

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

DANIEL W. KAPPES
Y KAPPES, CASSIDAY & ASSOCIATES
Demandantes

Contra

LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
Demandada

(Caso CIADI N° ARB/18/43)

AUDIENCIA SOBRE
OBJECIONES PRELIMINARES

Lunes 16 de diciembre de 2019
Sala C 3-100, Edificio C
Banco Mundial
Washington DC, Estados Unidos de América

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:
Prof. JEAN KALICKI, Presidente
Sr. JOHN M. TOWNSEND, Coárbitro
Prof. ZACHARY DOUGLAS, Coárbitro

SECRETARIADO DEL TRIBUNAL ARBITRAL:
Sr. FRANCISCO GROB
Sra. DANIELA ARGÜELLO

ESTENOTIPISTA:

Maria Eliana Da Silva, TP-TC
Luciana Sosa, TP
D-R Esteno
Colombres 566
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
República Argentina
(1218ABD)
info@dresteno.com.ar
www.dresteno.com.ar
(5411) 4957-0083

En representación de las demandantes:

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

En representación de la demandada:

Adolfo E. Jiménez (Holland & Knight LLP,
Miami)

Brian A. Briz (Holland & Knight LLP, Miami)

Katharine Menéndez de la Cuesta (Holland &
Knight LLP, Miami)

Arantxa Cuadrado (Holland & Knight LLP, Nueva
York)

ÍNDICE

- Asuntos de procedimiento (Pág. 7)
- Alegato de apertura de la demandada (Pág.10)
- Alegato de apertura de las demandantes (Pág.
75)
- Alegato de refutación de la demandada (Pág.
157)
- Alegato de refutación de las demandantes
(Pág. 195)

(A la hora 9:02)

ASUNTOS DE PROCEDIMIENTO

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del

inglés): Buenos días, señoras y señores. Les doy
la bienvenida a esta reunión sobre excepciones
preliminares en este caso CIADI ARB/18/43 Daniel
Kappes, Kappes Cassidy contra la República de
Guatemala. Soy Jean Kalicki. Para mí es un placer
estar aquí con mis colegas, Townsend y Douglas, y
con nuestros colegas de la Secretaría del CIADI,
el señor Grob y la señorita Argüello. Antes de
empezar quisiera solicitar a las partes a que se
identifiquen quiénes tienen -- quiénes les
acompañan de su parte, incluso cualquiera que
pueda estar participando por medio de WebEx.

Entendemos que algunos de los participantes de la
demandada pueden estar participando de esa
manera. Primero doy la palabra a la demandante.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

Gracias, señor presidente. Yo soy Andrea Menaker,
de parte de la demandante, White & Case. A mano
derecha mía se encuentra Rafael Llano y Agnieszka

Zarowna y Eckhard Hellbeck, todos de White &
Case. Y tendremos a Victoria Todria, de White &
Case también, y también el demandante, Daniel
Kappes.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
inglés): Muchas gracias. ¿Y de parte de la
demandada?

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):

Buenos días, señora presidenta y miembros del
Tribunal. Yo me llamo Adolfo Jiménez, yo estoy
aquí en representación de la demandada, la
República de Guatemala. A la izquierda se
encuentra Katharine Menéndez y a la mano derecha
mía se encuentra Brian Briz y Arantxa Cuadrado,
presentes en forma remota por WebEx de la oficina
de la Fiscalía General de Guatemala se encuentra
Luisa Gatica, Mario Mérida, María Hernández y, de
nuevo, de la Fiscalía General de Guatemala.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del

inglés): Muchas gracias. Y les doy la bienvenida
a todos. Antes de empezar con la consecuencia de
aleatos contemplados en la resolución procesal

número 3, ¿hay alguna cuestión logística o procesal que alguna de las partes desearía plantear?

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
 Simplemente quisiera señalar que nos dimos cuenta por el índice del hiperenlace que las dos partes indicamos, no incluimos la notificación de intención y la notificación de arbitraje. Tenemos copias en papel que podemos distribuir en caso de que se necesite.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Sí. Me doy cuenta de lo mismo. Yo he bajado las copias mías, no sé si mis colegas quisieran tener una copia. Creo que estamos bien. ¿Alguna cuestión logística o procesal?

Bueno, con eso estamos un poco adelantados, que es mejor que el estar atrasados. Así que podemos empezar con los alegatos de la demandada durante hasta 90 minutos. Y veo que hay un documento que quieren repartir, así que si pueden esperar un momento, por favor.

SECRETARIO GROB (Interpretado del inglés):

Disculpen. ¿Tienen otra copia, por favor?

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Puede empezar cuando esté listo, señor Jiménez.

ALEGATO DE APERTURA DE LA DEMANDADA

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
 Muchas gracias, señora presidente, miembros del Tribunal, miembros de la Secretaría.

Ante todo, muchísimas gracias por permitirnos esta oportunidad de presentar los alegatos de la República de Guatemala acerca de las excepciones preliminares. Antes de empezar, vamos a empezar con una visión panorámica del texto del Tratado pertinente. Luego, vamos a repasar los alegatos y la notificación de intención y notificación de arbitraje. Luego, vamos a tratar cada una de las excepciones. Primero, respecto del hecho de que han presentado esta demanda en virtud de la disposición incorrecta del CAFTA, el hecho de que la reclamación nación más favorecida no está incluida en la notificación de intención y esas y

repercusiones, y finalmente con la pena -- con la reclamación de plena protección y seguridad. Voy a responder a cada uno.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Si puede acercarse un poco más al micrófono, por favor.

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
 Este caso se presentó bajo el Tratado de Libre Comercio de América Central y la República Dominicana, que según los demandantes, es un tratado moderno del estado de arte. En su presentación, han utilizado este lenguaje los demandantes para hablar de la disposición. Y, primero, quiero hablar de las metas o los propósitos del mecanismo de resolución de controversias del Tratado. Tal vez no es singular pero sí es moderno y está diseñado para abordar varias cuestiones que quieren enfrentar las partes. Primero es mejorar la eficiencia de los arbitrajes. La disposición de este Tratado o esta disposición del Tratado incluye un requisito de notificación de intención que indique qué es lo

que buscan o procuran las partes y por qué. Esto se tiene que revelar desde el comienzo. Segundo, disuadir la presentación de reclamaciones frívolas, responder ante ellos ab initio y no tener que esperar a que se concluya todo el proceso. Tercero, proteger el derecho a la defensa de la demandada y, finalmente, crear procesos eficaces para la resolución de controversias.

Esto es importante, y aun más importantes son las características incluidas en este Tratado, como tratado moderno y del estado de arte. Tiene requisitos de notificación estrictas y específicas, a diferencia del TLCAN. Dice que cada -- el fundamento fáctico y jurídico y la disposición del Tratado en cuestión ha de identificarse en la notificación de intención para cara reclamación. Dispone un proceso específico para la formulación de objeciones preliminares. Tal vez no es nuevo, tal vez no es singular, pero el hecho de que se ha incorporado en el Tratado mismo sí es significativo y el

1 hecho de que se adoptó una decisión de realizar
2 una determinación respecto de la visibilidad y la
3 validez de las reclamaciones y la jurisdicción
4 del Tribunal, todo como cuestión preliminar.

5 Tercero, tiene una disposición específica
6 para las reclamaciones derivadas, le da a los
7 inversores un mecanismo para presentar
8 reclamaciones en nombre de la empresa. De manera
9 que una cuestión de larga data y una problemática
10 de larga data que ha sido tratado extensamente
11 por muchos comentaristas y va a ser resuelto o
12 abordado por el Tratado DR-CAFTA. Esto se
13 encuentra en el TLCAN y se fortaleció más y se le
14 dio más importancia en este Tratado. Y luego hay
15 unas limitaciones muy estrictas al
16 consentimiento, una característica que
17 consideramos singular importante. Limita el
18 consentimiento respecto a la presentación de una
19 renuncia y un período prescriptivo estricto de
20 tres años.

21 Ahora, en lo que hace el mecanismo sobre
22 acciones derivadas, le da a un accionista que es

1 propietario o controla una empresa, recupera las
2 pérdidas que sufre su empresa local. Esa
3 legitimación es importante. Es lo importante. De
4 pronto hay un accionista que es propietario, que
5 controla y que puede presentar una reclamación en
6 nombre de la empresa. Esta característica
7 específica se ha incorporado aquí, ¿por qué se
8 hizo? Se hizo para responder al hecho que -- o
9 sea, no hacerlo así haría caso omiso de las
10 formalidades societarias, la idea de que las
11 sociedades constituyen personas jurídicas
12 propias, evitar hacer daño a los accionistas
13 mayoritarios al detrimento de los acreedores y
14 los accionistas minoritarios, es disminuir o
15 evitar el riesgo del doble recupero y evitar
16 resultados encontrados respecto de la misma
17 pérdida que si se puede surgir, a no ser que sea
18 abordada la cuestión desde el comienzo. Si es un
19 accionista mayoritario puede presentar una
20 reclamación por la pérdida de la empresa sin
21 algunas protecciones.

22 Entonces, el Tratado incluye varios

1 requisitos, esos requisitos es: el Laudo ha de
2 ser pagadero a la empresa, de manera que un
3 accionista mayoritario presente una reclamación
4 tiene que ser para la empresa, no va al bolsillo
5 de la demandante. Luego, el Laudo debe realizarse
6 sin perjuicio a cualquier derecho que pueda tener
7 una persona en virtud del derecho interno
8 aplicable, o sea, otros acreedores, otras
9 personas pueden presentar demandas por su parte.

10 Tercero, y muy importante, hay -- el
11 demandante tiene que formular una renuncia como
12 condición previa y tiene que presentarse con
13 antelación en nombre de la empresa y en nombre de
14 la demandante. Si la demandante quiere presentar
15 una acción por una pérdida que se refleja o
16 (reflectiva) -- reflexiva. Y luego hay una
17 disposición que no permite relitigar las
18 demandas.

19 El artículo 10.16.2 exige una notificación
20 de intención muy específica de parte de la
21 demandante que ha de especificar para cada
22 reclamación cuál es la disposición del Tratado

1 presuntamente violado, los fundamentos fácticos y
2 jurídicos y qué es lo que se pide en el pliego.
3 Esto para cada reclamación es algo muy singular
4 en este Tratado, no se encuentra en el TLCAN ni
5 en otras -- ni en otras disposiciones. Hay que
6 revelar desde temprano con la notificación de
7 intención.

8 El artículo 10.18.1 limita el
9 consentimiento de Guatemala al arbitraje y hace
10 que sea contingente de la -- de que la demandante
11 respete un período prescriptivo muy estricto. Es
12 un plazo -- es un período de tres años del
13 momento en que la demandante supo o debió haber
14 sabido que hubo un incumplimiento y que el
15 demandante o la empresa incurrió una pérdida o un
16 daño. Entonces, si se ofrece dentro de una
17 reclamación en nombre de la empresa es cuando la
18 empresa sabía o debió haber sabido que se
19 incurrió una pérdida y que hubo un incumplimiento
20 o violación de la disposición del Tratado.

21 Ahora, lo que encontramos en las
22 presentaciones es que la notificación de

1 intención y la notificación de arbitraje hacen
 2 caso omiso de los requisitos en virtud del DR-
 3 CAFTA y luego los demandantes en su contestación
 4 y en su dúplica hacen caso omiso de la
 5 notificación de intención y la notificación de
 6 arbitraje. En breve, las notificaciones no dicen
 7 lo que alegan ahora los demandantes, lo cual hace
 8 que este argumento sea un poco más difícil.

9 Ahora, quiero pasar a la presunta
 10 inversión y la estructura adoptada, este cuadro
 11 que se utilizó en nuestra presentación. He aquí
 12 la estructura de la presunta inversión de los
 13 demandantes en Guatemala. Todos estos hechos
 14 están en la notificación de arbitraje o no han
 15 sido cuestionadas en -- por los demandantes en --
 16 hasta ahora en el arbitraje y de esta diapositiva
 17 se ve que Exmingua era una sociedad que ya
 18 existía durante más de diez años cuando la
 19 demandante compró su participación y 16 años
 20 cuando completaron su adquisición en el 2012.
 21 Tiene varios proyectos y hay solo dos en cuestión
 22 en este arbitraje. O sea, solo dos proyectos de

1 múltiples proyectos están en cuestión o están en
 2 juego en este arbitraje. Nosotros hemos elaborado
 3 dos diapositivas acerca de los dos proyectos en
 4 cuestión que se fundamentan exclusivamente en lo
 5 alegado en la notificación de arbitraje o la
 6 notificación de intención.

7 En esta diapositiva número 9, se trata del
 8 proyecto Progreso VII Derivada. Aquí vemos en --
 9 desde acciones del MEM en rosado, los bloqueos y
 10 protestas que se indicaron en la notificación de
 11 arbitraje y luego las acciones de amparo ante la
 12 Corte Suprema y la Corte Constitucional en
 13 Guatemala respecto a la licencia. En forma
 14 parecida, en la diapositiva 10 tenemos una visión
 15 panorámica o en breve de lo que se ha alegado en
 16 la notificación de arbitraje. Para el Tribunal
 17 creemos que puede ser útil.

18 Entonces, ¿cuáles son los elementos de la
 19 demanda de los demandantes? Hay una reclamación
 20 por trato nacional, una reclamación para país más
 21 favorecido o nación más favorecida, uno de
 22 estándares mínimos con dos componentes de trato

1 justo y equitativo y plena protección y seguridad
 2 y una -- luego, una reclamación para expropiación
 3 e indemnización. Es importante que la
 4 notificación de nación más favorecida no se
 5 incluyó en la notificación de intención. No se
 6 mencionó, no se trató, no se hizo ninguna
 7 referencia. Solo se presentó por primera vez en
 8 la notificación de arbitraje. Y de manera
 9 significativa, un punto del Tratado CAFTA que fue
 10 cumplido por la demandante es que es lo que piden
 11 en lo que -- en la notificación de intención, 16
 12 de mayo de 2018, y notificación de arbitraje, 9
 13 de noviembre de 2018, ahí no se hace ninguna
 14 referencia a una pérdida de valor de las acciones
 15 de la demandante en Exmingua sino al impacto que
 16 presuntamente (definía) las acciones de Guatemala
 17 en sus proyectos y sus activos, Proyecto VI
 18 Derivada y Santa Margarita, nada más. Y es
 19 importante que se solicita daños por la -- lo
 20 decomisado por el Estado.

21 Aquí el Estado busca recuperar los daños
 22 sufridos no por la demandante sino por la

1 empresa. Hay dos tipos de objeciones preliminares
 2 que quisiera indicar para el Tribunal. El
 3 artículo 10.20.4, en virtud de este artículo de
 4 la demandada ha formulado la objeción que como
 5 cuestión de derecho no se puede hacer un Laudo
 6 por un reclamo que no sea formulado bajo el
 7 artículo 10.26 de las reclamaciones presentadas.
 8 El Tratado impone ciertos requisitos para
 9 intentar recuperar las pérdidas de una empresa y
 10 los demandantes no lo satisfacen para que --
 11 objeciones presentadas bajo la sección C del
 12 artículo 10.20.4 exige que el Tribunal asuma que
 13 los alegatos sean ciertas, las que están en la
 14 notificación de arbitraje. La demandada ha hecho
 15 esto, en virtud del artículo 10.20.5 la demanda
 16 ha formulado varias objeciones en el sentido de
 17 que las reclamaciones no están dentro de la
 18 competencia del Tribunal.

19 En la diapositiva 14 presenta un informe
 20 de esas objeciones y lo resume. Está en nuestros
 21 memoriales, pero el cuadro puede ser útil y
 22 quizás vamos a volver a ello. La demandada

1 presenta tres objeciones sobre la base de tres
 2 vicios en las reclamaciones de la demandante. La
 3 primera deficiencia tiene tres consecuencias. Las
 4 cuatro reclamaciones deberían ser (desestimadas)
 5 como cuestión de derecho, se encuentran fuera de
 6 la jurisdicción del Tribunal, son inadmisibles.
 7 El segundo vicio hace que la reclamación de
 8 nación más favorecida sea inadmisibles porque los
 9 demandantes no la especificaron, no la
 10 identificaron en su notificación de intención. La
 11 tercera deficiencia es que la reclamación sobre
 12 protección y seguridad es ex temporánea y, por lo
 13 tanto, se encuentra fuera de la jurisdicción del
 14 Tribunal. O sea, ha prescrito.

15 Quisiera pasar a -- bueno, indiqué que ha
 16 habido varias incongruencias y quisiera indicar
 17 tres respecto a la posición sobre la notificación
 18 de arbitraje y de intención y posteriormente han
 19 cambiado los hechos para -- en un intento por
 20 arreglar sus incongruencias y para así presentar
 21 una respuesta cabal a las -- a lo planteado por
 22 la demandante. Hemos seleccionado tres hoy. En

1 sus notificaciones, los demandantes se enfocaron
 2 en las pérdidas de Exmingua, no hicieron ninguna
 3 referencia al impacto que tuvieron las pérdidas
 4 de Exmingua en su inversión y abordaron la
 5 cuestión de la presunta -- el presunto daño a los
 6 proyectos y activos. No hicieron referencia a la
 7 pérdida en las participaciones de Exmingua.
 8 Después, cambiaron las -- en su contestación a la
 9 demanda o a las objeciones y en su dúplica, los
 10 demandantes reformularon sus reclamaciones para
 11 ahora enfocarse en la presunta pérdida de valor
 12 en sus acciones. Han dicho que son -- ellos
 13 alegan que buscan el valor disminuido de
 14 Exmingua. Alegan en la dúplica que los -- o sea,
 15 en la duplica dicen que la disminución de valor
 16 en las acciones de Exmingua, todo esto es nuevo y
 17 no se incluyó en el resarcimiento que se solicitó
 18 ni en la notificación de intención ni en la
 19 notificación de arbitraje. Segundo, en relación
 20 con la reclamación sobre nación más favorecida,
 21 en la primera cita se puede ver que no hicieron
 22 referencia a la reclamación sobre notificación de

1 nación más favorecida porque los hechos
 2 específicos que dieron lugar a esta reclamación
 3 no existieron en el momento en que presentaron la
 4 notificación de intención. En la segunda cita y
 5 la tercera cita, los demandantes afirman que los
 6 hechos y el fundamento jurídico de su reclamación
 7 (para) nación más favorecida sí se incluyeron en
 8 la notificación de intención. Otra vez, es una
 9 postura incongruente.

10 Tercero, dicen en relación con su
 11 reclamación respecto de plena protección y
 12 seguridad, dicen primero, de nuevo, antes de
 13 presentarse la demanda que Exmingua y sus
 14 (conductores), sin embargo, no pudieron completar
 15 las consultas públicas que exigía su EIA debido a
 16 las continuas protestas y bloqueos en el sitio en
 17 2012. Cada referencia en la notificación de
 18 arbitraje hace referencia a bloqueos continuos y
 19 protestas o protestas continuas y bloqueos que
 20 remontan a 2012. Luego, en sus presentaciones
 21 alegan que no se basa en ningún incumplimiento
 22 continuo, no pudo haber sido continuo elementos e

1 informaciones que no se encuentran ni en la
 2 notificación de arbitraje ni en la notificación
 3 de intención. Es una postura completamente
 4 diferente, es un cambio de lo que han presentado
 5 en la notificación de arbitraje e intención.
 6 Vamos a profundizar en esto cuando llego --
 7 llegue a esa reclamación.

8 Primero, la primera objeción de la
 9 demandante tiene que ver con un mecanismo
 10 derivado y dispuesto en el Tratado a un inversor
 11 que de otra forma estaría cubierto para recuperar
 12 -- intentar recuperar las pérdidas en la empresa
 13 local, ya que la demandante busca recuperar las
 14 pérdidas de Exmingua y no un daño directo a las
 15 demandantes. Los demandantes solo pudieron
 16 presentar sus reclamaciones en virtud del
 17 mecanismo derivado en el 10.16.1(b). Sin embargo,
 18 los demandantes presentaron sus reclamaciones por
 19 las pérdidas de Exmingua en virtud del 10.16.1(a)
 20 sin satisfacer los requisitos adicionales del
 21 mecanismo derivado del CAFTA. Por lo tanto, las
 22 reclamaciones han de ser desestimadas como

1 cuestión de derecho.

2 Este Tribunal no tiene ninguna
3 jurisdicción de conocer las reclamaciones y son
4 inadmisibles. El mecanismo derivado del CAFTA se
5 incluye en apenas algunos tratados modernos. Se
6 le da al inversor mayoritario controlador y no a
7 la empresa local. Le da al accionista la
8 legitimación para presentar reclamaciones en
9 nombre de su empresa. Admite las reclamaciones de
10 un inversor que es propietario, controla una
11 empresa local en nombre de la empresa local. El
12 artículo 25(2) del Convenio CIADI extiende la
13 jurisdicción solamente a una empresa local. Es
14 una diferencia importante. Encontramos un
15 mecanismo parecido en los artículos 11.16 y 11.17
16 del TLCAN. Los TBI modelo de Estados Unidos del
17 2004 y 2012 incluyeron un mecanismo derivado
18 parecido y perfeccionado en su artículo 24. CAFTA
19 tomó como modelo este, el TBI modelo de Estados
20 Unidos del 2004, incluye un mecanismo derivado en
21 el artículo 10.16. He aquí el texto del mecanismo
22 derivado del CAFTA.

1 Como el Tribunal Clayton explicó en su
2 Laudo de enero de 2019 respecto de los artículos
3 1116 y 1117 del TLCAN, ambas disposiciones a y b
4 necesitan leerse en su contexto. El artículo 16.a
5 afirma que cuando un demandante ha incurrido
6 pérdida o daño, el demandante en nombre propio
7 puede presentar un arbitraje o una reclamación.
8 El artículo 10.16.1(b) dispone que cuando la
9 empresa ha incurrido en una pérdida o daño, luego
10 el demandante mayoritario controlador en nombre
11 de la empresa puede presentar un arbitraje o una
12 reclamación.

