI Costa Rica – España sólo requiere que el demandante notifique “por escrito” cualquier “**controversia** relativa a las inversiones”¹⁵³ mientras que el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR requiere que el demandante proporcione una “notificación escrita de su intención de someter **la reclamación a arbitraje**” (énfasis añadido).¹⁵⁴ Segundo, el Artículo XI(1) del TBI Costa Rica –

¹⁵² *Supervisión*, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶¶ 339-341, **RL-0032-149-150**.

¹⁵³ *Id.* ¶ 5 (“Artículo XI. Controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante 1º- **Toda controversia relativa a las inversiones** que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo **será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión.** En la medida de lo posible, las Partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2º- Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, el inversor podrá remitir la controversia: a) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; b) a un tribunal de arbitraje internacional de los que se citan a continuación: i) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas e Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel; . . .”) (énfasis añadido), **RL-0032-011**.

¹⁵⁴ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020**.

España simplemente requiere que el demandante incluya “**información detallada**” en la notificación,¹⁵⁵ mientras que las notificaciones según el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR deben especificar, “**por cada reclamación, la disposición [del CAFTA-DR] . . . 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.¹⁵⁶ Por lo tanto, la inadmisibilidad de las reclamaciones no identificadas en la notificación de intención es incluso más evidente bajo el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.

101. Asimismo, en el caso *Antoine Goetz et consorts c. République de Burundi*, el tribunal también desestimó una reclamación que no había sido debidamente notificada. Aunque los demandantes notificaron a Burundi su reclamación sobre la revocación de un certificado de zona franca emitido por el mismo Estado, no notificaron sus reclamaciones sobre el reembolso de impuestos, aranceles y acciones convertibles, tal como requería el TBI Bélgica – Burundi. En consecuencia, el tribunal consideró que las últimas reclamaciones eran inadmisibles debido al incumplimiento de los demandantes de los pre-requisitos procesales:¹⁵⁷

90. El segundo problema de admisibilidad se refiere a los requisitos de procedimiento antes de la presentación de la solicitud de arbitraje. Según el artículo 8, apartados 2 y 3, del Convenio sobre inversiones de Bélgica y Burundi,

¹⁵⁵ *Supervisión*, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶ 5 (énfasis añadido), **RL-0032-011**.

¹⁵⁶ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020**.

¹⁵⁷ *Antoine Goetz et consorts c. République de Burundi*, Caso No. CIADI ARB/95/3, Laudo Final, 10 de febrero de 1999, ¶¶ 90-93 (“90. Le second problème de recevabilité tient à l’exigence d’une procédure préalable au dépôt de la requête d’arbitrage. En effet, aux termes de l’article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise d’investissement, 2. **Tout différend relatif aux investissements fait l’objet d’une notification écrite, accompagnée d’un aide-mémoire suffisamment détaillé établi à l’initiative de l’investisseur de l’une des parties, à l’autre partie contractante..** Ce différend est, de préférence, réglé à l’amiable par un arrangement entre les parties au différend et, à défaut, par la conciliation entre les parties contractantes, par la voie diplomatique. 3. Si le différend ne peut être réglé dans les trois mois à compter de la notification écrite visée au paragraphe 230, il est soumis, à la demande de l’investisseur concerné, pour conciliation ou arbitrage au Centre international pour le règlement des différends relatifs Aux investissements (CIRDI). [...] 92. Il ressort de ce qui précède que **les conditions de recevabilité énoncées par l’article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise d’investissement sont satisfaites en ce qui concerne les conclusions de la requête portant sur la légalité et les conséquences juridiques du retrait du certificat d’entreprise franche en date du 29 mai 1995.** 93. **Les conditions énoncées par les dispositions précitées de l’article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements ne sont, en revanche, pas remplies en ce qui concerne les conclusions de la requête tendant à la condamnation de la République du Burundi à rembourser les taxes fiscales et douanières acquittées par AFFIMET, ainsi que les devises convertibles échangées en francs burundais par AFFIMET, pendant la période antérieure au cours de laquelle le certificat d’entreprise franche avait été suspendu, soit entre le 20 août 1993 et le 10 janvier 1994. Ces conclusions sont, en conséquence, irrecevables,** et le différend sur lequel le Tribunal est appelé à se prononcer porte exclusivement sur la licéité et les conséquences de la décision du 29 mai 1995 portant retrait du certificat d’entreprise franche accordé à la société AFFIMET.”) (énfasis añadido), **RL-0035-001-002**.

2. Cualquier disputa relacionada con inversiones deberá ser objeto de notificación por escrito, acompañada de un memorando suficientemente detallado dirigido, por iniciativa del inversor de una de las partes, a la otra parte contratante.

En primer lugar, tal controversia debería resolverse de manera amistosa mediante un acuerdo entre las partes en la controversia y, en su defecto, mediante la conciliación entre las partes contratantes, a través de canales diplomáticos.

3. Si la disputa no puede resolverse dentro de los tres meses siguientes a la notificación por escrito a la que se hace referencia en el párrafo 2, se envía, a solicitud del inversor en cuestión, a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) .

[...]

92. Resulta de lo anterior que se **cumplen los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 8, apartados 2 y 3, del Convenio de Inversión belga-burundés en lo que respecta a las reclamaciones relativas a la legalidad y las consecuencias jurídicas de la revocación del certificado de zona franca con fecha 29 de mayo de 1995.**

93. Sin embargo, no se cumplen las condiciones establecidas en las disposiciones mencionadas del artículo 8, apartados 2 y 3, de la Convención de Protección de Inversiones Bélgica-Burundi en lo que respecta a las reclamaciones que solicitan una orden para que la República de Burundi devuelva los impuestos y derechos pagados por AFFIMET, así como las acciones convertibles canjeadas en francos de Burundi por AFFIMET, durante el período anterior la suspensión del certificado de empresa de zona franca, es decir, entre el 20 de agosto de 1993 y el 10 de enero de 1994. **Estas reclamaciones son, por consiguiente, inadmisibles**, y la disputa sobre la cual el Tribunal debe decidir se refiere exclusivamente a la legalidad y las consecuencias de la decisión del 29 de mayo de 1995 sobre la revocación del certificado de empresa de zona franca otorgado a la empresa AFFIMET.