13 Si pasamos a otras disposiciones del
14 Tratado y los analizamos en forma integrada,
15 veremos que la distinción entre el daño a la
16 demandante y el daño a la empresa incorporado en
17 este mecanismo derivado se confirma en varias
18 otras disposiciones. Pasando primero a la
19 diapositiva 22, las partes al CAFTA-DR
20 (concedieron) su consentimiento en varios
21 elementos. El primer elemento es un período
22 prescriptivo de tres años que empieza a correr

1 cuando el demandante por primera vez adquirió el
2 conocimiento del presunto incumplimiento del
3 Estado y el daño que la demandante sostuvo
4 directamente por reclamaciones presentadas en
5 virtud del 10.16.1(a) o que la empresa sostuvo
6 por reclamaciones presentadas en virtud del
7 10.16.1(b). En cuanto a esta disposición, está
8 claro que hubo un período prescriptivo que estaba
9 vinculado a lo siguiente: se presentaba el tema
10 del nombre de la empresa o por parte de un
11 demandante por sus daños y perjuicios directos.

12 Otro ejemplo es el requisito de la
13 renuncia. Las partes al CAFTA (condicionaron) su
14 consentimiento al arbitraje a la presentación de
15 una renuncia, quien tiene que firmar la renuncia
16 y retirarse del litigio local relacionado depende
17 de quién sostuvo el daño. Si fue el demandante,
18 entonces la renuncia a presentarse es por la
19 demandante. Si es la empresa que sostuvo el daño,
20 entonces la renuncia a presentarse es por el
21 demandante que presentó la reclamación y la
22 empresa en nombre de la que se presenta la

1 reclamación o la demanda.

2 Hay dos disposiciones más del Tratado que
3 quisiera examinar, el artículo 10.16 tiene que
4 ver con los laudos emitidos en virtud del Tratado
5 y hace distinciones importantes sobre la base de
6 que quien sostuvo la (herida). Si fue la empresa,
7 es decir, por aquellas reclamaciones presentadas
8 en virtud del artículo 10.16.1(b), el Laudo se
9 pagará a la empresa y el Laudo dispondrá que se
10 hace sin perjuicio de cualquier derecho de un
11 tercero en virtud del derecho interno aplicable y
12 el anexo 10(e) dispone que las reclamaciones que
13 ya han sido litigadas localmente no se vuelvan a
14 presentar en este arbitraje. ¿Litigados por
15 quién? Por el demandante, por reclamaciones
16 presentadas en virtud del (a) o la empresa
17 respecto a las reclamaciones presentadas bajo el
18 anexo 10(a). Es una disposición sobre
19 bifurcación. En este caso es quién sostuvo el
20 daño. En la notificación de intención explican
21 que fue Exmingua.

22 Según la demandante, el proyecto de

1 Exmingua tenía un valor de 150 millones de
 2 dólares en 2017 y ha sido suspendido -- había
 3 sido suspendido durante varios años. Según el
 4 proyecto Santa Margarita, el proyecto de
 5 Exmingua, este proyecto no había recibido una
 6 licencia de explotación, que sería un activo de
 7 Exmingua. Y sobre la base de la cantidad y la
 8 calidad de los recursos minerales de Santa
 9 Margarita, Exmingua perdió una suma similar a la
 10 de Progreso VII. Como mencioné, hay tres envíos
 11 (deconcentrados), que son objeto de la
 12 reclamación, que son activos de Exmingua que
 13 fueron tomados por un valor de 500 mil dólares.
 14 Eso es lo que se solicita.

15 Uno de los argumentos de la demandante es
 16 que no tenían obligación de indicar la naturaleza
 17 de los daños en sus notificaciones. Pero fueron
 18 muy específicos en cuanto a los requisitos del
 19 CAFTA en su notificación de intención en cuanto a
 20 los daños que supuestamente tuvo Exmingua. Se
 21 refirieron al valor de Progreso VII, calidad y
 22 cantidad de los recursos minerales de Santa

1 Margarita, y los valores de estos envíos
 2 (deconcentrados). Pero no dijeron nada respecto
 3 de los activos que tenía Exmingua.

4 En la notificación de arbitraje hicieron
 5 referencia a los tres proyectos activos de
 6 Exmingua y actualizaron los montos de daños que
 7 procuraban en este arbitraje.

8 Las demandantes trataron de volver a
 9 escribir sus reclamaciones después de las
 10 objeciones preliminares de la demandada. Pero
 11 esta es una alegación que no se modificó. Las
 12 medidas estaban dirigidas a Exmingua, quien
 13 también sufrió daños como resultado de los
 14 incumplimientos del Tratado. Los derechos de
 15 Exmingua supuestamente infringieron -- según las
 16 demandantes como resultado hubo una lesión que
 17 sufrió Exmingua y esto -- no podrían recuperar
 18 las demandantes según el 10.16.1(a) porque
 19 estarían procurando daños de -- la recuperación
 20 de daños indirectos.

21 Cuando se aplicaron los requisitos del
 22 Tratado a las reclamaciones, es fácil entender

1 por qué las reclamantes las plantearon por cuenta
 2 propia. Hemos visto que las demandantes alegan
 3 que los activos de Exmingua no han perdido valor
 4 y no han sido tomados como resultado de los
 5 supuestos encubrimientos de Guatemala. El Tratado
 6 es claro, las demandantes solamente pueden
 7 establecer un arbitraje en nombre de Exmingua
 8 para procurar las pérdidas o daños de Exmingua.

9 También dice que -- bueno, la demandante
 10 debe ser un accionista mayoritario y Exmingua es
 11 una empresa local y el señor Kappes es el único
 12 dueño de Exmingua. Este requisito lo establece el
 13 Tratado. Establece estos tres requisitos
 14 adicionales para circunvalar la cuestión.

15 Hay tres elementos. El primero es que todo
 16 Laudo debe ser pagable a Exmingua. Aquí las
 17 demandantes procuran pagarse a sí mismas. Tratan
 18 también las demandantes de circunvalar la
 19 personalidad distinta de Exmingua y de Minerales
 20 KC y obtener un pago directamente a Guatemala por
 21 parte de Estados Unidos.

22 Las demandantes ignoran los acreedores y

1 hay que recordar que el Tratado expresamente
 2 indica que todo Laudo pagable a Exmingua debe ser
 3 realizado sin perjuicio de un tercero, según el
 4 derecho interno aplicable.

5 Segundo requisito, es que las demandantes
 6 deberían haber presentado una renuncia. Exmingua
 7 debería haberlo hecho y no solamente las
 8 demandantes. Este requisito es muy importante
 9 porque Guatemala limitó su consentimiento al
 10 arbitraje a que una demandante presentase una
 11 renuncia de la empresa por reclamaciones de
 12 pérdidas de dicha empresa. El arbitraje por las
 13 pérdidas de Exmingua y las demandantes no
 14 presentaron dicha renuncia.

15 Además, también hay una apelación
 16 constante presentada por Exmingua en Guatemala
 17 que busca el restablecimiento de la misma
 18 licencia que según las demandantes ha sido
 19 expropiada por Guatemala. Este es precisamente el
 20 tipo de litigación paralela y potencial de doble
 21 indemnización que los mecanismos de derivación
 22 del CAFTA-DR procuran evitar.

1 El tercer requisito es que las
2 reclamaciones que ya se han litigado en Guatemala
3 no pueden volver a litigarse aquí. Exmingua ya
4 presentó reclamaciones internas contra Guatemala
5 en 2012-2016 por una presunta falta de protección
6 y seguridad plenas.

7 Las reclamaciones fueron rechazadas y las
8 demandantes no pueden relitigarlas. La respuesta
9 de la demandante a las objeciones preliminares de
10 la demandada era volver a establecer las
11 reclamaciones. Las demandantes especificaron las
12 supuestas pérdidas de Exmingua en sus
13 notificaciones y no incluyeron referencia alguna
14 en cuanto a la conexión entre la lesión supuesta
15 en cuanto a los activos de Exmingua y también la
16 lesión indirecta a las acciones en Exmingua.

17 En las notificaciones no hubo referencia
18 alguna a la reducción en el valor de las
19 acciones, sino que simplemente se hizo referencia
20 al proyecto -- al valor del proyecto derivado y
21 el 10.16.1(a) no permite que los accionistas
22 mayoritarios inicien acciones por pérdidas

1 reflexivas.

2 Pasamos a la 28 y vemos cuáles son las
3 otras fuentes aparte del Tratado. Ningún Tribunal
4 del CAFTA ha decidido si las acciones por
5 pérdidas reflexivas por un accionista mayoritario
6 son admisibles según el 10.16.1(a). Vamos a
7 examinar este tema por primera vez en este caso.

8 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
9 inglés): Tengo una pregunta. ¿Por qué usted
10 califica esta objeción como de carácter
11 admisible, una objeción respecto de
12 admisibilidad?

13 En la tabla 14, en la 14, dice aquí sí se
14 puede plantear esta cuestión como una cuestión de
15 admisibilidad. Recibimos el texto de la
16 diapositiva 21 del 10.16. Básicamente lo que
17 usted dice es que la demandante no tiene la
18 opción de optar entre los dos recursos posibles.
19 Tiene que optar por la opción aplicable como
20 cuestión de derecho. ¿Pero no hay dos opciones
21 esencialmente, dos diferentes ofertas para
22 arbitrar? ¿Cuál es su postura respecto de esta

1 cuestión? Si uno acepta la opción incorrecta en
2 cuanto al arbitraje, ¿no tiene que ver esto con
3 el consentimiento y por lo tanto con la
4 jurisdicción? ¿Por qué indica usted que esta es
5 una cuestión de inadmisibilidad?

6 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
7 Bueno, de hecho, decimos que se trata de las
8 tres.

9 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
10 inglés): Me parece que usted está planteando una
11 postura en donde se trata de proteger.

12 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
13 Bueno, tenemos que pensar en varias cuestiones.
14 El requisito de renuncia crea jurisdicción y esto
15 es significativo. Guatemala no prestó su
16 consentimiento al arbitraje si no hay una
17 renuncia.

18 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
19 inglés): Esa es una cuestión diferente. Si usted
20 tiene razón y existen opciones libres, ya sea del
21 10.16.1(a) o (b), no se trata de dos ofertas
22 diferentes y si usted acepta la oferta diferente,

1 ¿esto no tiene que ver con cuestiones de
2 consentimiento y, por lo tanto, de jurisdicción?

3 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
4 Pensemos sencillamente que uno puede reclamar
5 según ambos extremos, dependiendo de los daños
6 que trata uno de recuperar. Si uno quiere
7 recuperar sus propios daños como accionista,
8 daños que uno pudo haber sufrido por
9 expropiación, por ejemplo, uno puede utilizar el
10 inciso (a). Pero si sus derechos de propiedad han
11 sido violados, uno también puede plantear la
12 cuestión según el (a). Pero si uno está
13 procurando recuperar daños indirectos que sufrió
14 la empresa, tiene que utilizar el (b). Así que
15 los daños sufridos son los que controlan la
16 opción que uno selecciona. ¿Le responde esto su
17 pregunta?

18 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
19 inglés): Para ser franco, no sé si esto está
20 calificado en forma adecuada como una cuestión de
21 admisibilidad y no de protecciones. Estos temas
22 son muy difíciles en estos casos. Es muy difícil

1 calificarlos. Quizás ambas partes tengan algo más
2 para decir al respecto.

3 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):

4 Nosotros lo clasificamos básicamente porque es
5 una cuestión de legitimación. Según el texto del
6 Tratado, bueno, el Tratado no brinda una cuestión
7 de legitimación aquí a la parte correspondiente y
8 por eso lo clasificamos como un tema de
9 inadmisibilidad. No sé si mis colegas quieren
10 decir algo al respecto.

11 Volvamos a la 29, entonces. Si bien no hay
12 casos de CAFTA-DR, CAFTA fue establecida sobre el
13 TBI modelo de Estados Unidos de 2004. Los
14 comentaristas están de acuerdo que el mecanismo de
15 derivadas es idéntico al de dicho modelo y no
16 permite una reclamación por pérdidas reflexivas
17 según el 10.16.1(a) del CAFTA-DR.

18 Pero ahora vamos a ver un mecanismo
19 similar del CAFTA. Es el TLCAN artículos 1116 y
20 1117. El capítulo 11 del TLCAN tiene un mecanismo
21 bastante similar al del CAFTA y es importante
22 notar que las partes del CAFTA han indicado que

1 el artículo 1116, es decir el equivalente del
2 10.16.1 del CAFTA-DOCTOR, no permite
3 reclamaciones por pérdidas reflexivas. Ningún
4 Tribunal del NAFTA sobre ese artículo ha
5 establecido la posibilidad de plantear
6 reclamaciones.

7 El caso Clayton indica que el artículo
8 1116 del TLCAN no permite las reclamaciones
9 reflexivas y los escritos presentados por Estados
10 Unidos también indican claramente esa cuestión en
11 el caso Clayton.

12 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
13 inglés): ¿Alguno de los estados partes del NAFTA
14 en sus escritos indicaron cuál era la implicancia
15 de ese argumento para los accionistas
16 minoritarios? Ustedes dijeron en los escritos que
17 ese no es un tema que el Tribunal tenga que
18 resolver porque no es un caso este de accionistas
19 minoritarios. Pero se nos pide que interpretemos
20 un tratado en forma completa y dentro del
21 contexto. Así que me pregunto cuáles son las
22 implicancias del argumento que usted le pide al

1 Tribunal que examine.

2 Las implicaciones es que un accionista
3 minoritario no tiene posibilidad de recurso ni
4 según el TLCAN, ni el DR-CAFTA. Depende de la vía
5 que opte el mayoritario en representación de la
6 empresa. Así que entonces depende de esa
7 situación.

8 Si esa es la implicancia de su argumento -
9 y estoy en lo correcto-, me pregunto si los
10 estados partes que usted dicen adoptaron
11 uniformemente esta definición, han indicado que
12 esa era su intención, es decir, de no brinda una
13 posibilidad a los minoritarios.

14 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
15 En cuanto a nuestra postura en cuanto a los
16 accionistas minoritarios, y antes de ver otro
17 tema, quiero indicar que un minoritario puede
18 presentar una reclamación cuando la reclamación
19 está presente o madura. Es posible esto en cuanto
20 a la situación en donde una inversión queda
21 destruida, en donde se liquida la sociedad, por
22 ejemplo. Y en ese momento la pérdida en el valor

1 para ese accionista debido a la violación de una
2 obligación del tratado, puede ser ejecutable y
3 puede ser incoada según el inciso (a).

4 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
5 inglés): En una situación de expropiación en
6 donde ya no hay inversiones, usted dice en ese
7 momento que ya no es una pérdida refleja porque
8 las acciones tienen valor cero, las acciones
9 minoritarias, pero usted dice que las otras
10 reclamaciones en virtud del Tratado no estarían
11 disponibles al accionista minoritario.

12 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
13 No hasta que el accionista minoritario haya
14 sufrido una pérdida directa, esencialmente.

15 En cuanto a los escritos que hemos visto,
16 nosotros no hemos visto ningún tipo de análisis
17 de la cuestión por parte de las partes del
18 Tratado en cuanto a los accionistas minoritarios.
19 Tenemos la presentación en Clayton por Estados
20 Unidos. Yo no sé si tenemos la referencia a mano.
21 Es el RL-8. Allí Estados Unidos indica su
22 posición en cuanto a la no indemnización, en

cuanto a las pérdidas reflexivas según el 1116.

COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del inglés): Me pregunto si que todas las partes del TLCAN están de acuerdo, porque no es que el acuerdo de libre comercio provee algún tipo de interpretación.

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés): No le podría responder esa pregunta.

Pasemos a la 31. Vamos a pasar directamente a los casos del TLCAN, porque quizás no tenga demasiado tiempo. Hemos preparado dos gráficas en donde hemos resumido los motivos por los cuales ninguno de estos casos respalda la postura de la demandante. Son casos ante el TLCAN. Ningún Tribunal del TLCAN ha laudado respecto de las reclamaciones por medidas reflexivas. Según el 1116, el último caso, el caso Clayton, el Tribunal determinó que el 1116 del NAFTA no permite medidas reflexivas ni reclamaciones por ella.

Y en la 33 verán que este caso representa la situación exacta que el mecanismo de derivadas

de CAFTA-DR trata de abordar. Las demandantes de Exmingua son únicos accionistas.

Si el Tribunal entiende que estas nuevas reclamaciones de la demandante por pérdidas reflexivas sobreviven las objeciones preliminares, entonces, las protecciones incluidas en el CAFTA-DR para los acreedores contra la doble recuperación, serían algo sin sentido.

Como dijo el Tribunal de Mondev hace 17 años respecto de las distinciones entre el 1116 y 1117, un Tribunal del TLCAN debe tener cuidado de no permitir recuperación alguna en una reclamación que debía haberse establecido según el 1117 para que se le haga un pago directo al inversor. Diecisiete años después nosotros he pedimos que el significado del CAFTA, que el significado sea entonces reforzado.

En cuanto a nuestra segunda objeción, en donde las demandantes tratan de ignorar el requisito del artículo 10.16.2, bueno, eso no se respetó. Las demandantes no incluyeron el

supuesto incumplimiento de la disposición de nación más favorecida en su notificación de intención según el 10.16.2 y, por lo tanto, su reclamación es inadmisibles.

El Tratado exige una notificación específica de intención como condición para iniciar una reclamación. Dice que el reclamante debe presentar una notificación por escrito de su intención de presentar un arbitraje y debe especificar para cada una de las reclamaciones la disposición de este acuerdo que supuestamente ha sido incumplido y también un fundamento fáctico y legal para cada una de las reclamaciones, y también el resarcimiento que se pide. Esto es importante si se va a seguir adelante con las objeciones preliminares. Así que este requisito especial de la notificación debe ser respetado y si no le damos significado al hecho de que cada una de las reclamaciones debe ser identificadas dentro del texto del Tratado.

Las demandantes cumplieron con este requisito de la notificación de intención. Esta

respuesta ya la ha brindado la demandante en sí. Dijeron que no. En el párrafo 98 de su dúplica indican que las demandantes nunca han sugerido que -- hicieron referencia a su reclamación de nación más favorecida en su notificación de intención.

Las cuestiones específicas que surgían en cuanto a esa reclamación no existían al momento en que presentaron su notificación de intención. También admiten que la incluyeron esto en la notificación de arbitraje, en el párrafo 84 de su contestación. Perdón, en el párrafo 91 de su contestación.

Volviendo entonces a la base de la reclamación de nación más favorecida, las reclamantes alegan que los proyectos de Exmingua recibieron un tratamiento menos favorable de la demandada según Escobal, la minera canadiense. Y verán aquí en azul que hubo una decisión de la Corte Suprema en setiembre de 2017 que reestableció la licencia de Escobal que había sido suspendida según los mismos supuestos que la

1 de Exmingua, y la licencia de Exmingua nunca ha
2 sido reestablecida.

3 El fallo de la Corte Constitucional del 3
4 de setiembre de 2018, que está aquí también, que
5 confirma la suspensión de la licencia de Escobal
6 en menos de un año. Si bien la apelación de
7 Exmingua contra esta suspensión sigue
8 tramitándose desde junio de 2016.

9 Así que, ¿cuál fue la base fáctica de las
10 demandantes en cuanto a su reclamación de nación
11 más favorecida en su notificación de arbitraje?
12 Verán aquí lo que se alega dentro de la
13 notificación de arbitraje. Dicen que los eventos
14 que dieron lugar a la reclamación ocurrieron más
15 de seis meses antes de la presentación de
16 notificación de arbitraje. Y en el párrafo 63
17 dicen que a diferencia de lo que sucedió con
18 Exmingua, en septiembre de 2017 la Corte
19 reestableció la licencia de Escobal y las
20 decisiones de septiembre de 2017 y también de
21 2018 existieron y la de 2017 podría haber hecho
22 referencia a esta cuestión y podría haberla

1 incorporado.

2 Las demandantes decidieron, cuando
3 presentaron su notificación de arbitraje el 9 de
4 noviembre de 2018, no hacer referencia alguna y
5 no incluir -- perdón, cuando presentaron su
6 notificación de intención el 16 de mayo de 2018,
7 no incluyeron ninguna referencia al caso Escobal,
8 aunque se había realizado un pronunciamiento en
9 setiembre de 2017.

10 Cuando presentaron su notificación de
11 arbitraje, 9 de noviembre de 2018, sí establecía
12 una reclamación en cuanto a la cláusula de nación
13 más favorecida.

14 El hecho de que la decisión de septiembre
15 de 2017 no fue especificada en la notificación de
16 intención, eso es fatal para la reclamación de
17 nación más favorecida, porque la notificación de
18 intención tiene un requisito de obligatoriedad.
19 Las demandadas interpretaron el 10.16.2 en
20 detalle, según los mecanismos de interpretación
21 del artículo 31 del Convenio de Viena sobre el
22 Derecho de los Tratados. Es decir, el sentido

1 corriente, el hecho de que el Tribunal debe
2 examinar el contexto y también el objeto y fin de
3 una disposición dentro de un tratado. Todo esto
4 confirma que la notificación de intención tiene
5 un requisito obligatorio.

6 En estas dos diapositivas el Tribunal
7 puede encontrar referencias a las acciones
8 específicas de los escritos incluidos, también el
9 análisis de la demandada.

10 En la 43, dado que las demandantes no
11 especificaron la reclamación de nación más
12 favorecida y notificación de intención, y esto es
13 obligatorio, esta reclamación no es admisible.
14 Otros tribunales han desestimado las
15 reclamaciones porque no han cumplido con el
16 requisito de notificación en virtud del CAFTA-DR
17 y otros tratados, incluso con textos menos duros
18 que el CAFTA-DR.

19 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
20 inglés): Una pregunta. Supongo que usted tiene
21 razón respecto de que esto es obligatorio, ¿pero
22 significa esto que no hay posibilidad alguna

1 durante los procedimientos de modificar o
2 complementar reclamaciones según las Reglas de
3 Arbitraje, si existe esa facultad?

4 En las cortes inglesas yo he tenido
5 experiencias terribles en cuanto a la
6 modificación de escritos. Las reglas son muy muy
7 estrictas y por supuesto hay que presentar una
8 solicitud ante el Tribunal, solicitar su
9 modificación y después hay que ver si existe un
10 motivo justificable o no y si esto va a causar
11 perjuicio en la contraparte, etcétera.

12 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
13 La respuesta, creo, es que depende de la
14 naturaleza de la modificación. Si es una nueva
15 reclamación, entonces, hay que presentarla. Y el
16 Tratado indica que debe hacerse y se estima a
17 presentar en el momento en que se recibe.

18 Pero no se puede decir simplemente que se
19 va a modificar la reclamación así por así para
20 circunvalar el sistema. Hay un período de espera
21 que tiene que haber propuesto la jurisdiccional,
22 hay que cumplir con todos los requisitos antes de

1 plantear una nueva reclamación.

2 Si uno hace una corrección a un escrito,
3 eso puede ser, pero deben cumplirse los
4 requisitos y las reglas que están vigentes en
5 este caso en particular.

6 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
7 inglés): Supongamos que después del intercambio
8 documental entre las partes la demandante
9 descubre que ha habido otras entidades que han
10 sido tratadas mejor y ellas quieren plantear
11 después una reclamación de nación más favorecida.
12 Entonces, eso no podría ser específicamente
13 planteado en los mismos procedimientos.

14 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
15 Eso es que lo creo que plantea el Tratado. Hay
16 que cumplir con los requisitos impuestos por el
17 Tratado. Uno no podría simplemente agregar la
18 cosa. Podría establecerse una reclamación
19 auxiliar o secundaria, pero si no están las
20 características o no se cumplen los requisitos,
21 no se podría hacer.

22 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

1 inglés): Sé que este tema es un tema que
2 planteará después, el tema de las reclamaciones
3 secundarias, pero quería también plantear una
4 cuestión relacionada, y usted me lo puede
5 responder en la tarde si lo quiere hacer así,
6 pero nos preguntamos si el DR-CAFTA permite
7 entonces modificaciones para agregar
8 reclamaciones en vez de simplemente
9 clarificaciones o aclaraciones.

10 En el 10.20.4, las partes han abordado
11 mucho este tema, hace específica referencia dos
12 veces a una modificación a la notificación de
13 arbitraje. Ninguna de las partes ha mencionado
14 este tema en sus escritos y me pregunto por qué.
15 ¿Por qué se habla justamente en el 4(a) y en el 4
16 (c) de esas cuestiones? No dice qué tipo de
17 modificación las partes del Tratado están
18 examinando allí, ya sea una nueva reclamación o
19 una corrección. Pero aquí se prevé algún tipo de
20 modificación. Esto es permisible según las
21 disposiciones. Pero no hay una situación similar
22 en el TLCAN. Nos parece que esto es algo que se

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

1 indica en el DR-CAFTA. Nos preguntamos cuáles son
2 las implicancias.

3 Por ejemplo, en los tribunales de Methanex
4 y -- perdón de Metalclad y también de Methanex,
5 según UNCITRAL y el CIADI. Nos preguntó cuáles
6 son las implicancias que pueden plantearse en
7 este caso. Quizás usted puede pensarlo y después
8 me lo indica.

9 Esto tiene que ver con su punto secundario
10 de si es demasiado tarde para invocar el
11 mecanismo de demandas subordinadas ante el CIADI.

12 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
13 Esta tarde se lo respondemos.

14 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
15 inglés): Muy bien.

16 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
17 Si tenemos un poco más de tiempo, lo podremos
18 plantear también.

19 En la 43 -- y quería hacer un comentario
20 general en cuanto a las modificaciones antes de
21 dejar esta cuestión. Las objeciones preliminares
22 y las restricciones temporales tan estrictas

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

1 brindadas por el CAFTA le dan la oportunidad a
2 las partes a abordar estas cuestiones
3 inicialmente. Si hay algo que no es incorrecto,
4 entonces las demandantes tienen la posibilidad de
5 presentar nuestras -- nuevas reclamaciones. Y
6 esta es la función del proceso expedito, porque
7 si no quedaría socavado. Esta tarde hablaremos de
8 estas cuestiones.

9 En el caso de Aven contra Costa Rica, un
10 caso de CAFTA-DR, se dijo que el artículo 10.16.2
11 exige más de la demandante. La notificación de
12 arbitraje debe especificar no solamente la
13 disposición específica del Tratado que
14 supuestamente se incumplió sino también la base
15 jurídica y fáctica de las reclamaciones porque
16 las demandantes en este caso no lo han hecho.
17 Entonces esta reclamación es inadmisibile, dice
18 allí.

19 ¿Cuál fue la respuesta de la demandante a
20 las objeciones de la demandada? Sus argumentos
21 fracasan. Primero, al abordar la base de la
22 cláusula de nación más favorecida. Las

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

1 demandantes tratan de volver a establecer la base
2 fáctica de su reclamación de nación más
3 favorecida y minimizar su falta de incluir dicha
4 reclamación en la notificación de intención e
5 ignora sus propias alegaciones en cuanto a la
6 notificación de arbitraje.

7 La notificación de arbitraje tiene una
8 tasa fáctica para la cláusula de nación más
9 favorecida tanto en las decisiones de 2017 como
10 en 2018 en Escobal, y en sus escritos las
11 demandantes alegan que la base fáctica para la
12 cláusula de nación más favorecida solamente se
13 encuentra en la decisión de 2018 de la corte
14 constitucional en el caso Escobal.

15 Si la reclamación de cláusula de nación
16 más favorecida se basa en el fallo del 2018, las
17 demandantes no cumplen con el período de espera
18 de 6 meses según el 10.16(c).3. Las demandantes
19 presentaron su notificación de arbitraje el 9 de
20 noviembre de 2018. Entonces menos de dos meses
21 transcurrieron entre el 3 de septiembre de 2018 y
22 la notificación de arbitraje.

1 Las demandantes saben bien que el Tribunal
2 no escuchará una reclamación que no cumpla con
3 este período de 6 meses. En la contestación en el
4 párrafo 87 las demandantes indican que cuando los
5 estados parte tenían intención de condicionar la
6 presentación de la reclamación respecto de la
7 satisfacción de ciertos requisitos lo hicieron
8 expresamente incluyendo el texto de "siempre y
9 cuando tal cosa". Utilizan esto como un ejemplo
10 de algo que sea específicamente un texto
11 obligatorio en el tratado. Así que están
12 utilizando ellos mismos un ejemplo, este período
13 de espera de 6 meses, como algo que es de
14 carácter obligatorio, con lo cual esencialmente
15 están probando nuestro caso: no pueden mantener
16 el reclamo por NMF porque no lo empezaron y,
17 según el tratado, el obligatorio.

18 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
19 inglés): Permítame asegurarme de que entiendo.
20 Entendemos lo que usted en relación con la
21 decisión de la Corte 2017, que fue anterior a la
22 notificación de intención y la tratan de invocar

1 diciendo que la invocaron antes. Pero en lo que
2 hace a la decisión de la Corte de 2018, que fue
3 posterior a la notificación, yo entiendo que si
4 un Estado toma una nueva medida después de que ya
5 se ha presentado notificación de intención la
6 única manera en la cual una demandante puede
7 reclamar sobre la nueva medida es si recibió otra
8 notificación de intención y luego, 6 meses
9 después, presenta un caso nuevo, presenta
10 solicitud para ingresarlo como una demanda
11 subordinada. Pero después, si lo hacen demasiado
12 tarde, ya se acaba el plazo, pero para una nueva
13 medida del Estado usted tiene que seguir estos
14 pasos después del período de espera.

15 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
16 Sí, tendría que hacer una nueva presentación
17 sobre la base de este nuevo acontecimiento y hay
18 que respetar el período de 6 meses. Las
19 demandantes indican que esto es un texto
20 obligatorio. Es decir, no es que nosotros no
21 estemos de acuerdo pero lo utilizan como ejemplo
22 de texto obligatorio. Me gustaría indicar que es

1 la presentación de un reclamo según -- es decir,
2 lo que la demandante dice en el párrafo 87 de su
3 memorial de contestación es exactamente eso.

4 También escuchamos o vimos en la dúplica
5 que nosotros no deberíamos haberlo mencionado
6 ahora sino antes. Y es imposible mencionar algo
7 antes que ellos no mencionan antes, es decir,
8 desde el punto de vista del debido proceso no
9 podríamos haber respondido antes, sino a través
10 de la respuesta, como lo hicimos, y quería
11 simplemente mencionarlo.

12 Pasamos ahora a la diapositiva 47 y este
13 es el segundo argumento: la notificación de
14 intención no puede encontrar solamente o incluir
15 solamente la base fáctica según 10.16.2 de CAFTA
16 República Dominicana. Se dice que si bien NMF los
17 incluyó en la notificación de intención en la
18 notificación se incluyó el fundamento fáctico y
19 jurídico. Esta respuesta tampoco prospera. Las
20 demandantes indicaron que los hechos que dieron
21 lugar a ese reclamo no existían al momento en que
22 las demandantes presentaron la notificación de

1 intención.

2 Si los hechos que dieron lugar al reclamo
3 no existían, ¿cómo podrían haber las demandantes
4 incluido el reclamo por NMF en la notificación de
5 intención? La notificación de intención misma
6 está en contraste con el trato recibido con
7 Exmingua con el trato recibido por empresas
8 guatemaltecas. Ningún inversionista de Canadá ni
9 de ningún otro estado está mencionado en la
10 notificación de intención. Incluir el fundamento
11 fáctico y jurídico del reclamo no es suficiente.

12 El texto específico del Tratado establece
13 que para cada reclamo disposición del CAFTA
14 República Dominicana alegado tiene que haber sido
15 incumplido y el fundamento fáctico y jurídico de
16 cada reclamo se debe especificar. Queda claro que
17 el artículo 10.4 de CAFTA de República Dominicana
18 -trato de nación más favorecida- no se especificó
19 notificación de intención con lo cual las
20 demandantes, el segundo argumento, tampoco
21 prospera.

22 La demandante sostiene que incluso si el

1 requisito de notificación de intención es
2 obligatorio el incumplimiento no tiene
3 consecuencias porque el artículo 10.16.2 no
4 contiene palabras como "dispuso que equis" o una
5 demandante puede presentar reclamo -- ningún
6 reclamo. Y las demandantes agregan que la
7 demandada no tenía (ni) autoridad para disponer
8 lo contrario. Esto está simplemente equivocado.

9 El expediente está repleto de casos y lo
10 suministramos aquí en la diapositiva 50. Casos
11 completos en los cuales incluso ante la ausencia
12 de un texto restrictivo ante la ausencia de que
13 no hay consecuencias específicas que se
14 identifiquen el texto obligatorio está en vigor y
15 disponemos estos casos tanto en las diapositivas
16 50 y 51, y las resumimos. Pero no voy a hablar
17 demasiado sobre ella, porque no tengo demasiado
18 tiempo.

19 Por otra parte, los casos de la demandante
20 o los que cita la demandante en 52 y 53 aquí en
21 pantalla se oponen a este arbitraje. Nosotros los
22 resumimos en las diapositivas 52 y 53. No hay ni

1 un solo caso que se remita al CAFTA-República
2 Dominicana y no se aplican a este caso.

3 La diapositiva 54: el cuarto argumento que
4 el Tribunal debe desestimar porque es un
5 argumento de último momento de las demandantes de
6 que su cláusula de nación más favorecida -- su
7 reclamo por nación más favorecida es un reclamo
8 subordinado y tampoco está de acuerdo con la
9 regla 14.2 de la Orden Procesal número 1 que
10 dispone que los escritos en la segunda ronda
11 deben responder estrictamente y limitarse a
12 refutar los escritos de la otra parte en la ronda
13 inmediatamente precedente. Aquí las demandantes
14 no refutaron la réplica de la demandada y, una
15 vez más, reescribieron su reclamo por NMF y no es
16 ahora un reclamo subordinado y es el contrario a
17 la regla de arbitraje 40.3. La regla 40 cubre
18 solamente reclamos subordinados a los reclamos ya
19 mencionados. Es decir, esto no es algo
20 subordinado a algo que ya se haya presentado.

21 Un reclamo subordinado se puede presentar
22 solo si hay un reclamo principal válido. En el

1 caso actual...

2 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
3 inglés): Perdón. Permítame volver a lo que usted
4 dijo anteriormente que no es subordinado a
5 ninguna otra demanda. Según recuerdo en la Reglas
6 de Arbitraje del CIADI 40, se habla de demandas
7 subordinadas y adicionales.

8 Trabajé con esto anteriormente en mis
9 escritos pero hay que ver el significado de estas
10 frases yuxtapuestas, pero ahora bien, aceptando
11 que lo usted dice que puede o no ser subordinado,
12 ¿qué es? ¿Es una demanda adicional? Dado que dice
13 "adicional", ¿tenemos que entenderlo de una
14 manera diferente?

15 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
16 Yo, en primer lugar, le voy a decir que no se
17 pidió -- no se notificó la presentación de una
18 demanda.

19 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
20 inglés): Si, yo entiendo que el procedimiento no
21 se siguió -lo entiendo-, pero estoy abordando su
22 segundo comentario. Si es realmente algo

1 subordinado, de naturaleza subordinada, y tenemos
2 que decidir lo que subordinado, y también cuando
3 en la regla se habla de "adicional".

4 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):

5 Sí. Si es una demanda adicional nosotros
6 sostenemos que todavía tiene que ajustarse a los
7 requisitos del Tratado del TLCAN y quiere decir
8 que si ellos están presentando un nuevo reclamo
9 tal vez haya que consolidarlo a futuro.

10 La pregunta es si pueden presentar,
11 iniciar otra acción de manera válida y aun así
12 cumplir los requisitos del Tratado. En tal caso
13 tal vez ahí exista la oportunidad pero no veo
14 cómo pueden responder a todos los elementos
15 diferentes que se necesitan en el tratado. De lo
16 contrario, estarían ignorando el Tratado. Esto es
17 esencial. La pregunta es: se puede hacer de
18 manera congruente con las disposiciones del
19 Tratado.

20 En la diapositiva -ahora- 55, incluso si
21 los reclamos de las demandantes fuesen válidos y
22 el reclamo por NMF se pudiese considerar como

1 subordinado no se puede agregar a este caso. No
2 están intentando enmendar reclamos presentados
3 anteriormente en consideración de hechos y
4 eventos que ocurrieron después de la presentación
5 de los reclamos. Esta es una diferencia
6 fundamental. Esto es algo que ocurrió en el curso
7 del proceso. No es algo que ocurrió o que tuvo
8 lugar porque se acaba de descubrir, sino que es
9 algo que ya ha existido desde antes de la
10 notificación de intención, de la presentación de
11 esta notificación, y no satisface los requisitos
12 del Tratado.

13 Entonces, el Tribunal no debe tener en
14 cuenta el cuarto argumento, y en la medida en que
15 los tenga en cuenta debe ignorar el cuarto
16 argumento.

17 Ahora bien la presentación de nuevo
18 reclamo, la presentación de demanda subordinada:
19 permítanme cambiar lo que dije y ahora todo el
20 proceso de reclamos preliminares queda frustrado
21 y no tiene efecto a esa disposición que
22 supuestamente tiene que ofrecer una solución

1 expedita de esos problemas.

2 Ahora paso a la tercera objeción, la falta
3 de seguridad y protección plenas. Las demandantes
4 estaban muy conscientes al menos 6 años antes de
5 la presentación de la notificación de arbitraje
6 de las omisiones alegadas de Guatemala según la
7 notificación de arbitraje de las demandantes y
8 como resultado no tiene jurisdicción para decidir
9 este reclamo. En el artículo 10.18.1 se dice que
10 más de 3 años no se puede presentar un reclamo y
11 cuando han caducado los 3 años de cuando se
12 enteró del incumplimiento de la demandante y a
13 partir del momento en que se incurrió la pérdida
14 o daño.

15 Quiero decir específicamente que esto
16 identifica aquí para todo lo que se haya
17 presentado según 10.16.1(b). Es decir, tiene que
18 ver con el conocimiento, si lo sabía o no -- y la
19 empresa según el artículo 10.16.1, la demandante,
20 16.1(b). El Tratado también establece cuándo
21 comienza el período de prescripción y esto es lo
22 que tendría que haber sabido la demandante.

1 La fecha crítica: no debiera haber una
2 diferencia entre la fecha crítica. Son 3 años
3 después de la presentación de la notificación de
4 arbitraje. Es decir, el 9 de noviembre. Si
5 nosotros (nos) basamos en la notificación de
6 arbitraje no hay ningún alegato. Es el 9 de
7 noviembre de 2015. No se habla de bloqueos
8 después del 9 de noviembre de 2015. No hay
9 alegatos también de que se haya modificado algo
10 después de esta fecha y tampoco se habla en la
11 notificación de arbitraje que algo haya surgido
12 después de esta fecha que haya llevado a la
13 protesta o a bloqueos o alguna instancia similar.

14 Les voy a mostrar ahora lo que establece
15 la notificación de arbitraje porque un examen
16 minucioso no nos da lugar a ningún interrogante.
17 No se hace alusión alguna a algo que sea nuevo,
18 algo que haya ocurrido después de noviembre de
19 2015. Dice: "En febrero de 2012", y esto está en
20 la base, en el fundamento fáctico del reclamo.
21 Esto está en la sección de antecedentes de la
22 presentación. En la notificación de arbitraje se

1 dice "un mes después de febrero de 2012". Luego
2 se habla de dos meses después, un bloqueo ilegal
3 del proyecto Progreso VII. Luego se dice en el
4 párrafo 43 del 3 septiembre de 2012: "Exmingua
5 presentó un recurso de amparo alegando también
6 arrestos ilegales, hostigamiento, lesiones,
7 amenazas y coacción en contra de los trabajadores
8 del proyecto".

9 Ahora quiero pasar al párrafo 45
10 completamente, que las demandantes mencionaron
11 anteriormente, donde dice: "Tras labores
12 considerables de las demandantes el 25 de mayo de
13 2014 las actividades de explotación en Progreso
14 VII se reanudaron y a finales de año Exmingua
15 había realizado su primer embarque
16 (deconcentrado). Los bloqueos irregulares
17 continuaron sin embargo sin respuestas
18 respectivas de los estados. Eso es que lo ellos
19 dicen.

20 En el párrafo 52, que también utilizaron
21 para complicar estos problemas, 3 meses después
22 uno de los bloqueos de puerta fue levantado y las

1 actividades de Exmingua en Progreso VII se
2 reanudaron. Quiere decir, los bloqueos en una de
3 estas puertas pero a lo mejor las otras seguían
4 bloqueadas.

5 El Proyecto Santa Margarita habla de lo
6 mismo, es decir, de protestas similares desde
7 2002. Entonces aquí tenemos cada uno una de estas
8 instancias. En las conclusiones de la
9 notificación de arbitraje, una vez más, en el
10 párrafo 50 dice: "Mientras tanto los bloqueos
11 continuos y las manifestaciones siguieron
12 afectando a ambos proyectos de Exmingua". En el
13 párrafo 56 se dice: "En respuesta a los bloqueos
14 continuos y como parte de las labores para
15 Exmingua para proteger sus inversiones, el 22 de
16 abril de 2016 Exmingua presentó un recurso de
17 amparo en contra del presidente de Guatemala",
18 etcétera.

19 Entonces estas acusaciones específicas son
20 las que se incluyen en la notificación de
21 arbitraje. Se resumen aquí en la diapositiva 62 y
22 todo esto tiene que ver con algo sistemático y

1 continuo que se remonta a 2012 para los titulares
2 del proyecto. Es algo que nunca se modificó.

3 Queremos indicar el caso Ansung. No es un
4 caso según CAFTA, pero sí allí tenemos
5 disposiciones muy similares en lo que hace a cómo
6 eventos continuos podrían manejarse. Aquí en
7 Ansung, que tiene que ver con la construcción de
8 una cancha de golf que tuvo un bloqueo
9 ininterrumpido indica que el período de
10 prescripción comienza cuando se enteran los
11 inversores de que hubo un daño, una pérdida; no
12 cuando se enteraron de la cuantía de esa pérdida
13 o daño.

14 Entonces en la medida en que ellos
15 sostienen que no sabían de qué eran estos daños o
16 cuánto eran estos daños, no es suficiente. Es
17 decir, al enterarse de los daños ahí comienza a
18 contarse. Incluso asumiendo una omisión de este
19 tipo el Tribunal en Ansung dijo: "Incluso
20 asumiendo una omisión - un quebrantamiento por
21 omisión continua atribuible a China que el
22 Tribunal debe asumir, incluso asumiendo que

1 Ansung podría querer reclamar daños, esto no
2 cambia la situación".

3 Entonces después de las notificaciones de
4 arbitraje y su presentación, y después de las
5 objeciones preliminares, las demandantes
6 presentaron argumentos que son totalmente
7 contradictorios en relación con la notificación.
8 La idea de volver a redactar la disposición de
9 seguridad y protección plenas, y también cuando
10 ellos hablan de que estos quebrantamientos fueron
11 sistemáticos, ahora alegan que la omisión de la
12 demandada comenzó en 2016 y la cláusula de
13 protección plena y seguridad no se basa en este
14 quebrantamiento continuo. Es imposible.

15 Pasamos ahora a la diapositiva 55. Cuando
16 nosotros analizamos lo que dice la notificación,
17 la palabra "dispensa" no se incluye en ninguna
18 parte. Tampoco se habla de algo nuevo que tiene
19 que ver con bloqueos o manifestaciones. Tampoco
20 hacen referencia alguna a protestas específicas o
21 bloqueos en 2016 o más adelante. Todas las
22 referencias tienen que ver con eventos continuos

1 ininterrumpidos.