(nuestra traducción) (énfasis añadido)

De nuevo, como en el caso del TBI Costa Rica – España antes mencionado, los requisitos de notificación del TBI Bélgica – Burundi son menos estrictos que los del CAFTA-DR, y bajo ese estándar menos estricto, el tribunal desestimó las reclamaciones por incumplimiento del requisito de notificación. Mientras que el TBI Bélgica – Burundi simplemente exige que los inversores presenten una notificación de la **disputa** que incluya un memorando “**suficientemente**

detallado”,¹⁵⁸ el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR exige que los inversores notifiquen “**por cada reclamación, la disposición [del CAFTA-DR] . . . presuntamente violad[a]**”.¹⁵⁹ La inadmisibilidad de las reclamaciones no identificadas en la notificación de intención es innegable según el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR.

102. Otros casos en los que los tribunales han determinado que el cumplimiento del requisito de notificación en el TBI aplicable es una condición previa a la presentación de reclamaciones a arbitraje incluyen *Tulip c. República de Turquía*,¹⁶⁰ *Salini c. Marruecos*,¹⁶¹ *Waste Management I*¹⁶² y *Burlington c. Ecuador*.¹⁶³ Mientras que en los dos primeros casos los tribunales respectivos concluyeron que los inversores habían cumplido con dicho requisito, en *Waste Management I* el tribunal señaló que el CIADI se negó a continuar el procedimiento hasta que el demandante cumplió con “la notificación de la intención **obligatoria** de someter la reclamación a arbitraje bajo el Artículo 1119 del TLCAN”.¹⁶⁴ En *Burlington c. Ecuador* el tribunal decidió no conocer sobre las reclamaciones relativas a la falta de protección y seguridad plenas, ya que el inversor no cumplió los requisitos de notificación del TBI.¹⁶⁵

D. La reclamación de trato de nación más favorecida de los Demandantes debe ser desestimada

103. En este caso, los Demandantes no identificaron la reclamación de trato de nación más favorecida (Artículo 10.4 del CAFTA-DR) en la Notificación de Intención del 16 de mayo de

¹⁵⁸ *Id.* ¶ 90, **RL-0035-001**.

¹⁵⁹ Art. 10.16.2 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-020**.

¹⁶⁰ *Tulip*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional, 5 de marzo de 2013, ¶¶ 71-72, **RL-0029-019-020**.

¹⁶¹ *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶¶ 15-16, 19-21, **RL-0036-004-006**.

¹⁶² *Waste Management I*, Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000, §§ 4-5 (señalando que el CIADI se negó a aceptar una solicitud de arbitraje en virtud del TLCAN porque el demandante no cumplió “uno de los requisitos procesales que debe cumplir el Demandante, a saber, **la notificación de intención obligatoria de someter la reclamación a arbitraje en virtud del Artículo 1119 del TLCAN**” y señalando que el procedimiento no podía continuar hasta que “el defecto formal . . . hubiera sido subsanado mediante la remisión de la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje al organismo designado por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos” y hubieran transcurrido 90 días) (énfasis añadido), **RL-0022-006-009**.

¹⁶³ *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5 (anteriormente *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, ¶¶ 337-338 (“337. Si bien el Tribunal coincide con la Demandante en que el Artículo VI no impone un requisito formal de notificación, considera que el Artículo VI **exige** algún tipo de evidencia de que se formularon alegaciones de violación del Tratado.”) (énfasis añadido), **RL-0037-071**.

¹⁶⁴ *Waste Management I*, Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000, §§ 4-5 (énfasis añadido), **RL-0022-006-009**.

¹⁶⁵ *Burlington*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, ¶¶ 337, 340, **RL-0037-071**.

2018.¹⁶⁶ Los Demandantes únicamente incluyeron esta reclamación en la Notificación de Arbitraje del 9 de noviembre de 2018.¹⁶⁷ Por lo tanto, de conformidad con los términos expresos del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, la reclamación de trato de nación más favorecida debe ser desestimada.

104. Además, para proteger los derechos garantizados por el Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, la reclamación de trato de nación más favorecida debe ser desestimada. Guatemala tenía derecho a conocer desde un principio todas y cada una de las reclamaciones para preparar su defensa. Guatemala también tenía derecho a evaluar el coste-beneficio de un acuerdo de transacción tan pronto recibiera la notificación de intención, incluyendo la posibilidad de llevar a cabo de manera efectiva el ejercicio necesario y extenso de investigación, coordinación, información y comunicación dentro de una estructura gubernamental grande y compleja. Las partes del CAFTA-DR, incluyendo Guatemala y Estados Unidos, introdujeron un artículo específico en el acuerdo aplicable para salvaguardar estos derechos. Los Demandantes, sin embargo, optaron por no incluir una reclamación de trato de nación más favorecida en su Notificación de Intención, ni la correspondiente información fáctica y jurídica requerida por el CAFTA-DR para sustentar dicha reclamación. En consecuencia, Guatemala se vio privada de la oportunidad de investigar, consultar y preparar su defensa ante la reclamación del trato de nación más favorecida, desde el 16 de mayo de 2018 (cuando se presentó la Notificación de Intención), hasta el 9 de noviembre de 2018 (cuando se presentó la Notificación de Arbitraje). Guatemala también fue privada de la oportunidad de “participar en discusiones y negociaciones con miras a lograr una resolución amistosa”¹⁶⁸ de la reclamación antes del inicio del Arbitraje.¹⁶⁹

105. Los términos claros del CAFTA-DR no deben ser ignorados. Debido a que los Demandantes no cumplieron con el requisito de notificación de intención del Artículo 10.16.2 del CAFTA-DR, y con el fin de garantizar el derecho de defensa de Guatemala, la reclamación de trato de la nación más favorecida debe ser desestimada.