2 Entonces con el memorial de respuesta se
3 presentaron diferentes anexos para complementar
4 lo que dijo la demandante y en esos anexos
5 solamente se prueba que se trataba de bloqueos
6 continuos y sistemáticos.

7 Pasamos ahora a C-005. Dice: "A partir del
8 año 2012 diferentes grupos sociales se oponen a
9 las actividades de minería. Esta situación
10 permanece a la fecha y ha evitado que el proyecto
11 se presente a la comunidad". Esta es una carta de
12 Exmingua al ministro Medioambiente y Recursos
13 Naturales con fecha 7 de abril de 2017.

14 Otro anexo dice: "Desde el 2 de marzo de
15 2012 los residentes de la comunidad adjudicadas
16 en San José del Golfo bloquearon el ingreso a la
17 empresa". Esta es una carta -- se trata de un
18 artículo de la prensa presentado por las
19 demandantes con fecha 16 de marzo de 2016, y
20 luego presentaron una serie de documentos que
21 creemos que deben ser descartados, una vez más,
22 porque se presentaron tarde en el proceso. No se

1 presentaron con la notificación de arbitraje pero
2 son confusos porque las protestas, las
3 manifestaciones a las que hacen referencia son
4 manifestaciones ante el Ministerio de Energía y
5 Minas y no bloqueos y manifestaciones que sean
6 enfrente de sus instalaciones. Entonces, estos
7 deben desestimarse.

8 Finalmente, incluso si fuese verdad que
9 las manifestaciones antes de 2016 y las
10 manifestaciones antes de 2016 son diferentes, la
11 demandante todavía está prescripta en lo que hace
12 a Corona. En Corona el Tribunal explicó que había
13 una serie de acciones similares y relacionadas
14 por un estado demandado y el inversionista no
15 puede evadir el período de prescripción basándose
16 en el reclamo sobre las transgresiones más
17 recientes en esa sede.

18 Aquí las supuestas omisiones de la
19 demandada son similares a las que se invocaron
20 por el supuesto incumplimiento de la demandada en
21 suministrar protección policial para proteger a
22 Exmingua de las manifestaciones y bloqueos de las

1 comunidades y también con los proyectos de
2 Exmingua, con lo cual la demandada no puede basar
3 su reclamo por protección y seguridad plenas en
4 la supuesta transgresión más reciente de las
5 supuestas omisiones relacionadas de la demandada.

6 En segundo lugar, las demandantes ahora
7 alegan que en la notificación de arbitraje los
8 acontecimientos anteriores a 2016 solamente se
9 mencionan como antecedentes. Sin embargo hemos
10 visto que queda claro que la base fáctica del
11 reclamo en las notificaciones fueron las
12 manifestaciones sistemáticas y continuas en 2012.

13 Las demandantes tienen una redescipción,
14 una nueva descripción de los eventos anteriores a
15 2016 como un mero antecedente y deben rechazarse.
16 Como el Tribunal no dijo nada, se dijo que
17 después de diferentes escritos múltiples y claros
18 el Tribunal no puede aceptar los intentos de
19 Ansung por describir estas fechas previas a
20 octubre de 2011 en su observación y como lo
21 establece la regla 41.5 sobre la audiencia como
22 información de fondo.

1 Para concluir, la demandada solicita que
2 el Tribunal Arbitral respetuosamente desestime
3 todos los reclamos presentados por la demandante.
4 En primer lugar, no se pueden presentar demandas
5 a partir del artículo 10.26 del CAFTA. Los
6 reclamos son inadmisibles porque las demandantes
7 no están legitimadas en este arbitraje iniciado
8 según el artículo 10.16.1.A del Tratado para
9 intentar recuperar las pérdidas o daños de
10 Exmingua o las pérdidas reflectivas.

11 En segundo lugar, esto escapa a la
12 jurisdicción del Tribunal porque la demandante no
13 presentó una dispensa de Exmingua. Como
14 resultado, Guatemala no ha suministrado en su
15 consentimiento arbitral los reclamos por las
16 tareas de Exmingua.

17 En cuarto lugar, las demandantes no
18 especificaron el reclamo por trato de nación más
19 favorecida en su notificación de intención, con
20 lo cual el reclamo es inadmisibile.

21 En quinto lugar, el reclamo por protección
22 plena y seguridad de las demandantes ha

1 prescripto, con lo cual escapa a la jurisdicción
2 del Tribunal.

3 Nosotros solicitamos al Tribunal que
4 expida una orden concediendo a la República de
5 Guatemala su parte en los costos de arbitraje y
6 que también se cubran todos los honorarios de los
7 abogados.

8 Finalmente CAFTA-República Dominicana es
9 un tratado de última generación, moderno, que
10 incorpora afianzamientos y protecciones.
11 Desestimar las (objeciones) preliminares de la
12 demandada sería socavar sus mejoras.

13 CAFTA-República Dominicana incluye
14 requisitos de notificación específicos
15 incluyendo, por ejemplo, la identificación
16 temprana de reclamo y tener que pasar meses o
17 años, y llegar a un proceso por temas que podrían
18 haberse resuelto antes, y también establece un
19 proceso expedito para superar todo reclamo
20 deficiente y ofrece un mecanismo que las partes
21 establecieron y que querían poner en marcha
22 específicamente en respuesta a los temas

1 difíciles de estas pérdidas.

2 Y en cuarto lugar, también para disuadir
3 cualquier presentación de estos reclamos
4 deficientes, nosotros le pedimos al Tribunal que
5 haga cumplir las disposiciones de CAFTA-República
6 Dominicana. Muchas gracias.

7 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
8 inglés): ¿Alguna pregunta de mis colegas? Muy
9 bien, muchas gracias.

10 Estamos un tanto adelantados en relación
11 con la agenda inicial. Habíamos contemplado una
12 pausa de 30 minutos y reanudamos a las 11 menos
13 5. Muchas gracias.

14 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
15 Veo que tenemos un receso de 15 minutos. ¿Podemos
16 tener una pausa más extensa? Pero si el Tribunal
17 lo prefiere, podemos reanudar en 15 minutos.

18 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
19 inglés): Por cierto, no me opongo a una pausa más
20 breve. Sobre la base de nuestras conversaciones
21 habíamos dispuesto 30 minutos después de las
22 conversaciones que mantuvimos en la llamada en

1 conferencia pero, si no lo necesitamos, podemos
2 reanudar en 15 minutos.

3 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
4 Sí, 15 minutos.

5 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
6 inglés): Entonces 10 y 54 reanudamos. Gracias.

7 (Pausa para el café.)

8 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
9 inglés): Les doy la bienvenida después del receso
10 de la mañana. Ahora podemos pasar a los alegatos
11 de la demandante. Durante el receso hubo una
12 solicitud de parte de los intérpretes de recordar
13 a los abogados de no hablar demasiado rápido. Les
14 está costando un poco mantenerse a la par pero --
15 y les pido disculpas a los intérpretes que no
16 hice ese recordatorio antes de la -- al inicio de
17 la sesión. Pero, por favor, que lo tomen en
18 cuenta.

19 ALEGATO DE APERTURA DE LAS DEMANDANTES

20 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
21 Gracias de nuevo y buenos días de nuevo, señora
22 presidente, miembros del Tribunal. Voy a empezar

1 esta mañana con un resumen de algunos de los
2 hechos y antecedentes destacados para poner en
3 contexto a los aspectos principales. Como habrán
4 visto y habrán escuchado, Daniel Kappes y su
5 empresa, Kappes, Cassidy & Associates han
6 invertido en forma directa e indirecta en
7 Guatemala y, sobre todo, por Exmingua en
8 determinados proyectos mineros y esto bajo el
9 paraguas de lo que llamamos el proyecto El
10 Tambor, que es una región aurífera en Guatemala,
11 una región aurífera, y hay dos áreas adyacentes
12 en las que Exmingua tiene ciertos derechos
13 mineros, Proyecto VII y Santa Margarita.

14 Esta mañana dijeron que son dos de los
15 proyectos de Exmingua y que hay otros también.
16 Para que quede claro, no hay otros proyectos. Los
17 derechos mineros de (Exmingua) en estos proyectos
18 es todo. Dan Kappes tiene 45 años de experiencia
19 como ingeniero mecánico, incluso en la minería
20 por (lixiviación). Trabaja en todo desde metales
21 preciosos, el trabajo de ingeniería, estudios de
22 factibilidad para este tipo de proyecto, pruebas

1 en el campo de laboratorio y participa en
2 proyectos mineros en todo el mundo. La mayor
3 parte de este trabajo se hace por medio de su
4 empresa KCA, KCA, que está constituida en el
5 Estado de Nevada o incorporado en el Estado de
6 Nevada.

7 El (motivo) de nuestro reclamo es que la
8 demandada ha incumplido sus obligaciones en
9 virtud del Tratado en relación con las
10 inversiones de la demandante en Guatemala. En
11 particular en lo que hace al proyecto (Progreso)
12 VII, déjeme decir primero: antes de la inversión
13 de los demandantes en Guatemala se había
14 realizado algunos trabajos exploratorios en estos
15 sitios mineros, bastante trabajo exploratorio, y
16 luego los demandantes compraron esos derechos,
17 revisaron esos datos, hicieron otro trabajo y
18 luego avanzaron estas zonas y fueron
19 perfeccionando sus derechos mineros y ellos
20 procuraron y obtuvieron en septiembre del 2011
21 una licencia de explotación de 25 años para
22 Progreso VII. Desgraciadamente, inmediatamente

1 después de recibir esa licencia de explotación
2 hubo una serie de protestas y bloqueos que
3 impidieron a los demandantes acceder a sus sitios
4 mineros. Eso duró aproximadamente dos años hasta
5 que con ayuda de la policía se puso fin al
6 bloqueo y los demandantes pudieron y Exmingua
7 pudo acceder a su sitio minero. Eso fue en el
8 2014.

9 Y luego, a partir del 2014, los
10 demandantes pudieron iniciar sus operaciones y lo
11 empezaron a hacer, tuvieron un laboratorio en el
12 sitio, tuvieron una instalación modular en el
13 sitio que llevaron allí, lo reconstruyeron,
14 realizaron construcciones, tuvieron fosas
15 abiertas, zonas de relave, empezaron a excavar en
16 la zona VII, luego empezaron a trabajar con ese
17 mineral y el concentrado se fabricó. Hicieron los
18 primeros envíos de esos concentrados. Los
19 proyectos se autofinancian y el plan era de
20 utilizar el dinero que estaban generando por
21 medio de Progreso VII. Estaban empezando con ese
22 proyecto y luego iban a seguir con Santa

1 Margarita. De manera que habían llegado al punto
2 de generar ingresos por primera vez. Estaban
3 haciendo envíos de concentrado y seguían adelante
4 para conseguir la licencia de explotación para
5 Santa Margarita. Pero luego, lo que sucede es que
6 la ONG ambiental presentó un amparo en contra del
7 Ministerio de Energía y Minas e intentó suspender
8 la licencia de explotación sobre la base de que
9 en el momento de presentarse la licencia la
10 demandante o Exmingua había contratado a un
11 consultor independiente y había realizado
12 consultas sociales que se habían aprobado y luego
13 se expidió la licencia en el 2011, como he dicho,
14 pero hubo un alegato en el sentido de que en vez
15 de realizadas las consultas sociales por el
16 consultor independiente, es el Estado el que
17 debió haberlos llevado a cabo.

18 Los tribunales estuvieron de acuerdo e
19 impusieron una exigencia -- un requisito
20 retroactivo en los demandantes en la medida en
21 que suspendieron la licencia hasta el momento en
22 que el Ministerio fuera a llevar adelante estas

1 consultas. Se recurrió esa determinación pero sin
2 ningún resultado, así que la licencia sigue
3 suspendida y sigue suspendida hasta la fecha.

4 En el momento de la suspensión de la
5 licencia hubo un brote de protestas y más
6 bloqueos que impidieron el acceso a los sitios y
7 que le impidieron a la demandante a seguir
8 adelante con el estudio de impacto ambiental para
9 -- lo cual era necesario para tener una solicitud
10 completa para su licencia de explotación para
11 Santa Margarita. Estos son los hechos básicos en
12 forma muy resumida que subyacen nuestras
13 reclamaciones en este arbitraje.

14 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
15 inglés): Doctora Menaker: ¿sería justo decir que
16 los mismos hechos subyacen cada una de sus
17 reclamaciones en virtud del Tratado?

18 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
19 Los hechos que acabo de indicar, sí, estarían
20 subyaciendo a todos. Habría particularidades por
21 el trato discriminatorio, el trato distinto que
22 se dio en los tribunales y el MEM en relación con

1 otros -- comparando otros proyectos con nosotros,
 2 con los nuestros. Subyacen, sí, lo de trato
 3 nacional, lo de nación más favorecida y también
 4 las otras (dos) reclamaciones. De manera que esta
 5 mañana vamos a responder a las objeciones
 6 preliminares de la demandada de la manera
 7 siguiente. Primero, voy a explicar por qué las
 8 reclamaciones de los demandantes se presenten en
 9 nombre propio en virtud del artículo 10.16.1(a) y
 10 que la objeción de la demandada, al contrario,
 11 carece de fundamento. Luego voy a dar la palabra
 12 a mi socio, Rafael Llano, quien responderá al
 13 argumento de la demandada en el sentido de que la
 14 reclamación de falta de protección y seguridad
 15 plenas es prescripta y vamos a mostrar que ellos
 16 han calificado mal nuestra reclamación en ese
 17 sentido y que sí es oportuna o es -- no es
 18 extemporánea. Y luego voy a hablar de nuestra
 19 reclamación de nación más favorecida y explicar
 20 por qué es admisible.

21 Primero, quiero subrayar que hemos
 22 presentado nuestras reclamaciones en nombre

1 propio por pérdidas del -- pérdidas o el daño que
 2 hemos sufrido. No estamos pidiendo daños en
 3 nombre de Exmingua, jamás hemos escondido el
 4 hecho, contrario a lo planteado por la demandada
 5 esta mañana, que las medidas en cuestión se
 6 dirigieron a Exmingua. Y es casi -- casi siempre
 7 es el caso en los arbitrajes en virtud de los
 8 tratados sobre inversiones, porque estos tratados
 9 protegen las inversiones de los inversionistas
 10 extranjeros. Somos los inversionistas, hicimos la
 11 inversión en Guatemala y el Estado normalmente al
 12 adoptar medidas adversas, adopta medidas adversas
 13 que se dirigen a la inversión extranjera ubicada
 14 en el Estado receptor o anfitrión. Esto que da
 15 lugar a daños y perjuicios para -- al que sufre
 16 el demandante, que es propietario de la
 17 inversión.

18 Esto lo hemos aclarado en nuestra
 19 notificación de intención y de arbitraje. Jamás
 20 hemos avanzado el reclamo como un reclamo por
 21 daños y perjuicios sufridos por Exmingua, siempre
 22 hemos dicho que estamos pidiendo daños y

1 perjuicios que hemos sufrido nosotros mismos.
 2 Empezando con la notificación de intención, hemos
 3 alegado que a los inversionistas se les ha
 4 privado -- han sido privados del uso y goce de su
 5 inversión en Exmingua, que el señor Kappes y KCA
 6 han incurrido en pérdidas significativas como
 7 consecuencia de esos incumplimientos, que los
 8 inversionistas fueron -- sufrieron daño porque el
 9 paro del proyecto Progreso VII durante años y que
 10 las actuaciones arbitrarias e ilegales han hecho
 11 daño a los inversores. En la notificación de
 12 arbitraje, lo mismo, hemos dicho: los demandantes
 13 han incurrido en pérdida y daños significativos
 14 por motivos que surgen de estos incumplimientos,
 15 que las acciones ilegítimas de Guatemala en
 16 violación del Tratado han impedido a los
 17 demandantes a beneficiarse de sus inversiones y
 18 que los demandantes han incurrido pérdidas o
 19 daños significativos como resultado de estas --
 20 estos incumplimientos.

21 Esta mañana la demandada señaló que en
 22 nuestra notificación de arbitraje decimos que

1 solicitamos daños sufridos por Exmingua es porque
 2 hicimos referencia a los proyectos (Progreso) VII
 3 y Santa Margarita, pues es incorrecto. Si uno
 4 analiza el texto de la notificación de arbitrajes
 5 y dice que solicitamos un desagravio en relación
 6 con el proyecto de Santa Margarita en conexión
 7 con el proyecto de Progreso VII. Claro, nuestros
 8 daños y perjuicios sufren como consecuencias de
 9 ser inversores extranjeros donde el Estado ha
 10 tomado medidas adversas en violación del Tratado
 11 en contra de nuestra inversión extranjera que
 12 goza de protección. De manera que no hay ninguna
 13 incongruencia con lo que -- entre lo que decimos
 14 ahora y lo que hemos dicho en nuestros escritos y
 15 lo que hemos alegado en nuestra notificación de
 16 arbitraje y de intención. Y no es el caso, como
 17 ha dicho la demandada esta mañana, que, y cito,
 18 que no hemos hecho ninguna referencia a ningún
 19 impacto a las -- de las pérdidas de Exmingua en
 20 relación con nuestras inversiones. No es así, lo
 21 que acabo de leer de la notificación de intención
 22 y de arbitraje muestran que no es así.

Ahora, no tuvimos que calificar aun más nuestras pérdidas o daños en la notificación de arbitraje. La demandada en sus presentaciones ha dicho que no estamos -- no indicamos que estamos solicitando daños reflexivos o que estamos -- o que hemos sufrido una pérdida o daño por medio de la disminución en las acciones que tuvimos en Exmingua. Pero no existe un requisito en ese sentido, explicamos que tuvimos una (protección) protegida, es Exmingua, se define la inversión como empresa también. Se define como accionista también. Se define como participaciones en una empresa. De manera que todas -- todo eso son nuestras inversiones. Éramos un inversor con inversión y afirmamos que hemos sufrido una pérdida o un daño. Y nada más se exigía en la disposición 10.26 dice que la notificación de intención hay que indicar el desagravio y la cantidad de daños.

Ahora, cuando se habla del desagravio o resarcimiento no indica qué es, pero el Tribunal tiene -- solo tiene autorización de darle en el

Laudos daños, en algunos casos se puede pedir la restitución, pero hay que darle al Estado demandado la posibilidad de pagar daños monetarios en vez de restitución. En este caso, estamos pidiendo daños monetarios. Es el resarcimiento que se solicitó, de manera que lo que plantea la demandada en el sentido de que estamos intentando modificar la reclamación porque no indicamos que estamos solicitando una pérdida reflexiva indirecta carece de todo fundamento.

Y de hecho, los tribunales que han enfrentado alegatos parecidos los han rechazado. Les remito al caso UPS en virtud del TLCAN, donde Canadá formuló una objeción en el sentido de que la demandante misma no había sufrido daño ni perjuicio como resultado de los presuntos incumplimientos. El Tribunal desestimó esto, diciendo que lo único que hace falta a esta -- en este momento es el alegato de una pérdida o daño, ya si se sufrió o no se determinará en una etapa posterior. Ahora, pasando a la esencia de la

objeción de la demandada, que es que ningunos daños de pérdidas reflexivas se permiten en el DR-CAFTA. Bueno, estamos muy en desacuerdo. Cuando uno empieza a analizar esto hay que pasar por supuesto a lo que dice el Tratado y aunque es raro, no lo han visto esta mañana. No les mostraron qué dice el Tratado cuando le da a un inversor el derecho de presentar una reclamación en nombre propio. Pero lo que dice es que la -- el demandante podrá someter a arbitraje a una reclamación que se alegue que el demandado ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado. O sea, no califica ni restringe el tipo de pérdida o daño y tiene un texto muy amplio en el sentido en que uno puede reclamar una pérdida o daño que surge de, o en relación con, ese incumplimiento o violación. Y esas son palabras muy amplias con nexo causal entre ellas.

Según lo que solicita la demandada, es una limitación que no se encuentra en el Tratado y para respaldar su interpretación, pues si uno

fuera a respaldar su interpretación uno estaría interpretando esta disposición a manera de incluir palabras que no están ahí. O sea, restringir a la demandante a presentar una reclamación por un daño o pérdida directa o que excluya una pérdida o daño, que excluya el valor de sus acciones en una empresa. Y esas palabras simplemente no existen en el 10.16.1(a). En circunstancias parecidas, los tribunales se han negado, y con razón, a leer este tipo de lenguaje limitativo en un Tratado donde simplemente no existe. A menudo ha surgido en un contexto de una demandante que ha querido presentar una reclamación cuando tiene una cadena de empresas, cuando no es propietario directo de la inversión sino por medio de una cadena de empresas. De manera que si uno tiene una empresa a, b y c que luego invierte en el Estado y en vez de que sea la empresa que tiene la inversión más directa es otra empresa más arriba en la cadena que haya presentado la demanda, los Estados demandados han dicho: pero no es una inversión directa, es una

1 inversión indirecta, a manera de protesta. Y los
 2 tribunales no han querido leer la palabra
 3 directa, que no está ahí, para calificar o
 4 limitar el tipo de inversión protegida cuando no
 5 existe una limitación en este sentido en el
 6 Tratado. En el caso Waste Management, por
 7 ejemplo, la empresa estadounidense tenía su
 8 inversión en la empresa mexicana por medio de una
 9 empresa constituida en un Estado que no era del
 10 TLCAN. Y México planteó esta objeción y dijo que
 11 era esa empresa no TLCAN, que era el propietario
 12 directo de la inversión y es la -- el inversor
 13 protegido. Y el Tribunal lo rechazó diciendo que
 14 las partes podrían haber restringido
 15 reclamaciones por pérdidas o daño por referencia
 16 a la nacionalidad de la empresa que sufrió el
 17 daño directo pero no existe ninguna restricción
 18 en el texto y se negaron a incluir una forma
 19 parecida. En el caso Siemens no hubo ninguna
 20 referencia, solo dijo que la inversión no
 21 restringía la cobertura a las inversiones
 22 directas y el Tribunal señaló que el inversor era

1 un inversor indirecto que tenía acciones en la
 2 inversión que sí estaba cubierta y, por lo tanto,
 3 iba estar cubierto también porque una lectura
 4 literal del Tratado no aporta el -- no apoya el
 5 alegato en el sentido de que la definición de la
 6 inversión excluye la definición indirecta. Es --
 7 lo mismo se aplica aquí. Una lectura literal del
 8 Tratado no apoya ninguna lectura según la cual
 9 hubo una pérdida o daño, tiene que ser directa y
 10 no indirecta o indirecto.