¹⁶⁶ Notificación de Intención, C-5.

¹⁶⁷ Notificación de Arbitraje, pp. 13-14.

¹⁶⁸ *Id.* ¶ 28 (citando la Notificación de Intención, C-5).

¹⁶⁹ *Ibid.* “Una reunión de negociación tuvo lugar [después de la presentación de la Notificación de Intención], pero las Partes no llegaron a ningún acuerdo sobre la solución de la disputa durante o después de la conclusión de este período de negociación.” En ese momento, a la Demandada no se le había notificado la reclamación de trato de nación más favorecida.

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

106. Los Demandantes alegan que “Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar a Exmingua protección y seguridad plenas al no adoptar medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita”.¹⁷⁰ Las alegaciones de los Demandantes son infundadas pero el Tribunal no necesita llegar al fondo de esta reclamación. Tal y como se establece a continuación, la reclamación ha prescrito porque fue presentada después del agotamiento del plazo de prescripción.

107. El Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR prohíbe la presentación de reclamaciones si han transcurrido más de tres años desde que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de las violaciones y las pérdidas o daños relacionados que reclama. Los Demandantes presentaron la Notificación de Arbitraje el 9 de noviembre de 2018. Pero, con base en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes conocían bien **más de seis años antes** de esa fecha las supuestas omisiones de Guatemala.

A. *El Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR exige el sometimiento de una reclamación a arbitraje dentro de los tres años posteriores a la fecha en la que el Demandante adquirió o debió haber adquirido conocimiento por primera vez de la violación y de la pérdida o daño relacionados como condición a la jurisdicción sobre la reclamación*

108. El Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR establece un límite estricto de tres años dentro del cual un demandante debe presentar una reclamación. El Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR establece:¹⁷¹

Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

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

¹⁷⁰ *Id.* ¶ 74.

¹⁷¹ Art. 10.18.1 del CAFTA-DR (énfasis añadido), **RL-0001-022.**

(énfasis añadido)

109. El cumplimiento del plazo establecido en el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR es una de las “[c]ondiciones . . . al consentimiento” de Guatemala a arbitraje.¹⁷² Por lo tanto, un tribunal arbitral no tiene jurisdicción si el demandante no presenta sus reclamaciones dentro de los tres años posteriores a la fecha en que el demandante (i) tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación *por primera vez*; y (ii) tuvo o debió haber tenido conocimiento de las pérdidas o daños sufridos *por primera vez*.

110. La adquisición de conocimiento pertinente puede ser real o implícita. Conocimiento real se refiere a “lo que la Demandante realmente conocía en un determinado momento”¹⁷³ mientras que conocimiento implícito se refiere a “lo que la Demandante debería haber conocido en un determinado momento”.¹⁷⁴

111. Adicionalmente, no se requiere conocimiento del alcance o cuantificación total de las pérdidas o daños causados. La primera apreciación de la pérdida o daño da comienzo al cómputo del plazo de prescripción. En palabras del tribunal del caso *Berkowitz*:¹⁷⁵

. . . el requisito del Artículo 10.18.1, *inter alia*, de hacer referencia a la fecha en la cual la demandante tomó conocimiento real o implícito *por primera vez* de la pérdida o daño en el que se incurriera como consecuencia de la violación implica que **dicho conocimiento está originado por la primera apreciación de que se incurrirá (o se ha incurrido) en la pérdida o el daño. No requiere ni permite que la demandante espere y observe la medida completa en la que resultará o podrá resultar la pérdida o el daño.** Es la primera apreciación de la pérdida o el daño como consecuencia de la violación lo que da inicio al plazo de prescripción.

¹⁷² *Ibid.* Ver *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 188-191, **RL-0002-059-060**.

¹⁷³ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 217, **RL-0002-068**.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente Spence International Investments y otros) c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 213 (énfasis añadido), **RL-0038-137**. Véase también *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 194, **RL-0002-061**. Los tribunales TLCAN han adoptado la misma interpretación del requisito del Artículo 1116(2) del TLCAN de conocimiento de la pérdida o daño. Véase *Mondev*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 87, **RL-0018-031**; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 78, **RL-0039-033**.

112. Como se mostrará a continuación, los Demandantes adquirieron conocimiento *por primera vez* de la violación alegada y las pérdidas o daños relacionados más de seis años antes del sometimiento de la reclamación de protección y seguridad plenas a arbitraje. La reclamación ha prescrito bajo el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR y queda excluida del ámbito de jurisdicción del Tribunal.

B. Los Demandantes afirman que adquirieron conocimiento de la supuesta violación del estándar de protección y seguridad plenas más de seis años antes de la presentación de la reclamación a Arbitraje

1. Debido a que los Demandantes presentaron la reclamación a Arbitraje el 9 de noviembre de 2018, la fecha crítica es el 9 de noviembre de 2015

113. Una reclamación se “consider[a] sometida a arbitraje . . . cuando la . . . notificación de arbitraje . . . [es] recibida por el Secretario General.”¹⁷⁶ Los Demandantes sometieron sus reclamaciones a arbitraje el 9 de noviembre de 2018. Por lo tanto, el Tribunal no debería considerar reclamaciones que surgieron antes del 9 de noviembre de 2015,¹⁷⁷ “la fecha más temprana posible en la cual se permiti[ría] a [los Demandantes] haber tenido conocimiento real o implícito del supuesto incumplimiento del Tratado y de las pérdidas o daños sufridos . . .”¹⁷⁸

114. Sin embargo, si los Demandantes adquirieron tal conocimiento antes del 9 de noviembre de 2015, la reclamación habría prescrito.

2. Los Demandantes identificaron la presunta falta de respuesta de Guatemala a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos desde 2012

115. Una vez establecida la fecha crítica, 9 de noviembre de 2015, se debe determinar la fecha en que los Demandantes adquirieron conocimiento de la violación y las pérdidas o daños

¹⁷⁶ Art. 10.16.4(b) del CAFTA-DR, **RL-0001-023**.