11 También los tribunales, y con razón, han
 12 analizado la definición amplia del término
 13 inversión en tratados de inversión como esta --
 14 este. Este Tratado incluye, como he señalado,
 15 acciones como una inversión y como puede ver en
 16 el caso Suez, por ejemplo, el Tribunal señaló
 17 también que las acciones del inversor eran
 18 inversiones y, por lo tanto, tienen acceso al
 19 arbitraje CIADI porque no existe ningún lenguaje
 20 en el Tratado que limita las reclamaciones a las
 21 reclamaciones directas y no indirectas o
 22 derivadas o reclamaciones por una pérdida

1 reflexiva.

2 Otro ejemplo, y hay decenas, es el caso de
 3 -- el caso Gas Natural, donde el Tribunal analiza
 4 la definición de la inversión, incluye acciones
 5 donde dice una reclamación que afirma la --
 6 afectaciones del valor de las acciones da lugar a
 7 un posible daño y, por lo tanto, tiene
 8 legitimación el inversor para presentar una
 9 reclamación. Yo sé que la objeción de la
 10 demandada es totalmente incongruente con su
 11 práctica en el pasado y su interpretación
 12 anterior del Tratado DR-CAFTA. Se ha dicho que
 13 ningún Tribunal ha dado (tribunales) por una
 14 pérdida reflexiva en este contexto. Pero no es
 15 correcto, pues el Tribunal en el caso TECO
 16 reconoció las reclamaciones de TECO por las
 17 pérdidas reflexivas que sufrió. Era un accionista
 18 minoritario en una reclamación en Guatemala que
 19 tenía que ver con un cuestionamiento (inaudible)
 20 de las tarifas fijadas para una empresa
 21 distribuidora de electricidad. Esas tarifas
 22 tenían un efecto negativo en la inversión donde

1 TECO era minorista o inversor minorista y lo que
 2 hizo el Tribunal fue determinar la pérdida de las
 3 -- del valor del flujo de caja que habría sido
 4 recibido en inversionista si no fuera por ese
 5 incumplimiento. Es un claro ejemplo y lo único
 6 que ha dicho la demandada es que, bueno, no
 7 planteamos la objeción, quizás hubo otros motivos
 8 por no hacerlo. Pero lo que sí muestra es que
 9 está claro que no es una restricción fundamental
 10 en ese Tratado. Ese caso continúa, han planteado
 11 múltiples objeciones y no han interpretado este
 12 Tratado a modo de restringir ese tipo de
 13 reclamación.

14 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
 15 inglés): Tengo curiosidad respecto de las
 16 conclusiones a las que usted llega en cuanto al
 17 hecho de que ese tema no ha sido planteado en el
 18 caso TECO. ¿Sugiere usted que una vez que un
 19 Estado en un caso no identifica una objeción no
 20 puede nunca más plantearla en otros casos? Me
 21 parece que usted plantea un caso de renuncia en
 22 TECO.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

No iré tan lejos pero creo que es pertinente en el sentido de que muestra que la objeción de la contraparte aquí es oportunista y que no se basa en una interpretación justa del Tratado.

Ciertamente esto es un tema tan fundamental y si este Tratado realmente prohibiese las pérdidas reflexivas, entonces eso sería algo muy importante. Se estaría prohibiendo la protección de una enorme clase de inversores. Sugerir esto ahora, una década después, y decir: "Bueno, esto queda claro en el Tratado", como dice la contraparte, esto me parece que no supera el escrutinio.

También quería pensar en el caso del caso de las plataformas petroleras en la Corte Internacional de Justicia. Ni Irán ni Estados Unidos se habían basado en una disposición del Tratado de Amistad como base de la competencia del Tribunal. El no hacerlo no fue en sí una renuncia, pero sí fue la base de la decisión y de la conclusión de que esa disposición carecía del

significado que Irán quería asignarle en ese arbitraje en particular.

Y por eso la demandada desea que este Tribunal ignore que su interpretación preferida es que el DR-CAFTA brinda menor protección que cualquier otro Tratado de Inversión moderno porque negaría la protección a los accionistas minoritarios que constituyen la mayoría de las reclamaciones que dichos accionistas plantean en los arbitrajes internacionales. Hay muy pocas reclamaciones en donde los minoristas alegan que sus derechos de voto en las acciones han sido injeridos por el Estado objeto de la inversión. Entonces, no se puede decir que porque este caso tiene que ver con accionistas mayoritarios y no minoritarios eso debe ignorarse, porque uno debe interpretar el Tratado, uno está adscribiendo una interpretación a ese Tratado que quedaría como aceptada.

COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del inglés): Suponga que este fue el primer caso de inversión, mejor dicho, de tratados de inversión.

Y pensemos en la línea de casos de CMS contra Argentina. Los datos indicarían que ningún sistema interno permitiría reclamaciones por pérdidas reflexivas, tampoco los sistemas internacionales podrían permitir ese tipo de práctica. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el derecho consuetudinario internacional. Entonces, no habría ningún tipo de dato respecto de la dirección en la que uno podría avanzar en cuanto a la interpretación. Pero si examinamos esta disposición y la examinásemos por primera vez en esa hipótesis y pensásemos en la distinción de estos dos tipos de reclamaciones sobre la base de esos datos, me parece que se podrían permitir las pérdidas reflexivas en nombre de los minoritarios.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

Creo que sí. Primero, no creo que exista una prohibición respecto de estas pérdidas reflexivas en los sistemas internos en todas las circunstancias. En el caso Barcelona Traction y

en el caso DIALO, la CIJ debió indicar en los sistemas internos quién tenía la legitimación y cómo se podrían incoar las demandas. Habría circunstancias extrañas en donde habría que examinar las leyes internas debido a la existencia de tratados de inversión que brindan a los inversores derechos y que interpretan y definen a las inversiones como que incluyen a los accionistas. En el caso del 10.16.1(a), se le da al inversor la posibilidad de incoar una demanda por la pérdida o daño de sus inversiones y sus acciones. Así que entonces se le da al inversor ese derecho que quizá no existe en el derecho interno, pero se hace a través de un Tratado. Y si uno quiere restringir ese derecho y también quiere reflejar lo que existe en el derecho interno, se cambiaría el texto de la disposición en la forma que yo sugerí o de otra forma. Hay muchas -- muchos mecanismos para hacer eso.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Otro tema sería que este no es el primer Tratado, que las partes contratantes no estaban

1 partiendo de una tabula rasa y tenían muchos
2 casos, que esto sea correcto o incorrecto eso es
3 otra cuestión. Pero el tema es si las partes
4 contratantes del Tratado hicieron algún
5 comentario o rechazaron dichos casos.

6 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

7 Reitero, creo que no lo han hecho. Conociendo esa
8 línea de casos, podrían haber incluido esto para
9 tratar de evitar estas reclamaciones reflexivas,
10 o por pérdidas reflexivas, pero esto tiene que
11 ver con todos estos otros casos. Saben entonces
12 cómo los tribunales han interpretado esto y no lo
13 han hecho. Lo que sí hicieron es hacer una
14 división entre a y b y examinaré ese tema en un
15 momento y veré los motivos por los cuales eso da
16 una opción adicional que da una posibilidad más
17 amplia para la demandante de recuperar sus
18 pérdidas, pero no restringe la capacidad de la
19 demandante de presentar reclamaciones por
20 pérdidas reflexivas.

21 También se dijo que el DR-CAFTA era un
22 Tratado moderno y que su objeto era mejorar las

1 protecciones para las inversiones y también tenía
2 mecanismos efectivos de arreglo de diferencias y
3 se habló de protecciones mejoradas. Parece que
4 solamente se estaba pensando solamente en eso
5 desde el punto de vista de que el Estado podía
6 rechazar las reclamaciones. No, pero son
7 reclamaciones de los inversores también las que
8 están protegidas y eso es lo que no quedaría
9 presentado si se adoptara la interpretación de la
10 contraparte. Así que, si pensamos en la historia,
11 podemos ver que las disposiciones se basan en
12 tratados anteriores.

13 Aquí tenemos los tratados anteriores que
14 ya han sido interpretados en forma congruente por
15 los tribunales de inversión. Se dice aquí que las
16 disposiciones se basan en general en los TBI.
17 Estados Unidos es parte de ellos. Hemos incluido
18 en nuestros escritos y en algunas de las
19 diapositivas algunos casos en virtud de los TBI
20 estadounidenses en donde los tribunales han
21 encontrado que las reclamaciones por pérdidas
22 reflexivas están allí, en donde se adoptan

1 conscientemente el mismo tipo de protecciones.
2 Las inquietudes sobre políticas que ha planteado
3 la demandada, bueno, esto no es fundamento para
4 negar la jurisdicción. Las inquietudes en cuanto
5 a las políticas pueden ser abordadas mediante el
6 texto de los tratados y también mediante los
7 tribunales cuando redactan sus laudos. Pero, en
8 última instancia, depende de los Estados. Si los
9 Estados comparten estas inquietudes sobre las
10 políticas, pueden redactar tratados para
11 abordarlas. Pueden también modificar Reglas de
12 Arbitraje para abordarlas y parte de esto puede
13 ser difícil, puede haber una multiplicidad de
14 reclamaciones con diferentes Reglas de Arbitraje
15 o diferentes tratados, pero los Estados también
16 pueden hacer esto. No hay motivo alguno por el
17 cual no puedan procurar la consolidación de
18 reclamaciones en diferentes tratados o utilizar
19 diferentes Reglas de Arbitraje o hacer muchas
20 otras cosas si esto realmente les preocupa. Pero
21 no se puede dejar que estas supuestas políticas -
22 - preocupaciones de políticas guíen la situación

1 y esto no puede dejar que el Tribunal tenga
2 jurisdicción en un cierto caso.

3 No voy a examinar claramente esta lista de
4 casos que están aquí, pero la incluí para
5 mostrarle al Tribunal la cantidad de casos, y no
6 son todos, son solamente los que están en el
7 expediente, y la cantidad de expedientes que -- y
8 tribunales que han determinado que las
9 reclamaciones por pérdidas reflexivas son
10 admisibles.

11 Aparte de su motivación, que creo que es
12 algo notable y mucha de esa idea se aplica aquí
13 en cuanto a la definición de inversiones y
14 también el tema de legitimación, bueno, creo que
15 también tenemos que tener en cuenta que una
16 interpretación en contrario aquí sería decir que
17 los inversores en virtud de todos estos tratados
18 tienen derechos mayores que los del TLCAN o del
19 CAFTA-DR. Este obviamente no es el caso.
20 Recuerden ustedes que durante la llamada
21 telefónica previa a la audiencia la demandada
22 estaba procurando un plazo para la refutación y

1 estaba diciendo que estos temas eran temas nuevos
 2 y que era un caso de primeras impresiones. Esta
 3 mañana la contraparte también indicó que este era
 4 un caso de primeras impresiones. Pero no es así
 5 para nada, muy lejos de eso. Estas son las mismas
 6 objeciones que han sido planteadas una y otra vez
 7 por los Estados y que han sido rechazadas por los
 8 Estados en forma general. Aun en su réplica, en
 9 el párrafo 18C, la demandada en sí dijo que no
 10 había nada complejo respecto de las objeciones
 11 preliminares de la demandada y de hecho así es.

12 Dado el corto tiempo, no vamos a examinar
 13 estos casos, simplemente quería indicar que los
 14 casos de Argentina son múltiples. Seguramente
 15 ustedes los conocerán. En estos casos con
 16 diferentes TBI los tribunales reiteradamente
 17 rechazaron la idea de que las reclamaciones por
 18 pérdidas reflexivas pueden -- o sea, no pueden
 19 plantearse y también hay TBIs entre Estados
 20 Unidos con Estonia, Ecuador, Ucrania, etcétera,
 21 en ese sentido. Y también en cuanto a los
 22 tratados multilaterales, como, por ejemplo, el

1 Tratado de la Carta de la Energía.

2 La demandada dice que se puede ignorar
 3 esto porque aquí el CAFTA-DR es único porque
 4 tiene el 10.16.1(b) que le permite a las
 5 demandantes presentar una reclamación en
 6 representación de la empresa. Los argumentos en
 7 este sentido planteados por ellos han sido un
 8 poco incongruentes internamente. Si leemos los
 9 escritos de la contraparte, no queda claro si
 10 están diciendo que no existe una reclamación por
 11 pérdidas reflexivas que es permitida según el
 12 CAFTA o si uno es un accionista mayoritario puede
 13 presentarlas según el 10.16.1(b) y recuperar
 14 indirecta -- o si están diciendo que se puede
 15 plantear una reclamación por pérdidas reflexivas
 16 según el inciso (a) si uno es accionista
 17 mayoritario.

18 No queda claro, porque cuando ellos hablan
 19 de todos estos casos, dicen: "Bueno, estos otros
 20 tribunales lo permitieron porque era la única
 21 forma en donde podría haber habido algún tipo de
 22 indemnización". Si es esto cierto, entonces, las

1 pérdidas reflexivas están prohibidas. Lo que
 2 dicen ellos entonces en realidad es: "Bueno, se
 3 pueden tener pérdidas reflexivas, pero aquí
 4 tenemos una opción adicional que ustedes tienen
 5 que seguir". Este es un argumento totalmente
 6 diferente y no es condicente con los argumentos
 7 que la contraparte plantea.

8 Es decir, es difícil saber qué es que lo
 9 dice la demandada. Pero si están diciendo eso y
 10 están diciendo que es preciso hacer la
 11 presentación según el 10.16.1(b) cuando uno es
 12 accionista mayoritario, eso también es algo que
 13 no está respaldado por el sentido corriente del
 14 Tratado en sí.

15 Aquí dice que, si uno controla o es
 16 propietario de una empresa, uno puede presentar
 17 una reclamación en representación de dicha
 18 empresa. Dice que lo podrá hacer; no que deberá
 19 hacerlo. Lo que el Tratado quería hacer es que
 20 cuando uno tiene un accionista controlante, puede
 21 presentar una reclamación en representación de la
 22 empresa, salvo que haya sufrido una pérdida

1 directa respecto de sus acciones en el marco de
 2 una reclamación por pérdidas no reflejas y
 3 también dice que se puede presentar una
 4 reclamación por pérdida según el inciso (a). Pero
 5 si el demandante es el que presenta la
 6 reclamación, bueno, está en el texto del Tratado.

7 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
 8 inglés): Tengo una pregunta respecto de esto.
 9 ¿Cuándo es que un accionista mayoritario podría
 10 presentar una reclamación en virtud del inciso
 11 (b)? Nadie si tuviera la otra opción plantearía
 12 el (b).

13 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
 14 Sí, lo podría hacer. Hay muchos ejemplos. Por
 15 ejemplo, ...

16 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
 17 inglés): Disculpe. No se nos ha indicado por qué
 18 la demandante no presentó una reclamación sobre
 19 el inciso (b). Pero si es una opción, por qué lo
 20 haría entonces, uno corría el riesgo de no
 21 recuperar toda la suma, etcétera.

22 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

Bueno, puede haber una serie de razones por las cuales uno optaría por una opción o por la otra. Si usted tuviese una cadena de empresas y tuviese la opción de diferentes tratados según los cuales reclamar y uno decidiese que la empresa aquí presentara la reclamación con este tratado porque le es más favorable, bueno, uno podría optar por eso. Podría tener también un país como Panamá, por ejemplo, que tiene un índice tributario muy bajo y uno podría decir: "Bueno, si yo planteo la reclamación en representación de la empresa y recupero un Laudo y ese Laudo se le paga a la empresa, entonces se me va a tributar en una tasa mucho mayor que si yo le pagara a un inversor extranjero en Estados Unidos y quisiera ir por esa ruta." O si la inversión todavía fuera una empresa en marcha y el inversor tuviese toda la intención de tomar el Laudo que se le brinde y repatriar esos fondos al Estado anfitrión de la empresa, entonces, evitaría costos, ineficiencia, conversión de moneda y hacer que se le repatrie al Estado anfitrión y por eso quizás uno querría

que se le pague directamente al Estado anfitrión, a la empresa del Estado anfitrión.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Entonces, en un nivel muy simple, parecería entonces que si uno opta por (b), entonces elimina la necesidad de ser un tema muy complejo para la demandante y no tener que pensar en temas de causalidad, de daños, etcétera, y las consecuencias de las pérdidas reflexiva respecto de la vía (a).

Podría ser muy complicado, entonces en cuanto a los porcentajes demostrados de los accionistas. Si uno va por el inciso (b), debiera hacerlo con la confianza que las cosas se van a dilucidar y el Tribunal, claro, deba recibir prueba de eso mediante la preponderancia de la prueba, que es así la cosa.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés): Bueno, si uno tuviera entonces, por ejemplo, una evaluación tributaria drástica contra la empresa y uno teme de que si uno hace la reclamación en nombre de la empresa entonces el Estado le

pondría otra evaluación tributaria muy fuerte, bueno, ¿qué vamos a hacer? ¿Vamos a esperar cinco años más y alegar eso o básicamente hacer que se le pague a la demandante fuera de ese Estado anfitrión? De esta forma se calcularía la pérdida reflexiva e iría por ese camino.

Creo que hay una serie de motivos y no es que alguna u otra de estas razones sea superflua. Tenemos que tratar de optar por la opción que sea mejor para la situación.

COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del inglés): Por supuesto que en ese caso hay una ventaja adicional de optar por (a) porque ustedes mantienen sus procedimientos internos legales en nombre de la empresa, al mismo tiempo que ustedes están planteando una reclamación en virtud por pérdidas reflexivas. Esto plantea la posibilidad de que ustedes prevalezcan en los procedimientos nacionales internos. Y, entonces, nosotros estaríamos en una posición muy difícil para ver qué es que lo puede llegar a pasar con el arbitraje internacional.

Esto sucedió, por ejemplo, en el caso GAMI en donde los procedimientos internos fueron exitosos y la reclamación tuvo que ser dejada de lado en el ámbito del TLCAN.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés): Sí, su pregunta tiene muchos elementos. Primero, no sé si yo diría que eso implica una ventaja porque pensamos que la Corte no tiene intención de pronunciarse. Tendría que haberlo hecho dentro de los cinco días. Han pasado varios años. Y si nosotros hubiésemos detenido esa reclamación cuando presentamos el arbitraje, eso indudablemente hubiese creado todo tipo de defensas y no podríamos plantear el tema de la reclamación de denegación de justicia. Nosotros no agotamos todos los recursos. La demandante en uno de los casos, en el caso Clayton, fue denegado el permiso y se dijo que eso se había hecho en forma ilegal. Lo determinó la Corte. Y también vio el lucro cesante de ese proyecto.

A nosotros nos negaron eso. Se nos dijo: "Les negamos esto porque pensamos que la decisión

1 fue tan incorrecta que ustedes deberían tratado
2 de revertirla en los tribunales, y como lo
3 hicieron, ustedes no pudieron mitigar sus daños y
4 perjuicios. Así que no les vamos a dar a ustedes
5 el lucro cesante, sino que le vamos a dar
6 simplemente los costos hundidos.

7 Una diferencia de millones de dólares, así
8 que ellos podrían haber hecho ambas cosas en
9 forma simultánea y de los tribunales se hubiese
10 obtenido el lucro cesante y después, si hubiesen
11 estado de acuerdo conmigo, dicen los tribunales,
12 hubiera habido, por ejemplo, una demora en los
13 daños y perjuicios y habría que haber ido otra
14 vez a los tribunales para tratar de revertir ese
15 fallo. Así que hay muchos elementos de
16 complejidad allí. Y creo que este caso es muy
17 diferente de GAMI porque en GAMI el Estado había
18 reconocido la expropiación y se encontraba en un
19 proceso de calcular la indemnización de los
20 expropiados, de los activos expropiados, así que
21 habría que ver cuánto surge de esos
22 procedimientos.

1 Y dado que ellos iban a obtener algo, el
2 Tribunal no podría decir que era una expropiación
3 y que se les había denegado todo el valor. ¿Cómo
4 podrían ellos calcular algún tipo de pérdida en
5 el valor porque no sabían cuánto iban a obtener?
6 Ese caso es muy distinto de este caso.

7 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
8 inglés): Pero eso ocurrió durante el
9 procedimiento.

10 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
11 Sí.

12 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
13 inglés): Permítame preguntarle algo, y me doy
14 cuenta de que le estamos robando parte de su
15 tiempo, pero usted indicó en sus documentos que
16 los tribunales tienen herramientas para abordar
17 el tema de la doble recuperación y no nos debiera
18 preocupar demasiado.

19 Usted dice las consecuencias problemas de
20 las vías paralelas. Esto solamente funciona si
21 fuésemos los segundos en tomar una decisión y
22 tomásemos en cuenta las consecuencias de un

1 Tribunal local. Pero uno de los riesgos que
2 identificó la demandada es que si el Tribunal
3 Arbitral decide primero, si por ejemplo concede
4 daños con el supuesto de que no tienen recursos a
5 nivel local, y luego la empresa sigue el
6 procedimiento local y tal vez recibe la inversión
7 o los permisos, entonces, se trata de una
8 ganancia imprevista y ya no tenemos poder para
9 abordarlo.