¹⁷⁷ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 199 (“Hay poco margen de discusión respecto de la fecha crítica; como fuera acordado por las Partes, no es materia de controversia que la Demandante haya sometido sus reclamos a arbitraje cuando iniciara el presente procedimiento, es decir, por medio de su Solicitud de Arbitraje de fecha 10 de junio de 2014. La aplicación del Artículo 10.18.1 lleva a la conclusión de que la fecha crítica tuvo lugar tres años antes, es decir, el 10 de junio de 2011.”), **RL-0002-062**. Véase también *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 11 (“Con arreglo al Artículo 10.16.4 del CAFTA, una reclamación se considerará sometida a arbitraje cuando la notificación de arbitraje y el escrito de demanda de las Demandantes, a que se refiere el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sean recibidos por la Demandada. Dado que no se adoptó posición alguna respecto de la fecha en que las reclamaciones se sometieron a arbitraje el 10 de junio de 2013.”), **RL-0038-015**.

¹⁷⁸ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 196, **RL-0002-061-062**.

relacionados. A tal efecto, la supuesta violación debe identificarse por referencia a las alegaciones de los Demandantes.¹⁷⁹

116. En la Notificación de Arbitraje, los Demandantes describieron la presunta violación de Guatemala como sigue:¹⁸⁰

Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua al no adoptar medidas razonables para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita. Entre otras cosas, la falta de actuación por parte de Guatemala en este sentido, a pesar de las solicitudes y demandas de los Demandantes y de Exmingua ha derivado en amenazas a los trabajadores de Exmingua cuando trataban de acceder a las instalaciones y en paros laborales en las instalaciones, y ha impedido que los asesores de Exmingua puedan completar los estudios sociales requeridos para el EIA y así completar la solicitud de una licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita.

117. En apoyo de la reclamación de protección y seguridad plenas, los Demandantes señalaron las “protestas continuas y sistemáticas” y la asociada falta de protección por parte de Guatemala a Exmingua desde 2012.¹⁸¹ Los propios Demandantes describen la presunta violación del estándar de protección y seguridad plenas como una violación continua por parte de Guatemala de sus obligaciones sustantivas bajo el CAFTA-DR. Concretamente, los Demandantes alegan que:

- “Gracias a considerables esfuerzos de los Demandantes, el 25 de mayo de 2014, las actividades de explotación en Progreso VII se reanudaron y, al final del año, Exmingua realizó su primer cargamento. Los bloqueos irregulares **continuaron**, sin embargo, sin respuestas efectivas del Estado”.¹⁸²
- “Exmingua y sus asesores, sin embargo, no pudieron completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y los bloqueos **continuos y sistemáticos** en las instalaciones **desde 2012**”.¹⁸³

¹⁷⁹ *Eli Lilly and Company c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017, ¶ 163 (“... dado que el Demandante es la Parte que afirma que el Tribunal es competente para decidir su reclamación en cuanto al fondo, la “violación alegada” debe, en primer lugar, ser identificada con referencia a las alegaciones del Demandante.”), **RL-0040-055-056**; *Glamis Gold Ltd. c. U.S.A.*, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 349 (“La base de la reclamación se determinará con referencia a las alegaciones del Demandante.”), **RL-0041-161**. Véase también el análisis de las alegaciones de los Demandantes en *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 203-209, **RL-0002-064-065**.

¹⁸⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 74.

¹⁸¹ *Id.* ¶¶ 48, 42.

¹⁸² *Id.* ¶ 45 (énfasis añadido).

¹⁸³ *Id.* ¶ 48 (énfasis añadido).

- “Exmingua informó al MEM que debido a las **continuas** protestas y bloqueos en las instalaciones, Exmingua y sus asesores no pudieron acceder a las instalaciones para completar las consultas locales para el EIA”.¹⁸⁴
- “[L]os **continuos** bloqueos y protestas afectaron gravemente a ambos proyectos de Exmingua”.¹⁸⁵
- “En respuesta a los **continuos** bloqueos, y como parte de los esfuerzos de Exmingua para proteger sus inversiones, el 22 de abril de 2016, Exmingua presentó un amparo contra el Presidente de Guatemala, el Ministerio de Gobernación y la Dirección General de la Policía Nacional . . .”¹⁸⁶

118. Por lo tanto, la reclamación de los Demandantes se basa en la premisa de que las “protestas y los bloqueos **continuos y sistemáticos** en las instalaciones **desde 2012**”¹⁸⁷ y la presunta no adopción de medidas razonables por parte de Guatemala, o la falta de respuesta efectiva, constituye una “violación de la obligación [de Guatemala] de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua”.¹⁸⁸ En otras palabras, los Demandantes afirman que una “serie de acciones similares y relacionadas”¹⁸⁹ u omisiones constituyen una violación del CAFTA-DR por parte de la Demandada.

3. *Los Demandantes adquirieron conocimiento de la presunta violación y pérdidas o daños relacionados en 2012*

119. Los Demandantes intentan escapar del período de prescripción de tres años y solicitan compensación en 2018 por una supuesta violación de la que admiten adquirieron conocimiento en 2012. Esto no está permitido bajo el CAFTA-DR.

120. Las propias alegaciones de los Demandantes al Tribunal confirman que, ya en 2012 y, en cualquier caso antes del 9 de noviembre de 2015, los Demandantes habían, sin ninguna duda, adquirido conocimiento de los dos elementos exigidos por el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR para que el plazo de prescripción empiece a contar. Primero, que una supuesta violación del CAFTA-DR podía ser reclamada a la Demandada. Segundo, que esta supuesta violación había causado pérdidas o daños a los Demandantes.

¹⁸⁴ *Id.* ¶ 49 (énfasis añadido).

¹⁸⁵ *Id.* ¶ 50 (énfasis añadido).

¹⁸⁶ *Id.* ¶ 56 (énfasis añadido).

¹⁸⁷ *Id.* ¶ 48 (énfasis añadido).

¹⁸⁸ *Id.* ¶ 74.

¹⁸⁹ *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 81, **RL-0039-035**; *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (citando *Grand River*, ¶81), **RL-0002-067**.

121. Los propios Demandantes se refieren a lo largo de la Notificación de Arbitraje a varias ocasiones, todas anteriores al 9 de noviembre de 2015, en las que los Demandantes conocían la supuesta omisión y pérdidas o daños relacionados por los que ahora solicitan compensación en este Arbitraje.

122. Primero, las propias alegaciones de los Demandantes confirman que, entre marzo y mayo de 2012, los Demandantes adquirieron conocimiento de la presunta violación de Guatemala y las pérdidas o daños relacionados. Los Demandantes indican en la Notificación de Arbitraje:¹⁹⁰

Un mes después de que comenzara la construcción [en febrero de 2012], miembros de las comunidades cercanas al proyecto, apoyados por organizaciones no-gubernamentales, **bloquearon el acceso a la mina. Dos meses después**, Exmingua obtuvo algo de apoyo policial, que intentó quebrar la resistencia en el emplazamiento de la mina, pero los manifestantes les negaron el paso y **la policía finalmente dio la vuelta y se fue. KCA y Exmingua buscaron apoyo de varias autoridades gubernamentales locales y nacionales, pero el Estado no adoptó medidas significativas o efectivas para detener el bloqueo continuo e ilegal del Proyecto Progreso VII.**

Por lo tanto, ya en la primera mitad de 2012, los Demandantes tenían conocimiento de la supuesta no adopción de medidas razonables por parte de Guatemala que ahora alegan constituye una violación de la “obligación de Guatemala de proporcionar a Exmingua protección y seguridad plenas”.¹⁹¹ En efecto, según los Demandantes, “KCA . . . busc[ó] apoyo de . . . autoridades gubernamentales”.¹⁹² Los Demandantes eran también conscientes para ese entonces de las supuestas pérdidas o daños causados por el presunto incumplimiento por parte de Guatemala por no responder efectivamente a los bloqueos.

123. Segundo, el 3 de septiembre de 2012, Exmingua “presentó una acción de amparo contra el Director General de la Policía Nacional Civil, alegando la ‘**falta de intervención**, por parte de la autoridad, **para proteger a personas y vehículos** en y alrededor de las instalaciones del proyecto minero Progreso VII”¹⁹³ Exmingua afirmó entonces que “no se [habían] tomado las medidas necesarias para garantizar y proteger a las personas y vehículos que deb[ían] ingresar

¹⁹⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 42 (énfasis añadido).

¹⁹¹ *Id.* ¶ 74.

¹⁹² *Id.* ¶ 42.

¹⁹³ *Id.* ¶ 43 (énfasis añadido).

al proyecto” a pesar del conocimiento por parte de la policía “de la situación. . . .”¹⁹⁴ Como resultado, los Demandantes alegan que “arrestos ilegales, hostigamiento, lesiones, amenazas y coacciones contra los trabajadores del proyecto se produjeron en las instalaciones del proyecto, además de varios **daños** a las instalaciones de [Exmingua]”¹⁹⁵

124. Además, los Demandantes admiten en la Notificación de Arbitraje que Exmingua “no pudo completar las consultas públicas requeridas para su EIA debido a las protestas y bloqueos continuos y sistemáticos en el sitio **desde 2012**.”¹⁹⁶

125. Las alegaciones de Exmingua en la acción de amparo de 3 de septiembre de 2012 son casi idénticas a las alegaciones formuladas contra Guatemala en la Notificación de Arbitraje de los Demandantes, que también se refiere a los bloqueos que supuestamente impidieron a Exmingua llevar a cabo las consultas en el emplazamiento de la mina:¹⁹⁷

Guatemala ha incumplido su obligación de proporcionar protección y seguridad plenas a Exmingua al **no adoptar medidas razonables** para garantizar que los Demandantes y Exmingua tengan acceso a las instalaciones de los proyectos Progreso VII y Santa Margarita. Entre otras cosas, la falta de actuación de Guatemala en este sentido a pesar de los ruegos y peticiones de los Demandantes y de Exmingua ha tenido como resultado que los **trabajadores** de Exmingua **sean amenazados** al intentar acceder a las instalaciones y la suspensión del trabajo en las instalaciones, y **han impedido que los asesores de Exmingua puedan completar los estudios sociales requeridos para el EIA** y así completar la solicitud de licencia de explotación para el Proyecto Santa Margarita.

126. El día que Exmingua presentó la acción de amparo, los Demandantes sin duda tenían conocimiento de la medida que constituye la supuesta violación del estándar de protección y seguridad plenas por parte de Guatemala, es decir, la supuesta omisión por parte de Guatemala de proporcionar acceso al sitio de los Proyectos.¹⁹⁸

127. En tercer lugar, en apoyo de su reclamación de protección y seguridad plenas, los Demandantes señalan la supuesta falta de Guatemala de adoptar “respuestas efectivas” a los

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.* (énfasis añadido).

¹⁹⁶ *Id.* ¶ 48 (énfasis añadido).

¹⁹⁷ *Id.* ¶ 74 (énfasis añadido).

¹⁹⁸ Véase *p. ej. Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 221 (“Como el Sr. French es uno de los tres representantes de Corona, no hay duda que la fecha en la cual recibiera la carta debe ser considerada como la fecha en la que la Demandante tomó conocimiento *real* por primera vez de la denegación del otorgamiento de la licencia.”) (énfasis en el original), **RL-0002-069**.

“bloqueos irregulares [que] continuaron en 2014”.¹⁹⁹ Por lo tanto, los Demandantes afirman que tenían conocimiento, en 2012, y a más tardar en 2014, de la presunta violación por parte de la Demandada.