10 Me imagino que la pregunta es -- no vi
11 ninguna oferta en este caso para abordar ese
12 riesgo con el retiro del procedimiento local, si
13 aún está pendiente en un momento en que se ha
14 hecho, en que se ha terminado. ¿Está dispuesto a
15 recibir lo mejor de los dos mundos?

16 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
17 No, y para dejarlo en claro, no estamos
18 dispuestos a retirar el caso que presentamos
19 según 1(b) porque no creemos que necesitamos
20 presentar en nombre de la empresa y luego
21 Guatemala presenta una objeción que nuestro caso
22 estuvo prescripto. Porque usted presenta una

1 dispensa en la misma fecha en la cual se
2 considera representado el caso al arbitraje.
3 Entonces, todo que lo tenía más de tres años de
4 antigüedad, antes de esa fecha estaría
5 prescripto. Entonces, ellos también están
6 tratando de obtener lo mejor de dos mundos, de
7 dos opciones. Entonces, si lo que tenemos
8 solamente es el proceso pendiente, es la Corte
9 Constitucional que debo decir no tengo -- no
10 tiene inclinación alguna de decidir en este caso,
11 como podemos ver según la cronología, nos importa
12 muy poco si simplemente escribiésemos y decimos:
13 "No decidieron durante 3 años y medio y
14 retiramos, hagámoslo". Está bien, lo podemos
15 hacer ahora o podríamos decir que lo vamos a
16 hacer antes de que ustedes decidan para evitar la
17 posibilidad muy distante de que alguna vez ellos
18 dicten sentencia a nuestro favor y nos
19 reestablezcan los derechos. No tendremos
20 problemas porque no queremos doble compensación,
21 indemnización o un doble pago. No es un problema.
22 Pero no queremos llegar a una situación en la

1 cual se considera que estamos presentando
2 nuevamente nuestro caso en una fecha posterior,
3 cuando utilizarán así una excepción por
4 prescripción.

5 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
6 inglés): Entonces, ¿por qué no presentarlo al
7 amparo de (b)? Si no tienen una expectativa real
8 de que el Tribunal Constitucional decida a su
9 favor, ¿por qué no lo hacen?

10 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
11 Bueno, sin entrar a información privilegiada o
12 confidencial que tenemos con el cliente, hará dos
13 años ya que hemos presentado el reclamo y nos
14 queda muy en claro que no se van a pronunciar.
15 Entonces, presentamos un reclamo, presentamos
16 argumentos que podíamos indicar inferencias del
17 Tribunal en el sentido que -- vimos que -- no
18 recibimos ningún indicio de que no habíamos
19 esperado lo suficiente. Nosotros no creemos que
20 ellos se expidan. Pero a fin de evitar esas
21 objeciones cuando no tendríamos nada concreto
22 para mostrar, ahora pasó otro año y medio. Ahora

1 son tres años y medio. Creo que ha transcurrido
2 suficiente tiempo y que podemos concluir de
3 manera segura que no se han pronunciado y no
4 tienen la intención de hacerlo y la situación no
5 ha cambiado en gran medida al respecto.

6 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
7 inglés): ¿Y la demandada dijo que puede llegar a
8 presentar la excepción por prescripción?

9 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
10 No. Y si le quiere preguntar.

11 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
12 inglés): Bueno, no es el turno de ellos. Pero
13 les puedo preguntar eso.

14 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
15 inglés): Volvamos a la respuesta que usted me
16 ofreció a mi pregunta en lo que hace al riesgo de
17 una ganancia imprevista en un caso pendiente ante
18 un Tribunal nacional. Me parece que usted
19 respondió diciendo que en teoría las demandantes
20 podrían retirar la demandante ante la Corte
21 Constitucional brevemente antes de que nosotros
22 dictemos el Laudo o después.

1 Realmente después le cabe esta
2 responsabilidad, o sea, en teoría podríamos
3 hacerlo. Pero no me queda en claro qué es lo que
4 tenemos aquí para considerar. Lo puede pensar si
5 quiere y después me contesta.

6 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
7 Voy a pensar, pero por cierto si ayudase al
8 Tribunal, entonces, es algo que estaríamos
9 dispuestos a hacer. ¿Ayuda esto?

10 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
11 inglés): Vamos a considerarlo, gracias.

12 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
13 Entonces, les estaba diciendo que CAFTA no es
14 singular entre los tratados de inversión al
15 incluir esta disposición que les permite
16 presentar un reclamo en nombre de una empresa y
17 hay otros modelos. Uno es el TLCAN, que es
18 bastante parecido al CAFTA, es decir que pueden
19 presentar un caso en nombre de una empresa. Y
20 luego tienen el artículo 25(2) (b) del Convenio
21 CIADI que tiene -- que habla de esto de una
22 manera un tanto diferente, pero le permite a la

1 empresa constituirse en demandante, si bien
2 constituye la nacionalidad del Estado anfitrión,
3 pero logra lo mismo con un vehículo diferente.

4 En ambos casos ustedes están recuperando
5 las pérdidas de la empresa, ya sea a través de la
6 demandante o la presentación de un reclamo en su
7 propio nombre, y lo pueden ver aquí.

8 Se incluye en el TBI la referencia (2)
9 (b). Esta posibilidad no priva a la demandante
10 de presentar un reclamo por pérdida reflexiva
11 según la disposición en la cual puede presentar
12 un reclamo en su propio nombre. Entonces, aquí
13 los tenemos 10.16.1(a) y esto se ve así en ambos
14 contratos.

15 Si fuese así que dado que usted podría
16 hacer que la empresa de su propiedad o de la cual
17 usted es socio mayoritario, el Tratado le permite
18 que esta empresa sea constituida como demandante
19 y usted no tiene el derecho de presentar un
20 reclamo, este sería el caso en el cual siempre
21 hay una referencia al 25(2) (b) en el TBI. Los
22 tribunales una y otra vez lo han rechazado.

1 Indicarón que esto ofrece una opción adicional.
 2 Como acabamos de decirlo, hay motivos por los
 3 cuales uno puede escoger que la empresa presenta
 4 reclamos porque como accionista mayoritaria lo
 5 haga en su propio nombre. Y hay otra opción
 6 adicional y usted no está obligado a escoger esta
 7 opción y no pierde el derecho de presentar un
 8 reclamo en su propio nombre. No es una limitación
 9 al respecto y lo mismo se aplica al amparo del
 10 TLCAN que tiene la misma disposición que el
 11 CAFTA. Usted puede presentar un reclamo como
 12 socio mayoritario o único.

13 Según el artículo 16, si bien lo presentó
 14 al amparo del artículo del 1117. Y todos los
 15 tribunales que lo analizaron estuvieron de
 16 acuerdo. Tienen Pope & Talbot donde dice que un
 17 reclamo por pérdida o daño puede ser presentado
 18 según el artículo 1116. La existencia del
 19 artículo 1117 no impide la presentación de un
 20 reclamo según el artículo 1116, y lo mismo ocurre
 21 aquí, en el caso de UPS.

22 Esta mañana se habló del Laudo de daños en

1 el caso Clayton. Y quiero mencionar que este es
 2 el único Tribunal que igualmente estableció que
 3 la pérdida reflexiva no era permisible. Y cuando
 4 ustedes se fijan en su razonamiento, no convence.
 5 En primer lugar, ignoran el significado ordinario
 6 o llano del artículo 1116. De hecho, al analizar
 7 el término, dicen que no pueden recuperar
 8 pérdidas o daños. En el artículo 371 dicen que
 9 las condiciones del artículo 1116 no dejan en
 10 claro si tiene que haber una pérdida directa o si
 11 pueden incluir también pérdidas indirectas, es
 12 decir, reflexivas.

13 Si nos fijamos en las condiciones del
 14 Tratado, lo único que dicen es: "No queda claro".
 15 Entonces, no están siguiendo lo que nosotros
 16 sostenemos es un análisis mucho mejor. Cuando no
 17 hay restricción, nos incluye. Pero luego dicen:
 18 "Bueno, vamos a pasar a una disputa."

19 En el párrafo 372 analizan el contexto.
 20 Perdón, no es una disputa, sino un contexto.
 21 Analizan el contexto y trazan una conclusión
 22 errónea. Dicen que tienen que leer 1116 en

1 contexto con 1117. Y el artículo 1117 permite -y
 2 esto sí-, permite al inversionista reclamar
 3 pérdida a través de una empresa, con lo cual así
 4 permite la recuperación de una pérdida reflexiva
 5 y esto sinceramente no es así. Sería solamente
 6 así en el caso de un accionista mayoritario que
 7 podría presentar un reclamo en nombre de la
 8 empresa y de manera indirecta recuperar una
 9 pérdida reflexiva. No es así con un accionista
 10 minoritario que nunca puede presentar un reclamo
 11 en nombre de la empresa.

12 Simplemente no es verdad decir que 1117
 13 ofrece el vehículo para recuperar una pérdida
 14 reflexiva. Y en respuesta a la pregunta del
 15 presidente esta mañana sobre los derechos de los
 16 accionistas minoritarios, esta es una
 17 interpretación incorrecta y tampoco hubo
 18 comentarios, según hemos visto, de las partes del
 19 TLCAN en lo que hace a las ramificaciones. No
 20 habría un vehículo de pérdida efectiva para los
 21 accionistas minoritarios y, por cierto, tampoco
 22 las partes no contendientes hicieron -- no

1 hicieron ninguna presentación al respecto en este
 2 procedimiento. Entonces, según acabo de mencionar
 3 -- y me doy cuenta de que estoy un poquito
 4 atrasada, pero espero que el Tribunal tenga
 5 cierta flexibilidad dado que hubo muchas
 6 preguntas.

7 Nuestra interpretación no considera el
 8 artículo 10.16 como algo sin significado alguno.
 9 Como nosotros lo hemos mostrado en los escritos,
 10 podrían tener mayor responsabilidad según
 11 10.16.1(b)

12 Y quiero abordar el argumento de que las
 13 demandantes se beneficiarían a expensas de los
 14 acreedores en nuestra interpretación, lo cual no
 15 es así. En este caso, la única manera en la cual
 16 una demandante -- perdón, no de los acreedores,
 17 sino de la empresa, se beneficiaría a expensas de
 18 la empresa. Y si usted presenta esto a través de
 19 la empresa, pero paga el Laudo a la demandante y
 20 la demandante así está recibiendo el Laudo para
 21 la empresa. Pero siempre que la demandante está
 22 recuperando sus propios daños, no está

1 recuperando a expensas de un acreedor. Y lo
2 pueden ver aquí en este diagrama donde una
3 demandante cuando recupera su propio nombre,
4 solamente recibirá el valor del capital propio de
5 su inversión, mientras que cuando la empresa
6 recupera, recupera para todo el valor de la
7 empresa. Pero una vez más, los accionistas
8 solamente percibirán el valor del capital propio.

9 En el segundo caso, cuando ustedes
10 representan el reclamo en nombre de la empresa,
11 el demandante puede recuperar, y tal vez no
12 cuando lo hace en su nombre, pero no está
13 recuperando a expensas del acreedor. No le está
14 tomando el dinero el acreedor, sino que
15 simplemente este no recupera.

16 Creemos que es hipocresía que la demandada
17 diga que en este caso deben interpretar el
18 tratado de una manera que dispone la mayor
19 protección para los acreedores. De manera que se
20 trata de un objeto para el Tratado en el sentido
21 que toda vez que haya un recurso que pudiese
22 compensar a los acreedores, de alguna manera esto

1 es la interpretación preferida. Y simplemente les
2 voy a pedir que se fijen una vez más en el caso
3 de RDC, donde la demandante hizo una presentación
4 propia y también en nombre de la empresa. Y
5 finalmente estaba recuperando un reclamo de
6 medida reflexiva porque las medidas estaban
7 dirigidas a la empresa, entonces, y fue un
8 reclamo por la pérdida en valor por su
9 participación accionaria en esa empresa.

10 Y la demandada, aquí Guatemala, objetó a
11 que ese reclamo se considerase un reclamo en
12 nombre de la empresa y que ese Laudo fuese pagado
13 a la empresa porque los accionistas minoritarios
14 en ese caso eran guatemaltecos. Entonces, en ese
15 caso se habrían beneficiado indirectamente del
16 Laudo, como sería siempre la situación cuando
17 ustedes presentan un reclamo en nombre de la
18 empresa, independientemente de los accionistas y
19 los accionistas son nacionales se van a
20 beneficiar. Entonces, lo convencieron al Tribunal
21 que se haría el reclamo en nombre de la
22 demandante para que solo la demandante se

1 beneficiase.

2 Pero aquí están insistiendo que se pague a
3 la empresa y que se realice por la empresa, por
4 medio de la empresa. Pero es totalmente contrario
5 a lo que argumentan en el otro caso.

6 Dado que no tengo demasiado tiempo, no voy
7 a abordar estas dos diapositivas. Simplemente
8 para demostrar que los argumentos son erróneos y
9 son incongruentes. Y, como lo mencioné
10 anteriormente, no queda totalmente en claro si
11 siquiera están sosteniendo que ustedes nunca
12 puedan tener pérdida reflexiva, pero que puedan
13 recuperar de manera indirecta si son accionistas
14 mayoritarios. O ustedes no pueden percibir --
15 pueden percibir pérdida reflexiva solamente si
16 son minoritarios y si son mayoritarios solamente
17 tienen que seguir la disposición que dispone la
18 recuperación en nombre de una empresa. Pero según
19 cualquiera de estas dos situaciones, sus
20 argumentos son incongruentes. No están
21 respaldados por el texto del Tratado. Son
22 contrarios al texto del Tratado, así como el

1 objeto y fin del Tratado y contradicen también
2 las prácticas anteriores en otros casos y no
3 respaldan -- no están respaldados, de hecho están
4 (contradichos) por la jurisprudencia en estos
5 ámbitos.

6 Brevemente en lo que hace a la objeción de
7 la dispensa, si ustedes encuentran que esto se ha
8 presentado según el artículo 10.18.2, no puede
9 haber problema de dispensa porque el Tratado
10 específicamente establece que solamente tienen
11 que entregar una dispensa en nombre de la
12 demandante y solamente si ustedes determinan que
13 la demanda se presentó según 10.16.2(b), si bien
14 no es a (título) de esta manera, que se
15 necesitaría una dispensa.

16 Y me gustaría mencionar que mencionamos ya
17 en nuestros escritos, pero en el contexto del
18 TLCAN por qué algunas de las demandantes
19 presentaron dispensas, incluso cuando presentaban
20 su propio reclamo. Porque el texto del reclamo es
21 diferente del CAFTA y no le voy a dedicar
22 demasiado tiempo al 10(e). Ya dejamos muy en

claro que no se trata de una disposición de bifurcación. Si lo fuese, estaría en el texto del Tratado mismo y no en un anexo. Y por cierto sería incongruente también con la disposición de la dispensa.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Me pregunto si en las presentaciones de las partes contratantes o en cualquiera del otro material subordinado al CAFTA República Dominicana cuando se negoció, se explicó por qué las partes del -- al CAFTA República Dominicana no exigen estas dispensas.

SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés): No encontré nada. Me fijé, no encontré nada. Incluso en fuentes secundarias. No encontré nada.

Entonces, en lo que hace a 10(e), esta es una bifurcación real y sería también incongruente con la dispensa que indica que una parte necesita omitir el comienzo o la continuidad de una acción que implica que habría una acción que impugna su propia acción y también el texto mismo indica que se aplica solo en países de derecho civil donde

ustedes pueden presentar una causa directa de acción por un quebramiento del Tratado ante un Tribunal. Y aquí ni siquiera hay un alegato en tal sentido. Con lo cual, es inaplicable.

Tras decir esto, a menos el Tribunal tenga preguntas adicionales, le voy a dar la palabra al señor Llano.

SEÑOR LLANO (Interpretado del inglés): Gracias.

El reclamo por protección plena y seguridad es oportuno. El reclamo ante nosotros tiene que ver con la propiedad de Santa Margarita, no porque la propiedad Progreso VII no estuviese afectada por los bloqueos actuales, en curso, sino que la situación en Progreso VII está afectado específicamente por la demora de la Corte Constitucional y la suspensión por parte de la Corte de la licencia. De manera que los daños que se desprenden del bloqueo son existentes simultáneamente con el daño que ha sufrido parte del proyecto.

El proyecto de Santa Margarita está más

afectado específicamente por los bloqueos y ese es el motivo por el cual abordaremos Santa Margarita en mayor detalle.

El problema aquí con esta objeción tiene que ver con el período de prescripción. Nosotros mostramos aquí en la diapositiva 41 la disposición 10.18.1 que tiene que ver con el período de prescripción en el CAFTA República Dominicana, y podemos ver los dos elementos allí que incluyen también el conocimiento del quebrantamiento y el conocimiento que el daño o de la pérdida incurrida por la demandante.

Entonces, hay dos elementos, como lo pueden ver aquí, en el período de prescripción y volveremos a esto.

¿Cuál es la postura de la demandada, la postura de Guatemala al respecto? Ellos afirman que los bloqueos en cuestión en realidad comenzaron en 2012 y que han sido continuos desde esta fecha. Con lo cual, sostienen el período de prescripción ya caducó porque este período de prescripción comenzó el 9 de noviembre de 2015,

que es la marca de tres años contando hacia atrás desde la presentación de la notificación de arbitraje que se presentó en 2018.

Entonces, si comienzan a contar en 2012 y ustedes asumen, aceptan que estos bloqueos fueron ininterrumpidos desde entonces, nos hemos quedado sin tiempo.

El tema central acá tiene que ver con la naturaleza supuestamente ininterrumpida desde 2012. Pero, de hecho y los datos en el expediente así lo demuestran, estos bloqueos no fueron ininterrumpidos desde 2012. Y lo vemos aquí en la diapositiva 43.

Vemos que hay dos períodos claramente definidos de bloqueos y están marcados aquí en color rojo en esta cronología en la diapositiva 43. El primer período de bloqueos comenzó brevemente después del comienzo del proyecto de Progreso VII, que comenzó en febrero 2012 y a partir de marzo 2012 el proyecto ya estaba bloqueado. Y esto afectó tanto a Progreso VII como a Santa Margarita.

1 Perduró unos dos años y luego en mayo de
 2 2014 la policía nacional de Guatemala logró
 3 interrumpir este bloqueo y se reanudaron las
 4 operaciones mineras. Este es el primer período
 5 del bloqueo y todo esto está incluido en la
 6 notificación de arbitraje. Está marcado como el
 7 momento en el cual Progreso VII comenzó a
 8 funcionar, y funcionó durante dos años.

9 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
 10 inglés): Según entiendo creo que la objeción de
 11 la demandada es que estos dos períodos
 12 diferenciados como noción no están incluidos en
 13 la notificación de intención. A lo mejor, en la
 14 de arbitraje pero no en la notificación de
 15 intención. Entonces, ¿es justo decir que no está
 16 en la notificación de intención? Y luego le voy a
 17 preguntar si importa o no. En primer lugar, ¿es
 18 esto correcto?

19 SEÑOR LLANO (Interpretado del inglés): La
 20 respuesta es no y no. No es preciso y no importa,
 21 y le vamos a mostrar esto en la siguiente
 22 diapositiva, pero para concluir en lo que hace a

1 los períodos de bloqueos ustedes tienen aquí un
 2 nuevo período de bloqueo que comenzó en marzo de
 3 2016 -y voy a volver a esto en mayor detalle con
 4 los documentos-, pero básicamente tienen también
 5 este período de dos años en el que las
 6 operaciones mineras se estaban realizando y no
 7 había ningún reclamo por bloqueo en contra del
 8 estado de Guatemala durante ese período. Estaba
 9 abierto.

10 Y luego comienza el bloqueo nuevamente en
 11 marzo de 2016 -vamos a ver las causas- y en este
 12 momento está todavía en curso. Aquí tienen la
 13 notificación de intención y la notificación de
 14 arbitraje, y ustedes ven aquí que en la
 15 notificación de intención las demandantes dejaron
 16 en claro que en 2014 Progreso VII estaba en
 17 producción plena. No a media marcha, no estaba
 18 interrumpido sino que era a plena marcha, y llegó
 19 también un primer envío de concentrados. Había
 20 aquí más de 180 empleados y se llegaron a hacer
 21 más de 60 expediciones. No hay reclamo para este
 22 período. No puede haber un reclamo porque las

1 operaciones mineras estaban en curso. De igual
 2 manera en la notificación de arbitraje ustedes
 3 ven que el 25 de mayo esto es congruente una vez
 4 más con la notificación de intención. Al 25 de
 5 mayo de 2014 las actividades de explotación en
 6 Progreso VII se reanudaron y una vez más a
 7 finales de año Exmingua realizó su primera
 8 expedición o envío de concentrados.

9 ¿Qué es lo que ocurrió después de eso? En
 10 noviembre de 2015 la Corte Suprema de Guatemala
 11 ordenó la suspensión de la licencia de
 12 explotación de Progreso VII y claramente este es
 13 un hecho central en lo que hace a los diversos
 14 reclamos que presentan las demandantes. Ustedes
 15 ven aquí la sentencia en la página 45 que
 16 suspende la concesión de las licencias mineras
 17 para Progreso VII, y luego en la diapositiva, en
 18 la misma, ven que en un comienzo el Ministerio de
 19 Energía y Minas se rehusó a suspender esta
 20 licencia. Ustedes ven aquí una cita de un
 21 artículo periodístico donde se dice que un alto
 22 funcionario del MEM explicó que el amparo era

1 infundado dado que la licencia ya había sido
 2 concedida y esto era ya asunto terminado.
 3 Entonces esencialmente el MEM no encontró motivo
 4 para cambiar nada en lo que hace a la licencia de
 5 Progreso VII.