128. Finalmente, los Demandantes tenían conocimiento implícito. Las alegaciones en la Notificación de Arbitraje prueban que los Demandantes “deberían haber adquirido por primera vez” conocimiento de la supuesta violación y pérdida o daño incurrido en 2012 y, a más tardar, en 2014. Exmingua fue el demandante en dos demandas locales en 2012 y 2014 por la supuesta falta de acceso a los sitios de los Proyectos proporcionado por parte de Guatemala. Como dueños únicos de Exmingua, no es razonable que los Demandantes mantengan que no deberían haber sido conscientes de las demandas que Exmingua presentó para abordar “las protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos . . . desde 2012.”²⁰⁰ Además, como se indica en la Notificación de Arbitraje, los Demandantes tienen conocimiento especializado y experiencia sustancial relacionada con proyectos mineros y metalúrgicos de gran magnitud.²⁰¹ Su experiencia, combinada con la ubicación de los Proyectos Progreso VII y Santa Margarita habrían revelado “las protestas y los bloqueos continuos y sistemáticos . . . desde 2012”²⁰² y el hecho de que Guatemala no abordase supuestamente la situación. Por lo tanto, no es razonable afirmar que los Demandantes no deberían haber tenido conocimiento en 2012, y a más tardar en 2014, de la supuesta violación de la Demandada y la pérdida o daño que supuestamente sufrió la Demandante como resultado.

129. Significativamente, cada una de las fechas de la Notificación de Arbitraje mencionadas en los párrafos anteriores en que los Demandantes adquirieron o debieron haber

¹⁹⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 45.

²⁰⁰ *Id.* ¶ 48.

²⁰¹ *Id.* ¶¶ 7-8.

²⁰² *Id.* ¶ 48. Véase *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 73 (“Dada la situación de los Demandantes como **participantes experimentados en el mercado** de tabaco de EE.UU., la **magnitud de sus inversiones y proyectos** presentados al tribunal, y la **disponibilidad de información relevante de múltiples fuentes posibles**, deberían haber adquirido conocimiento de las leyes de fideicomiso y otras medidas adoptadas por estados de EE.UU. para aplicar el MSA. Y, en la medida en que estas medidas necesariamente resultaron en pérdida o daño para los Demandantes antes del 12 de marzo de 2001, **la diligencia apropiada habría revelado ese hecho.**”) (énfasis añadido), **RL-0039-030**. Véase también *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶¶ 171, 199 (“ . . . **Un inversionista inmobiliario razonable, ante la información que se describirá *infra***, debería, como mínimo, haber concluido que era muy probable que las propiedades en cuestión se encontrarán dentro del Parque. Esto **debería, por lo menos, haber derivado en consultas de debida diligencia.** . . . Dado que el Sr. Spence es un desarrollador inmobiliario **profesional**, que él y los Copher son amigos y colegas comerciales, que **visitaron** juntos **Costa Rica** para explorar las compras de propiedades, que lo hicieron con la asistencia de un agente inmobiliario y obtuvieron otra asistencia profesional con respecto a sus compras, el Tribunal considera que, por lo menos, el Sr. Spence y los Copher habrían tenido o deberían haber tenido conocimiento de que era sumamente probable que las propiedades que adquirieron se encontraban dentro de los límites del Parque Nacional Las Baulas y que, por lo tanto, estaban sujetas al riesgo de expropiación cuando correspondiera.”) (énfasis añadido), **RL-0038-121**.

adquirido conocimiento de la presunta violación por parte de Guatemala y de las pérdidas o daños relacionados (marzo de 2012, mayo de 2012, septiembre de 2012 y 2014) ocurrieron *antes* del 9 de noviembre de 2015, quedando así fuera del plazo de prescripción. Los Demandantes no pueden ignorar el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR ni el hecho de que presentaron la reclamación de protección y seguridad plenas **seis años después** de la toma de conocimiento pertinente. La reclamación queda excluida del ámbito de jurisdicción del Tribunal.

C. La caracterización de la violación como “continua” por parte de los Demandantes no les permite evadir el plazo de prescripción de tres años para la presentación de una reclamación a arbitraje

130. Los Demandantes describen de forma consistente las protestas y bloqueos en las instalaciones, y la asociada presunta inacción por parte de Guatemala desde 2012, como “continua y sistemática”.²⁰³ Sin embargo, la *jurisprudence constante* de los tribunales CAFTA-DR, la práctica ulteriormente seguida por las Partes del CAFTA-DR bajo el Artículo 31(3)(b) de la CVDT, el sentido corriente, el contexto, el objeto y el fin del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR son consistentes. Una “violación continua” no renueva el plazo de prescripción de tres años del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR.

131. Los tribunales CAFTA-DR han reiterado que la vigencia del plazo de prescripción de tres años debe calcularse a partir de la “primera” adquisición de conocimiento pertinente, no a partir de la adquisición posterior o final de tal conocimiento. Asimismo, el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR exige la identificación de una fecha específica en la cual el demandante adquiere conocimiento de la supuesta violación y de las pérdidas o daños sufridos. Por lo tanto, cuando la supuesta violación se basa en acciones u omisiones similares y relacionadas, tal conocimiento no se puede adquirir de forma recurrente. Como señaló el tribunal del caso *Berkowitz*:²⁰⁴

208. La primera consulta a los efectos del Artículo 10.18.1 radica en la fecha en la cual la demandante toma conocimiento *por primera vez* de la violación alegada. **La relación entre la fecha y la primera vez que la demandante toma conocimiento requiere la identificación de una fecha cierta en la cual el conocimiento fue adquirido por primera vez.** A pesar de que es posible concebir un reclamo en el cual una secuencia de eventos íntimamente relacionados de forma provisional garantiza la conclusión de

²⁰³ Notificación de Arbitraje, ¶ 48. Véase también *id.* ¶¶ 42, 45, 49, 50, 56.

²⁰⁴ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208 (énfasis en el original en parte y añadido en parte), **RL-0038-134-135**.

que la demandante tomó conocimiento por primera vez en una fecha cierta o aproximadamente en dicha fecha, la simple lectura del texto de **la disposición**, la certeza jurídica y el objeto y el propósito de la cláusula prescriptiva **requieren la identificación de una fecha específica en la cual se debe suponer que la demandante tomó conocimiento de la violación**. En este sentido, el Tribunal no concuerda con el análisis del Laudo en *UPS* respecto de que “líneas de conducta permanente constituyen violaciones continuas de las obligaciones jurídicas y, en consecuencia, extienden el plazo de prescripción” . . . **A pesar de que resulta posible que una línea de conducta continua constituya una violación continua, el Tribunal considera, sin más, que dicha conducta no puede renovar el plazo de prescripción . . .**

132. Del mismo modo, el tribunal del caso *Corona* apoyó la lectura del tribunal del caso *Gran River* de los términos relativos al plazo de prescripción en los Artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN²⁰⁵, que son similares a los del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, y señaló lo siguiente:²⁰⁶

198. Así, la primera labor del Tribunal es determinar **la fecha más temprana posible en la cual la Demandante habría tenido conocimiento de los supuestos incumplimientos del Tratado y de las pérdidas o daños sufridos** para que los reclamos de la Demandante hayan sido presentados en el plazo pertinente conforme al Artículo 10.18.1.

[...]

215. . . . “*Cuando una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado’ están controvertidas, el inversor no puede evadir los plazos de prescripción al fundar su reclamo en la ‘transgresión más reciente de dicha serie’*”.

133. La “práctica ulteriormente seguida [por las Partes CAFTA-DR] en la aplicación”²⁰⁷ del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR es totalmente consistente con la lectura de la disposición por parte de los tribunales CAFTA-DR. En *Corona c. República Dominicana*, Estados Unidos

²⁰⁵ Art. 1116(2) del TLCAN establece: “El inversor no podrá presentar una demanda si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversor tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos.”; el Artículo 1117(2) del TLCAN dice lo siguiente: “Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.” Ver **RL-0012-010-011**.

²⁰⁶ *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 198, 215 (énfasis añadido) (*citando Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶ 81), **RL-0002-062**.

²⁰⁷ CVDT, Art. 31(3)(b), **RL-0027-020**.

argumentó, en su escrito de Estado Parte no contendiente al tribunal, 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.”²⁰⁸

134. Estados Unidos expuso el mismo argumento en *Berkowitz c. Costa Rica*,²⁰⁹ caso en el que la República de El Salvador concurrió en el argumento del siguiente modo:²¹⁰

31. Dado que el requisito se refiere a ‘la fecha en que el demandante adquirió, o debió haber adquirido, conocimiento de una violación’, es irrelevante si la medida se caracteriza como un acto que tiene un carácter continuo. El Salvador está de acuerdo con el escrito de los Estados Unidos sobre los mismos términos en el TLCAN:

Un inversor adquiere *por primera vez* conocimiento de la violación y pérdida en un momento concreto: bajo el Artículo 1116(2), dicho conocimiento se adquiere en una ‘fecha’ concreta. Dicho conocimiento no puede ser adquirido *por primera vez* en fechas múltiples, ni puede dicho conocimiento ser adquirido de forma recurrente.

135. Costa Rica y la República Dominicana también han respaldado esta misma interpretación del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR.²¹¹ Guatemala está de acuerdo. Las declaraciones hechas por estas Partes del CAFTA-DR constituyen una “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual const[a] el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” bajo el Artículo 31(3)(b) del CVDT.²¹² La posición consistente de

²⁰⁸ *Corona*, Escrito de los Estados Unidos de América, 11 de marzo de 2016, ¶¶ 3-5 (“3. **El Artículo 10.18.1 se refiere al conocimiento de la violación alegada y del daño adquirido por primera vez en una “fecha” concreta. Dicho conocimiento no puede ser adquirido en fechas múltiples o de forma recurrente.** Por consiguiente, un curso continuado de conducta no puede renovar el plazo de prescripción bajo el Artículo 10.18.1. Un daño jurídicamente distinto, en cambio, puede dar lugar a un plazo de prescripción distinto bajo el Capítulo 10 del CAFTA-DR. [...] 5. Cuando una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado’ están controvertidas, el inversor no puede evadir los plazos de prescripción basando su reclamación en la ‘transgresión más reciente de dicha serie.’ . . . Por lo tanto, cuando el demandante adquiere *por primera vez* (o debió haber adquirido) conocimiento de la violación y del daño, transgresiones posteriores por el Estado Parte derivados de un curso continuado de conducta, a diferencia de un daño jurídicamente distinto, no renuevan el plazo de prescripción bajo el Artículo 10.18.1.”), **RL-0042-001-002**.

²⁰⁹ *Berkowitz*, Escrito de los Estados Unidos de América, 17 de abril de 2015, ¶¶ 4-7, **RL-0043-002-003**.

²¹⁰ *Berkowitz*, Escrito de parte no contendiente de El Salvador, 17 de abril de 2015, ¶ 31, **RL-0044-012**.

²¹¹ *Berkowitz*, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, 26 de mayo de 2015, ¶¶ 32-36, **RL-0045-012-013**; *Corona*, Memorial de Réplica de la Demandada sobre Excepciones Preliminares Expeditas, 19 de febrero de 2016, ¶¶ 84-89, **RL-0046-001-003**.

²¹² CVDT, Art. 31(3)(b), **RL-0027-020**; Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65 Sesión, 6 de mayo – 7 de junio y 8 de julio – 9 de agosto de 2013, A/68/10, Capítulo IV, pp. 35-36, (17) (“**La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) debe ser un comportamiento observado ‘en la aplicación del tratado’.** Esto comprende, no solo los actos oficiales en el ámbito internacional o el ámbito interno que sirven para aplicar el tratado, incluido respetar o velar por el cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, **las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como** las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, **las**

Estados Unidos, la República de El Salvador, Costa Rica, la República Dominicana y la República de Guatemala “habrá de tenerse en cuenta”²¹³ al interpretar la disposición relativa al plazo de prescripción de CAFTA-DR.