6 Esta negativa -y lo vemos aquí en la
 7 diapositiva 47- llevó a una nueva ronda de
 8 manifestaciones que comenzaron en marzo de 2016.
 9 Estas manifestaciones -- los manifestantes
 10 estaban solicitando al MEM que cumpliera con la
 11 sentencia de la Corte Suprema de suspender la
 12 licencia de Progreso VII.

13 Esta mañana escuchamos -y ahora estamos en
 14 la diapositiva 48-, que los anexos que fueron
 15 presentados por las demandantes indicaban que
 16 solamente había bloqueos frente a los despachos
 17 de MEM en lugar de las instalaciones mineras,
 18 pero esto no es así. Mostramos aquí, un pasaje -
 19 C-10- donde se indica que desde el 2 de marzo de
 20 2012 los residentes de las comunidades ubicadas
 21 en San José del Golfo tomaron medidas para
 22 rechazar la mina. Es un error en el artículo

1 inicial: debió decir 2 de marzo de 2016. Los
2 residentes de las comunidades ubicadas en San
3 José del Golfo tomaron medidas para rechazar la
4 mina y bloquearon el ingreso para impedir la
5 instalación. Es la referencia del 2 de marzo de
6 2016 de la nueva ronda de bloqueos que fueron
7 desencadenados por la resolución del MEM.

8 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
9 inglés): Entonces, ¿usted está diciendo que el
10 artículo inicial de manera conveniente o
11 inconveniente incluyó este error ortográfico?

12 SEÑOR LLANO (Interpretado del inglés):
13 Creo que es la traducción al inglés de un
14 artículo original en español.

15 Entonces, ¿qué es que lo tenemos aquí? Los
16 hechos. Independientemente de la interpretación
17 de la demandada de los supuestos los escritos de
18 la demandante no modifican este período
19 diferenciado de bloqueos y claramente a partir de
20 la notificación de arbitraje se puede ver que
21 este sitio estuvo disponible durante dos años y
22 las operaciones de minería se realizaron durante

1 este período.

2 Entonces la referencia de Guatemala al uso
3 de la palabra "continuo" en la notificación hace
4 referencia solo a la naturaleza constante del
5 bloqueo. No eran continuos durante estos períodos
6 diferenciados pero si el Tribunal determinase que
7 hay alguna ambigüedad en torno a los hechos
8 precisamente esto incluye los anexos que fueron
9 ya presentados. Ese es precisamente el punto de
10 la fase de fondo de este arbitraje, incluyendo la
11 determinación de la causa y el efecto de cada uno
12 de estos bloqueos. Porque lo que ustedes tienen
13 aquí y lo que fue alegado y presentado es que hay
14 diferentes bloqueos claramente definidos, con
15 causas definidas, con hechos definidos, así como
16 daños definidos, y vamos a llegar al motivo de
17 por qué estas diferenciaciones son pertinentes en
18 virtud del derecho.

19 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
20 inglés): Entonces, según entiendo su referencia
21 al fondo, ¿usted está diciendo que dependería del
22 Tribunal decir si en este momento las acusaciones

1 de las que se trataba de dos períodos suficientes
2 son suficientes para los fines presentes, pero
3 que luego podemos volver a una limitación si
4 nosotros determinamos en los hechos más adelante
5 que se trató de una situación continua y no de
6 dos períodos diferentes?

7 SEÑOR LLANO (Interpretado del inglés):
8 Bueno, para fines de las objeciones preliminares,
9 el alcance de control que tiene el Tribunal
10 incluye la notificación de arbitraje, por
11 supuesto la notificación de intención y también
12 los documentos que se han presentado. Y estos
13 alegatos bastan para concluir que el período
14 prescriptivo no ha caducado respecto de estas
15 reclamaciones. Ahora, si posteriormente en un
16 proceso el Tribunal fuera a llegar a una decisión
17 diferente que de hecho la mina estuvo bloqueada
18 del 2014 al 2016, que es contrario a todos los
19 alegatos en los documentos, entonces es una
20 decisión jurisdiccional que podría revisar el
21 Tribunal en el contexto de su Laudo final pero no
22 es suficiente al día de hoy para sustentar la

1 objeción preliminar.

2 ¿Cuáles son las cuestiones jurídicas en
3 cuestión aquí? La cuestión jurídica principal es
4 si una serie de acontecimientos pueden separarse
5 en diversos componentes. Ahora mostramos la
6 decisión de Grand River contra Estados Unidos.

7 Ahí el caso se trató de medidas en la
8 industria de los cigarrillos. Había habido una
9 resolución, un acuerdo de resolución en los años
10 90 con los varios productores de tabaco y los
11 nuevos productores. Tuvieron que cumplir con ese
12 acuerdo de resolución y posteriormente los
13 estados federativos de los Estados Unidos
14 empezaron a adoptar leyes para hacer que el
15 cumplimiento de ese acuerdo de resolución fuera o
16 más favorable o más difícil.

17 Entonces la cuestión era si el acuerdo de
18 resolución está tan interrelacionado con estas
19 leyes posteriores que en el período prescriptivo
20 afectaría a ambos y el Tribunal determinó que no,
21 que si bien el acuerdo de resolución y las leyes
22 iniciales que se emitieron antes del período

1 prescriptivo, si quedaron fuera por el efecto de
 2 la prescripción, las leyes posteriores -que eran
 3 actos distintos- no estaban impedidos por el
 4 período prescriptivo, de manera que esta serie de
 5 acontecimientos se separaron en componentes
 6 distintos. Aquí los bloqueos son diferentes.
 7 Diferentes causas. Diferentes hechos. Diferentes
 8 daños.

9 En el caso Berkowitz en contra de Costa
 10 Rica la cuestión tenía que ver con la
 11 expropiación de varios terrenos. Lo que determinó
 12 el Tribunal era que la conducta expropiatoria de
 13 parte de Costa Rica antecedió para todos los
 14 lotes. Antecedió el período descriptivo.

15 Sin embargo, en el caso de alguno de los
 16 lotes había habido conducta judicial respecto de
 17 esos lotes que eran posteriores al inicio del
 18 período prescriptivo. Para esas acciones y
 19 decisiones iniciales el Tribunal pudo separar el
 20 período prescriptivo.

21 Entonces, el hecho de que existe un
 22 vínculo o una conexión entre los acontecimientos,

1 porque tienen que ver con los mismos proyectos o
 2 cuestiones parecidas, no impide que se pueda
 3 demandar en forma individual.

4 Ahora, uno de los dos casos citado por el
 5 demandado esta mañana fue Ansung. Ansung
 6 corrobora la posición de la demandante, ya que en
 7 Ansung no solo sucedieron todos los actos
 8 estatales antes del período descriptivo sino
 9 además fue tan claro que la inversión fue
 10 afectada plenamente y finalmente que el
 11 inversionista había vendido la totalidad de su
 12 inversión antes del período prescriptivo. La
 13 tierra en cuestión se vendió. Ya no estaba. De
 14 manera que no hubo ninguna acción después del
 15 inicio del período prescriptivo que podía agregar
 16 aún más daño al daño cristalizado.

17 Entonces Ansung representa la proposición,
 18 según nosotros, que cuando hay un conjunto
 19 discreto y concreto de acontecimientos o de
 20 hechos que antecede el período prescriptivo y la
 21 inversión ya no está se -- para siempre, entonces
 22 sí está dentro del período prescriptivo pero aquí

1 hay un proyecto continuo que se obstruyó después
 2 de iniciado el período prescriptivo.

3 En Corona, que es el otro caso que
 4 mencionó la demandada esta mañana, la cuestión
 5 era que un recurso de reconsideración de una
 6 decisión judicial anterior se presentó después de
 7 iniciado el período prescriptivo.

8 Ahora, como el Tribunal señaló ahí, el
 9 recurso de reconsideración, su propósito mismo
 10 fue que el ministerio volviera abrir el
 11 procedimiento para presentar otra decisión de
 12 manera que literalmente es parte integral de la
 13 acción que fue fuente del daño inicial. Aquí de
 14 nuevo tenemos dos bloqueos diferentes, dos
 15 conjuntos de hechos distintos, dos daños
 16 distintos.

17 Y finalmente en el caso Nissan contra
 18 India ahí lo que estaba en juego fue una larga
 19 serie de incumplimientos de parte del estado en
 20 cuanto a honrar los incentivos tributarios.
 21 Entonces, la pregunta es si cada una de estas
 22 omisiones o fallas de parte del estado es una

1 acción distinta y el Tribunal decidió que sí.

2 ¿Por qué? Porque cada uno de estos
 3 acontecimientos fue una fuente separada pero
 4 ninguna de ellas se había constituido en un
 5 repudio total de la obligación de pagar esos
 6 incentivos impositivos, y aún Nissan había
 7 reconocido en ese caso que si el gobierno del
 8 estado en la India hubiera dicho "jamás vamos a
 9 volver a pagar estos incentivos impositivos",
 10 entonces esa afirmación en el sentido de que ya
 11 no lo iban a hacer, iba a cristalizar aún más los
 12 daños pero no había sucedido.

13 Y de nuevo, el hecho de que cosas malas
 14 han pasado en el pasado no implica que algo malo
 15 va a suceder a futuro. El pasado no es
 16 necesariamente prólogo en lo que hace al período
 17 prescriptivo. Aquí tenemos el bloque número uno
 18 -dos años de operaciones- y bloqueo número dos. O
 19 sea, hechos distintos y acciones distintas.

20 Entonces para concluir el reclamo de
 21 protección y seguridad plena es oportuno porque
 22 los bloqueos en cuestión en este arbitraje se

1 iniciaron en marzo de 2016 y por eso son
 2 posteriores al inicio al período prescriptivo en
 3 noviembre de 2015, como pueden ver de las fechas
 4 de la notificación de intención y, lo que es aún
 5 más importante, la notificación de arbitraje, y
 6 por lo tanto se ha de desestimar la objeción.
 7 Muchas gracias.

8 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

9 Gracias. Ahora yo voy a hablar de nuestra
 10 reclamación en relación con nación más favorecida
 11 y explicar por qué es admisible. Como la
 12 demandada reconoce, su objeción en este caso o en
 13 este sentido no es de jurisdicción sino de
 14 admisibilidad y es importante porque el
 15 cumplimiento con -- o debo decir la no
 16 notificación de la reclamación de nación más
 17 favorecida en la notificación de intención --
 18 bueno, su consentimiento al arbitraje no dependía
 19 de que cada disposición del Tratado que en última
 20 instancia será la que ha incumplido se indica en
 21 la notificación de intención porque no es una
 22 disposición jurisdiccional y de hecho el Tratado

1 cuando tiene disposiciones jurisdiccionales donde
 2 el consentimiento del estado de arbitrar depende
 3 de cumplimiento de ellos, dice que no se puede --
 4 en otros tratados dice: "No se puede presentar
 5 ninguna reclamación hasta que o a no ser que X, Y
 6 y Z". No se adscribe ninguna consecuencia al no
 7 cumplir con cada condición o al no cumplir con
 8 cada -- su párrafo de la notificación de
 9 intención.

10 En esas circunstancias para poder
 11 determinar si una reclamación no notificada en la
 12 notificación de intención es admisible los
 13 tribunales han analizado varios factores. Uno de
 14 los elementos que han considerado es si el
 15 fundamento de la reclamación se notificó pues el
 16 objeto y fin de esta notificación es darle una
 17 notificación al estado en el sentido de que se le
 18 está demandando y para hacer que exista la
 19 oportunidad de entablar negociaciones con miras a
 20 una solución amigable durante ese período y ese
 21 objetivo se frustraría si uno fuera a agregar una
 22 reclamación nueva sin relación alguna con la

1 reclamación original. No se habría cumplido en
 2 ese caso con ese objetivo, de manera que los
 3 tribunales muchas veces estudian para ver si
 4 existe un vínculo suficientemente cercano entre
 5 la reclamación nuevamente notificada y las
 6 reclamaciones notificadas anteriormente. Esto se
 7 ve en aquellos casos donde en el caso de
 8 supervisión, que no es un caso de CAFTA ni de
 9 TLCAN; tiene que ver con el TBI entre Costa Rica
 10 y España, pero hay otros casos que sí tiene las
 11 mismas disposiciones que Chemtura y, cuando lo
 12 analizaron, analizaron si la base del reclamo o
 13 su fundamento era lo mismo que la nueva, la de la
 14 nueva reclamación que no fue notificada
 15 originalmente.

16 Al hacerlo, los tribunales también toman
 17 en cuenta como siempre de garantizar que la
 18 demandada tenga suficiente tiempo para defenderse
 19 frente a una reclamación y que no se presenta una
 20 nueva reclamación en un momento excesivamente
 21 tarde. Sobre todo en el contexto de una
 22 disposición sobre notificación quieren garantizar

1 que el objetivo de una solución amigable se
 2 satisfaga al asegurar que la demandada tenga su
 3 amplio tiempo para tomarlo en cuenta. Esto se ve
 4 en el caso Chemtura y en el caso EDF. Ahí los
 5 tribunales han analizado este aspecto.

6 Para volver a la base fáctica de la
 7 reclamación de nación más favorecida aquí en azul
 8 ven nuestro caso. En gris claro es el caso Oxec.
 9 En gris oscuro es el caso Escobal. En nuestro
 10 caso las operaciones de Progreso VII se
 11 suspendieron. Luego eso se recurrió. La Corte
 12 Suprema emitió un amparo definitivo en junio de
 13 2016. Eso se recurrió ante la corte de
 14 constitucionalidad a finales de junio de 2016. Es
 15 el caso que sigue pendiente.

16 Ahora, en el caso Oxec ahí inicialmente su
 17 caso, de nuevo, sobre los mismos fundamentos que
 18 el nuestro, o sea, suspensión de su licencia, y
 19 luego en mayo de 2017 la corte constitucional les
 20 permitió continuar las operaciones. Dijeron que
 21 si bien aparentemente su licencia fue afectada
 22 por el mismo presunto defecto que el nuestro en

1 la medida en que el estado no había realizado las
2 consultas sociales en cuestión, está bien; pueden
3 continuar operando. No vamos a suspender las
4 operaciones. Sin embargo, el Ministerio de
5 Energía y Minas que haga las consultas del caso,
6 y dijeron hacia finales de mayo de 2017 y para
7 finales del año -- las consultas se completaron y
8 eso se puede ver en septiembre de 2017. Y nos
9 quejamos de que eso fuera -- o en diciembre de
10 2017 nos quejamos de que fuera un trato distinto.

11 Luego está la inversión en Escobal, que
12 fue sujeta al mismo tipo de pronunciamiento
13 judicial, y se puede ver que en septiembre de
14 2017 la Corte Suprema le permitió a Escobal
15 continuar las operaciones a pesar de que
16 determinaron que el estado no había realizado las
17 consultas. Pero esa victoria fue de corta
18 duración pues apenas un mes después dijeron que,
19 igual que en Exmingua, tienen que parar las
20 operaciones y su licencia queda suspendida hasta
21 que el MEM realice las consultas.

22 Luego hacen lo mismo que nosotros. Ellos

1 recurren a la corte de constitucionalidad. Lo
2 hacen un año después de que nosotros presentamos
3 la nuestra. Sin embargo, en la corte de
4 constitucionalidad en el 2018 dictamina sobre su
5 caso y es el trato distinto del que nos quejamos
6 en la notificación de arbitraje.

7 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
8 inglés): Bueno, para que haya claridad, se
9 quejan de los dos. En el párrafo 63 de la
10 notificación de arbitraje dicen que a diferencia
11 del caso de Exmingua la Corte Suprema reinstaló
12 la licencia de Escobal posteriormente, y luego se
13 quejan de la corte de constitucionalidad. Acá ha
14 actuado con prontitud en el caso de ellos pero no
15 en el caso suyo. Pues hubo una queja en el
16 sentido de que participó la Corte Suprema y que
17 se favorece a los inversores ahí frente a
18 ustedes. Se quejan de los dos.

19 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
20 Sí. Es cierto. Diría que es evidencia de lo
21 arbitrario de la conducta del Tribunal en
22 relación con los daños. Es una situación muy

1 diferente. El hecho de que ellos operaron durante
2 pocas semanas mientras nosotros estamos
3 suspendidos pues no es un fundamento de los daños
4 del proceso diferente que frente al caso Oxec,
5 por ejemplo.

6 Ahora, ¿por qué nos quejamos del trato
7 distinto respecto de la determinación de
8 septiembre de 2018? Pues es porque a pesar de que
9 a la MEM se le ha dicho que tiene que actuar
10 frente a todos estos proyectos la posición de la
11 MEM es que no va a actuar hasta que haya una
12 resolución final. Ahora, Escobal tiene esa
13 resolución. Nosotros no. Y Oxec pues nunca la
14 necesitaron. Simplemente recibieron la consulta.

15 Entonces se alega que -- nosotros alegamos
16 que hemos sufrido un perjuicio por eso y que ese
17 alegato basta a estas alturas para avanzar esa
18 reclamación en relación con una violación de
19 nación más favorecida.

20 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
21 inglés): Yo sé que más o menos se le ha acabado
22 el tiempo. Le hemos formulado muchas preguntas.

1 Entonces, si necesita algún tiempo adicional,
2 bueno, dentro de un margen razonable, pero hay
3 que tomar en cuenta que hay que ir concluyendo.

4 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
5 Muy bien. Solo para indicar: yo sé que han visto
6 estas disposiciones de la notificación de
7 intención y de la notificación de arbitraje. Para
8 que no haya confusión: no es ningún secreto que
9 nosotros no tuvimos una reclamación de nación más
10 favorecida en la notificación de intención.
11 Entonces esos hechos en relación con la
12 (inaudible) no está pero cuando decimos la misma
13 base fáctica quizás es mejor decir simplemente la
14 misma base subyacente, pero espero que entiendan
15 que estamos quejándonos por parte del trato
16 dispar de parte de los tribunales sobre la base
17 de nacionalidad. Esto frente al trato que se nos
18 ha dado a nosotros.

19 Y el fundamento de esa reclamación de
20 (discriminación) sí se incluyó en la notificación
21 de intención y se explaya más sobre ella en la
22 notificación de arbitraje con hechos adicionales.

1 El concepto de que a la demandada se le ha
 2 privado la posibilidad de una resolución amigable
 3 es simplemente absurdo en vista del calendario de
 4 acontecimientos.

5 La demanda ni ha podido expresar cómo
 6 podría haber hecho alguna diferencia frente a
 7 negociaciones de solución amigable si el
 8 pronunciamiento respecto de Escobal se hubiera
 9 indicado en la notificación de intención y si la
 10 reclamación de nación más favorecida se hubiera
 11 agregado a la de trato nacional.

12 Y en el caso B-Mex que ha visto al
 13 Tribunal no hubo ningún indicio de que las
 14 posibilidades de una resolución habría sido
 15 diferente si se hubieran identificado
 16 reclamaciones adicionales. Señalaron que en 5
 17 meses habían transcurrido entre la notificación
 18 de intención y la constitución del Tribunal. Aquí
 19 han sido 8 meses y la demandada va a tener casi
 20 dos años para responder a la reclamación de
 21 nación más favorecida porque han presentado estas
 22 objeciones preliminares. No tiene que responder a

1 la sustancia de las reclamaciones hasta su
 2 contestación a la demanda. Por cierto, tiene
 3 mucho tiempo.

4 Y ahora vamos más allá en el análisis de
 5 los tribunales del objeto y fin de las
 6 notificaciones cuando los tribunales contemplan
 7 la posibilidad de permitir modificaciones o
 8 enmiendas a las reclamaciones. Quieren estar
 9 seguros como cuestión de debido proceso que la
 10 parte (inaudible) han permitido enmiendas en
 11 etapas posteriores de los (procedimientos). Ahora
 12 estamos hablando no de una enmienda, una
 13 reclamación, pues nuestra (inaudible) solo se
 14 pasó al arbitraje nuestra reclamación con la
 15 notificación de arbitraje. No decimos que es una
 16 reclamación subordinada o adicional sino que es
 17 nuestra demanda lo que se ha indicado en la
 18 notificación de arbitraje. Entonces ni estamos en
 19 el contexto de la enmienda de las reclamaciones y
 20 como señaló la presidenta esta mañana el CAFTA
 21 reconoce explícitamente que uno puede presentar
 22 reclamaciones después de presentada la

1 notificación de arbitraje, y eso está muy bien. Y
 2 lo único que dicen es que eso se considera que
 3 sea presentado para el arbitraje para fines del
 4 período prescriptivo en el momento en que uno
 5 presenta esa reclamación modificada o enmendada y
 6 no vuelve a la fecha original de la notificación.

7 Claro que se pueden modificar las
 8 reclamaciones. El TLCAN no incluyó ningún texto
 9 expreso en ese sentido. Entonces, México planteó
 10 si tales enmiendas se podían formular en virtud
 11 del TLCAN a pesar del hecho de que existía esta
 12 notificación de (notificación) y de negociación,
 13 o uno podía presentar modificaciones
 14 (irregulares). Esto fue bajo el mecanismo
 15 complementario y el Tribunal determinó que de
 16 acuerdo con las reglas CIADI podía haber
 17 enmiendas así como reclamaciones subordinadas, y
 18 después de que la Corte Suprema de Columbia
 19 Británica había dejado de lado parcialmente el
 20 Laudo la única base de la responsabilidad fue el
 21 decreto ambiental que México había adoptado y
 22 promulgado meses después de presentada la

1 notificación de arbitraje y no hubo más períodos
 2 de enfriamiento ni se exigía una notificación de
 3 intención.

4 En cuanto al argumento de que hay que
 5 hacer caso omiso de ese caso, así como toda la
 6 jurisprudencia del TLCAN porque el CAFTA ha
 7 mejorado o ha hecho más restringidas estas
 8 decisiones no hay ningún fundamento. Dice en el
 9 CAFTA: tal notificación de intención ha de
 10 identificar cada disposición de este convenio que
 11 se alega incumplido.