136. Si el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR se interpretara de otra forma, como si permitiese que el conocimiento se adquiriera de forma recurrente y que el plazo de prescripción comience a contar de nuevo cada vez, los términos “adquirió por primera vez” se transformarían en “adquirió por última vez”. Esto es justamente lo contrario al “sentido corriente que ha [...] de atribuirse a los términos del tratado” en virtud del Artículo 31(1) del CVDT.²¹⁴

137. Además, tal lectura de la disposición relativa al plazo de prescripción sería incompatible con su objeto y fin. En efecto, sostener que un curso continuado de conducta renueva el plazo de prescripción de tres años “fomentaría intentos de analizar de forma indefinida un reclamo respecto de sub-componentes de violaciones cada vez más pequeños en el transcurso del tiempo con el propósito de quedar incluidos dentro del plazo de prescripción”.²¹⁵ Como explicó el tribunal de *Grand River*:²¹⁶

[E]ste análisis parece privar de eficacia a las disposiciones relativas a plazos de prescripción en cualquier situación que implique una serie de acciones similares y relacionadas por parte de un estado demandado, ya que el demandante sería libre de basar su reclamación en la transgresión más reciente, incluso si tuviera conocimiento de violaciones y daños anteriores.

138. Permitir a los Demandantes evadir el plazo de prescripción de tres años basando su reclamación en “la transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas”²¹⁷, “**efectivamente despojaría a la cláusula prescriptiva de su propósito fundamental**, a saber, trazar una línea respecto de la interposición de reclamos históricos”.²¹⁸

declaraciones hechas en el transcurso de una controversia jurídica o las sentencias de los tribunales internos; las comunicaciones oficiales que susciten el tratado; o la promulgación de disposiciones legislativas internas o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación en los ámbitos interno o internacional.”) (énfasis añadido), **RL-0047-031-032**. Véase también G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II (1995), p. 796 (la participación de “al menos la gran mayoría” de las partes es suficiente para constituir una práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado), **RL-0048-010**.

²¹³ CVDT, Art. 31(3), **RL-0027-020**.

²¹⁴ *Id.* Art. 31(1), **RL-0027-019**.

²¹⁵ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208, **RL-0038-134-135**.

²¹⁶ *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 81, **RL-0039-035**.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Berkowitz*, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017, ¶ 208 (énfasis añadido), **RL-0038-134-135**. Véase también *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (*citando Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067**.

139. La interpretación consistente de la disposición relativa al plazo de prescripción por parte de los tribunales CAFTA-DR y las Partes del CAFTA-DR no solo está alineada con el objeto y fin de la disposición, sino que también contribuye a promover los objetivos del CAFTA-DR. De conformidad con el Artículo 1.2.1 (f) del CAFTA-DR, las Partes del CAFTA-DR pretenden “crear procedimientos eficaces . . . para la solución de controversias”. El plazo de prescripción garantiza que los inversores presenten sus reclamaciones dentro del período de tiempo prescrito desde que adquieran por primera vez el conocimiento requerido. Si se permite a los demandantes basar sus reclamaciones en “la transgresión más reciente” de una “serie de acciones similares y relacionadas”²¹⁹, la incertidumbre y la inestabilidad prevalecerían en las relaciones entre las Partes del CAFTA-DR y los inversores. Esto no concuerda con los objetivos del CAFTA-DR.

140. En resumen, los términos expresos del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, la interpretación consistente de los tribunales del CAFTA-DR y de las Partes del CAFTA-DR, así como el sentido corriente, el contexto, el objeto y el fin de la disposición relativa al plazo de prescripción, apoyan la misma interpretación del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR. Los Demandantes no pueden ignorar el Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR. El plazo de prescripción de tres años comienza a contar desde el momento en que los Demandantes adquirieron *por primera vez* el conocimiento relevante. El plazo de prescripción no comienza a contar cuando los Demandantes adquirieron conocimiento de la *última* violación en una “serie de acciones similares y relacionadas”.²²⁰

D. Conclusión

141. Los Demandantes ignoran los términos del Artículo 10.18.1 del CAFTA-DR, su sentido corriente, contexto, objeto y fin, así como la interpretación consistente de la disposición por parte de las Partes del CAFTA-DR y los tribunales CAFTA-DR.

142. Los propios Demandantes admiten que conocían los actos y omisiones que consideran constituyen una violación del estándar de protección y seguridad plenas por parte de Guatemala ya en marzo de 2012 y, en cualquier caso, antes del 9 de noviembre de 2015. Estas fechas quedan fuera del plazo de prescripción del CAFTA-DR que, en este caso, excluye cualquier

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Grand River*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 20 de julio de 2006, ¶ 81, **RL-0039-035**; *Corona*, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 215 (*citando Grand River*, ¶ 81), **RL-0002-067**.

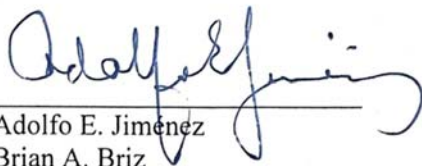
reclamación que surgiera con anterioridad al 9 de noviembre de 2015. Debido a que los Demandantes conocían, o debían haber conocido, el supuesto incumplimiento de Guatemala del estándar de protección y seguridad plenas más de seis años antes de la presentación de la Notificación de Arbitraje, el Tribunal no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la reclamación de los Demandantes.

VIII. PETITORIO

143. La Demandada respetuosamente solicita al Tribunal Arbitral:

- a. Que suspenda el procedimiento de fondo;
- b. Que decida las objeciones preliminares de la Demandada de manera expedita conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR;
- c. Que se establezca un calendario procesal expedito para la resolución de estas objeciones que incluya la celebración de una audiencia, conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA-DR;
- d. Que desestime todas las reclamaciones interpuestas por los Demandantes de conformidad con lo anterior;
- e. Que condene a los Demandantes al pago a la República de Guatemala de su correspondiente parte de las costas del Arbitraje y de los honorarios legales en que ha incurrido la Demandada para preparar estas objeciones preliminares; y
- f. Que otorgue a la República de Guatemala cualquier otro remedio que el Tribunal considere justo y apropiado.

Holland & Knight LLP



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