12 En el TLCAN dice: "La notificación debe
 13 especificar las disposiciones de este acuerdo que
 14 se alega se han incumplido y cualquiera otra
 15 disposición permanente". O sea, no hay diferencia
 16 ahí entre los dos tratados, y la jurisprudencia
 17 muestra que nuestra reclamación de nación más
 18 favorecida es admisible.

19 Si uno analiza ADF, un caso TLCAN, la
 20 reclamación de nación más favorecida se presentó
 21 por primera vez en la réplica. O sea, mucho
 22 después de la notificación de arbitraje y la

1 fecha fue posterior a la fecha de la notificación
2 de intención.

3 En Aven contra Costa Rica, a manera de
4 contraste, fue un caso de DR-CAFTA y se determinó
5 que era inadmisibile solamente porque la
6 reclamación se presentó al pasar en el memorial y
7 se hizo realmente por primera vez a la conclusión
8 del tratado sobre el fondo. Dijeron que era muy
9 tarde. La otra parte no podía responder y está
10 claro que es diferente aquí donde hacemos la
11 reclamación o la formulamos en la notificación de
12 arbitraje.

13 En B-Mex se agregaron demandantes en la
14 notificación de arbitraje. Chemtura también, muy
15 bien, donde los mismos hechos subyacentes para la
16 nueva reclamación de nación más favorecida fueron
17 los incluidos en la notificación de intención.

18 En Ethyl la medida cuestionada no fue
19 promulgada hasta varios días después de
20 presentado el arbitraje y se consideró que estaba
21 bien. Se admitió esa reclamación.

22 Pope & Talbot: la única base o fundamento

1 de la responsabilidad fue una revisión de
2 verificación que se inició 3 meses después de
3 presentada la notificación de intención.

4 Las explicaciones de lo que alega el
5 demandado es que cualquier medida de represalia
6 adoptada por un Estado no podía formar parte del
7 caso. No se podría agregar. Normalmente sería por
8 supuesto después de la notificación de intención
9 o arbitraje. Tendrían que presentar otro caso.
10 Dejar pasar el período de enfriamiento, parar 6
11 meses.

12 En Merrill & Ring se puede distinguir la
13 reclamación. Es un año después de presentada la
14 notificación. No tuvo la misma base. No impugnó
15 la misma medida.

16 Entonces, para mostrarles lo absurdo de lo
17 que pide la demandada aquí, si uno fuera a
18 determinar hipotéticamente que hay que cumplir
19 con todas estas condiciones en relación con los
20 tiempos podríamos presentar una reclamación o una
21 demanda nueva para nuestra reclamación de nación
22 más favorecida. Podríamos esperar 3 meses,

1 presentar la notificación de arbitraje y luego
2 presentar o pedir la consolidación. Luego se
3 establecería un Tribunal para determinarla la
4 consolidación en virtud del DR-CAFTA. Sin duda
5 alguna decidirían que sí porque comparten los
6 mismos fundamentos fácticos y jurídicos. No hay
7 motivo para no consolidar. Ordenan la
8 consolidación y luego el Tribunal de
9 consolidación asume cargo de toda la demanda, o
10 sea, las dos, o volvería este Tribunal para esta
11 reclamación y la reclamación de nación más
12 favorecida, pero habríamos dedicado varios meses
13 sino un año pasando por toda esa ineficiencia
14 procesal, lo cual no se debe hacer de acuerdo con
15 el tratado. Muchas gracias.

16 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
17 inglés): Esto concluye los alegatos de la
18 mañana. Ahora vamos a tomar el receso para el
19 almuerzo. Entonces vamos a volver a la una y
20 media.

21 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
22 Señora presidenta: quería pedir que nos dejaran

1 algún tiempo para imprimir algunos documentos.
2 ¿Podríamos ampliar la hora de almuerzo hasta la 1
3 y 45?

4 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
5 inglés): Sí, está muy bien. No se hace ningún
6 daño y todos tendrán un poco de más tiempo para
7 almorzar.

8 Gracias. Nos vemos a la 1 y 45.

9 (Pausa para el almuerzo.)
10

VERSIÓN CORREGIDA
SESIÓN DE LA TARDE

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): ¿Estamos listos para reanudar?

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés): Sí, pero todavía estamos imprimiendo los documentos. Esa es nuestra advertencia. Podemos seguir adelante y brindarles a ustedes la presentación dentro de un momento.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Está bien, salvo que quieran hacer otra cosa.

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés): Lo que prefiera el Tribunal.

PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del inglés): Bueno, si es solamente una cuestión de minutos, a nosotros nos parece valioso poder anotar nuestros comentarios en la presentación.

Bien. Vamos a seguir adelante con los argumentos de refutación de la demandada. Tiene usted una hora.

ALEGATO DE REFUTACIÓN DE LA DEMANDADA

SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA

Gracias, señora presidente. Si me lo permite, quería pedir disculpas por la demora breve y también quería indicar que hemos elaborado esto con un tanto -- bueno, nivel de apuro, así que quizá haya algunos errores dactilográficos pero debe ser esto bastante completo. El Tribunal le preguntó a los demandados si se podían -- si podían tratar el tema de los accionistas minoritarios. Creo que había un error allí en la diapositiva 2. Hay una referencia a los accionistas minoritarios en la presentación realizada por Estados Unidos en el caso Clayton y dice allí que los accionistas minoritarios que no sean propietarios o controlen la empresa no pueden establecer reclamaciones por pérdidas o daños según el 1117, produciendo el riesgo de acciones múltiples respecto de las mismas medidas objeto de la disputa. En la misma presentación realizada por Estados Unidos, indica que un accionista minoritario o no controlante en dicha situación, sin embargo, puede presentar solamente una reclamación por daños directos, pérdida de

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA

dividendos, según el 1116.

También indica en la contestación al memorial sobre daños y perjuicios de Canadá en el caso Clayton, se indica allí que las tres partes del TLCAN interpretan el 1116 y el 1117 como dos disposiciones separadas según las cuales las pérdidas indirectas solamente pueden reclamarse a través del 1117. Las partes del TLCAN acuerdan que los inversores deben alegar daños directos y no pérdidas reflejas para recibir indemnización según el 1116. En su documento de contestación, México en el caso GAMI dice: "Un accionista no puede incoar una reclamación según el 1116 por daños o pérdidas que sufre directamente una empresa". Así que había referencias de los Estados en materia del 1116 y del 1117 del TLCAN. Queríamos señalar a la atención del Tribunal estas cuestiones.

Le voy a dar la palabra ahora a mi colega, Katharine Menéndez, quien va a responder a los argumentos de apertura efectuados por las demandantes. Es un placer para mí hacerlo.

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA

SEÑORA MENÉNDEZ DE LA CUESTA (Interpretado del inglés): Muchas gracias. Incluimos en las diapositivas algunas de las manifestaciones de la demandante. Esperemos que este formato le ayude al Tribunal. Ven ustedes los argumentos de la demandante en un lado y la respuesta de la demandada en el otro. Uno de los argumentos de la demandante es que si incluyeron referencias a cómo los inversores han sido lesionados o privados del uso de sus inversiones. Incluyeron allí, en su diapositiva 5, algunos ejemplos de esto. Nuestra respuesta a esto es que las demandantes quizá pueden haber incluido referencias de carácter muy general. Creo que se trataba de tres o cuatro referencias generales en su notificación de arbitraje. En cuanto a su condición como inversoras y también un comentario respecto de las inversiones en cuanto a los elementos de *ratione materiae* y *ratione personae* y también plantearon que esas reclamaciones eran directas y tenían que ver con las pérdidas. Ellos no reclamaron que están presentando estas

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

1 reclamaciones para recuperar costos directos e
2 indirectos.

3 En las diapositivas 24 y 25 de esta
4 mañana, brevemente tenemos las referencias en su
5 petitorio. En la 24 vemos, por ejemplo, que en
6 referencia al envío (deconcentrados), las
7 demandantes dicen que había tres envíos
8 deconcentrados con un valor de 500.000 dólares
9 que se incautaron en forma abrupta, privando a
10 los inversores de esos ingresos. Esos ingresos no
11 eran de los inversores, eran ingresos de
12 Exmingua. Entonces, aquí las demandantes fusionan
13 los activos de Exmingua y los proyectos de
14 Exmingua con los proyectos de las demandantes. Y
15 también fusionan las inversiones o, mejor dicho,
16 los ingresos. Y como ha indicado la demandante,
17 las inversiones aquí son las acciones en Exmingua
18 y no los envíos deconcentrados o las licencias
19 específicas. Entonces, las referencias generales
20 de cómo los inversores pueden haber quedado
21 afectados por la lesión directa a Exmingua no es
22 suficiente para alegar una pérdida refleja.

1 La demandante también habla de TECO contra
2 Guatemala. Hay diferencias importantes entre este
3 caso y el caso de TECO contra Guatemala. Aquí
4 tenemos un resumen de ellas. TECO no controlaba
5 la empresa en ese caso porque era un accionista
6 minoritario. Aquí, como saben, Kappes tiene pleno
7 control y propiedad a través de diferentes
8 empresas de Exmingua. En segundo lugar, las
9 demandantes alegaron en otro caso, en el caso de
10 Renco contra Perú, que TECO era un accionista
11 minoritario y como tal no podría haber incoado
12 una demanda según el 10.16.1 del DR-CAFTA. Aquí
13 las demandantes como accionistas mayoritarios
14 podrían y deberían haber incoado una demanda
15 según el 10.16.1(b) del CAFTA-DR.

16 Otra alegación de las demandantes en Renco
17 contra Perú era que el Tribunal de TECO no abordó
18 los daños y perjuicios en circunstancias en donde
19 la demandante tiene por intención procurar
20 compensación de sus supuestas lesiones
21 resultantes por medidas tomadas por el Estado
22 frente a una inversión que la demandante es -- de

1 la que la demandante es propietaria o que
2 controla. Nosotros decimos que este Tribunal está
3 abordando el tema de los daños y perjuicios en
4 circunstancias en donde la demandante procura
5 compensación de sus lesiones. Y en el caso de la
6 venta de los -- de las participaciones en la
7 empresa, las cosas son distintas. No hay ningún
8 tipo de paralelo aquí y, después de que se incoó
9 el arbitraje, la venta de la empresa se cerró. No
10 solamente las demandantes tienen participantes de
11 Exmingua, decimos nosotros, sino que Exmingua
12 está buscando litigios locales y el
13 restablecimiento de la licencia.

14 Y tenemos dos elementos más. En TECO, las
15 demandantes presentaron dos reclamaciones
16 diferentes, una por su participación del flujo de
17 caja perdido en esta inversión que hubiese
18 obtenido y que hubiese sido distribuida a TECO,
19 eso fue otorgado. Y también la diferencia en el
20 precio en el que TECO vendió sus acciones y las
21 sumas de las acciones que hubiesen tenido el
22 valor si Guatemala no hubiese incumplido sus

1 obligaciones del Tratado. Eso fue rechazado.
2 Entonces, lo que queda es una reclamación por
3 flujo de caja y un elemento importante es que
4 Guatemala no tomó la postura en ese momento de si
5 los minoritarios podían o no podían presentar
6 reclamaciones por pérdidas reflejas y -- según el
7 (a) y lo que nosotros decimos es que este no es
8 un tema que el Tribunal deba decidir
9 estrictamente en este caso.

10 No queremos especular, como sugieren las
11 demandadas -- demandantes, perdón, de cuál es la
12 objeción. Creemos que el hecho de que Guatemala
13 no haya presentado una objeción no significa que
14 no tiene derecho después a hacerlo, pero para que
15 quede claro, Guatemala no podría haber presentado
16 el argumento que está presentando ahora porque en
17 TECO, TECO no hubiese estado disponible y,
18 entonces, Guatemala no podría haber solicitado a
19 TECO que presentase una reclamación según (b).
20 Aquí las demandantes deberían haber presentado
21 según (b) porque (b) la tenían a su disposición.

22 Las demandantes también han alegado esta

1 mañana que los autores del CAFTA podrían haber
2 agregado un lenguaje al Tratado y que las
3 inquietudes sobre políticas planteadas por la
4 demanda pueden ser abordadas por los Estados y
5 por los tribunales y que los tribunales podrían
6 haber establecido una solución para abordar esta
7 inquietud. La respuesta a esto es que CAFTA
8 incluye este mecanismo precisamente para abordar
9 estas inquietudes. Como hemos visto, Estados
10 Unidos ha dado opiniones respecto de este tema en
11 los casos del TLCAN y no hay lesión indirecta
12 según el 1116.

13 Los Estados Unidos incluyeron este
14 mecanismo, mecanismo del CAFTA, en su TBI modelo
15 y más adelante también en 2012. Primero en 2004,
16 luego en 2012. Y este Tribunal, por este motivo,
17 no tiene que sugerir una solución a este
18 problema. No necesita contemplar un Laudo que
19 tenga en cuenta la doble indemnización porque el
20 CAFTA ya lo hizo, ya diseñó un mecanismo o
21 implantó un mecanismo diseñado para evitar esta
22 situación que tenemos y no solo en 10.16.1. Pero

1 como ya lo vimos esta mañana, si repasamos el
2 Tratado, hay múltiples disposiciones con esta
3 inquietud que abordan este tema.

4 Hay una diferencia entre un daño sufrido
5 por la empresa y por la demandante. Y el Tratado
6 está diseñado, no en un artículo sino en varios,
7 para establecer de forma clara esta diferencia.
8 El Tribunal entonces no necesita agregar texto al
9 Tratado. Esta mañana se nos acusó de no conocer
10 el texto del Tratado, incluimos varias
11 diapositivas con el texto del Tratado y cuando se
12 interpreta en contexto, la conclusión es clara.
13 La demandante debiera haber presentado los
14 reclamos según (b) y este Tribunal no necesita
15 agregar texto al Tratado sino, con respeto,
16 sugerimos hacer cumplir el CAFTA-República
17 Dominicana.

18 En la diapositiva 19, las demandantes
19 mencionan Commerce como un caso en el cual se --
20 el Tribunal determinó que el Tratado permite a
21 los inversionistas reclamar una pérdida
22 reflexiva. En Commerce esto es importante, las

1 demandantes presentaron al arbitraje según los
2 artículos 10.12.1 -- 10.16.1(a) y (b) y El
3 Salvador sostuvo que las demandantes no cumplían
4 el requisito de renuncia del CAFTA porque no se
5 retiraron de un litigio local en El Salvador. El
6 Tribunal desestimó todos los reclamos porque las
7 demandantes no cumplieron los requisitos de la
8 disposición de renuncia con respecto a todos los
9 reclamos. Un Tribunal diferente y no este, y les
10 pido disculpas por este error, sostuvo que el
11 Tribunal carecía de jurisdicción para permitir a
12 las demandantes que enmendaran o modificasen la
13 renuncia, y la referencia es Railroad, en las
14 decisiones sobre objeciones a la jurisdicción que
15 -- párrafo 61, anexo RL-020, 0020. Entonces, hay
16 dos partes separadas o dos requisitos en una
17 renuncia: uno formal y otro que se debe presentar
18 la renuncia en el arbitraje y el requisito
19 material es que las demandantes necesitan
20 retirarse del litigio local y en Railroad también
21 se dice que no hay jurisdicción en un Tribunal
22 según el CAFTA para permitir que las demandantes

1 enmienden o reformen una renuncia más adelante.

2 La renuncia se enumera como una limitación
3 o una condición para los Estados, entonces
4 Guatemala no aceptó un arbitraje por los reclamos
5 en Exmingua que debieran haberse presentado en
6 (b). Las demandantes también analizaron Clayton y
7 es importante recordar que Clayton primero --
8 Clayton se sostuvo que no se -- que en 1116 no se
9 permite el significado llano y los daños
10 concedidos en tal caso. El Tribunal concedió ello
11 después de concluir que no tenían -- que no eran
12 pérdida reflexiva. El Tribunal analizó
13 específicamente la naturaleza de los daños que
14 fueron concedidos y concluyó que no eran pérdidas
15 reflexivas. Entonces, este caso no ayuda a la
16 postura de la demandante. Lo que es importante,
17 el Tribunal analizó el mecanismo del TLCAN en
18 contexto y concluyó que los artículos 1116 y 1117
19 se deben interpretar para evitar reclamos por
20 pérdidas reflexivas para que no sean presentados
21 según el artículo 1116. La lectura del artículo
22 1116 en su contexto, que incluye 1121 y 1135, es

1 decir, las disposiciones de renuncia y otras, que
 2 el Tribunal analizó en contexto para llegar a esa
 3 conclusión, que es lo que le estamos pidiendo a
 4 este Tribunal que haga.

5 Y otro caso que analizamos esta mañana es
 6 Railroad contra Guatemala. Este es un caso del
 7 CAFTA del cual fue parte Guatemala y hay aquí
 8 algunas diferencias. Railroad presentó reclamos
 9 en su propio nombre y en nombre de la empresa
 10 local. FVG en ese caso aquí, como ya lo sabemos,
 11 las demandantes solamente presentaron reclamos en
 12 su propio nombre. Railroad presentó renunciaciones por
 13 el inversionista y por la empresa, pero nosotros
 14 sabemos qué es lo ocurrió aquí, no tenemos un
 15 derecho de renuncia y tenemos un litigio que está
 16 en curso en Guatemala. A pesar de presentar
 17 reclamos en nombre de FVG, Railroad solicitó que
 18 el Laudo fuese pagadero de manera directa a
 19 Railroad por los daños que sufrió Railroad, así
 20 como los accionistas minoritarios. Obviamente
 21 Guatemala alega que ustedes presentaron según (b)
 22 y el artículo 10.26 del CAFTA establece que el

1 Tribunal puede extender el Laudo a la empresa.
 2 Railroad como inversionista no puede esperar
 3 recuperar los daños que sufrieron los accionistas
 4 minoritarios.

5 Y en Railroad -- el Tribunal solicitó la
 6 transferencia de Railroad -- a Guatemala de todas
 7 sus acciones en FVG. Entonces, esta diapositiva
 8 incluye los dos párrafos del Laudo que mencioné,
 9 así como un resumen de los puntos que traté de
 10 explicar.

11 Guatemala objetó directamente la
 12 compensación a Railroad por los daños sufridos
 13 por Railroad y los accionistas minoritarios por
 14 dos motivos. 1016.2 exige que se lo pague a la
 15 empresa y tampoco los accionistas minoritarios de
 16 FVG pueden recibir compensación directa de
 17 arbitraje dado que no estaban cubiertos. Esto es
 18 diferente. La empresa de la que estamos hablando
 19 vemos que tiene daños, pero pidió Railroad
 20 recibir directamente el monto para los daños, no
 21 la empresa, para no recibirlos así los
 22 accionistas minoritarios y este fue el problema.

1 Ya abordamos este punto, la interpretación
 2 del argumento de la demandante, la interpretación
 3 del artículo sobre mecanismo lleva al Tribunal a
 4 insertar texto adicional. Y nosotros sostenemos
 5 que el sentido corriente respalda la postura la
 6 demandada.

7 También se habló esta mañana de si la
 8 palabra directo o indirecto consta en la sección
 9 donde aborda quién sufrió el daño: la empresa o
 10 la demandante. Y aquí tenemos a Barcelona
 11 Traction que nos explica la diferencia entre
 12 lesión o daño directo o indirecto, que es no es
 13 quien lo sufrió, sino los derechos de quién
 14 fueron quebrantados. Entonces, si el Tribunal
 15 necesita información adicional o doctrina para
 16 explicar qué se entiende por pérdida de daño,
 17 Barcelona Traction puede ser útil y está incluido
 18 también en nuestro memorial con las referencias.

19 Hemos mencionado y preguntado en nuestros
 20 memoriales por qué un accionista presentaría un
 21 caso en (a) si puede evitar los requisitos si
 22 presenta según (b) y, bueno, se dijo que a lo

1 mejor la tasa -- la alícuota fiscal es más baja
 2 en un estado que en otro presuntamente para
 3 evitar los impuestos que se deberían
 4 presuntamente a un Estado contratante -lo que
 5 está entre paréntesis es texto propio-, una carga
 6 de prueba diferente. Pero esto sería una ganancia
 7 imprevista para las demandantes. Esto quiere
 8 decir que se privaría a Guatemala de percibir
 9 impuestos, se ignoraría a los acreedores de
 10 Guatemala que serían pagados y, además, no sé --
 11 esto impactaría negativamente a los accionistas
 12 minoritarios.

13 Nuestra postura es que los requisitos son
 14 claros. Estas son las inquietudes de política que
 15 los Estados trataron de abordar en la formulación
 16 de CAFTA y no puede ser el motivo por el cual
 17 incluyeron un mecanismo, permitir a los
 18 inversionistas que decidan qué opción es más
 19 eficiente desde el punto de vista fiscal.

20 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
 21 inglés): Señora Menéndez, su equipo ha hecho
 22 mucho hincapié en el uso de "shall" en inglés que

1 determina obligación. Pero, ¿qué es lo ocurre con
2 el uso de la palabra "pueden", "may" en inglés?

3 SEÑORA MENÉNDEZ DE LA CUESTA (Interpretado
4 del inglés): Bueno, nosotros creemos que cuando
5 dice "puede presentar" en lugar de "presentará",
6 estamos imponiendo una obligación a toda parte
7 lesionada. Entonces, esto no puede ser una
8 obligación; es nuestro derecho. Entonces, no
9 pensamos que la palabra "may" en inglés pueda,
10 quiera decir que tiene dos opciones. Simplemente
11 tiene una opción. Si el daño ha sido ya sufrido
12 por la empresa, pueden presentar un reclamo
13 arbitral según (b). Ahora bien, si es la
14 demandante, según (a) que es el derecho, pero el
15 Tratado y el texto mismo establecen cuándo según
16 el tipo de daño que el inversionista ha sufrido,
17 es allí donde se determina si es (a) o (b), según
18 se habla de la empresa o el inversionista.

19 Las demandantes también hablaron del
20 artículo 25(2) (b) del Convenio CIADI. Las
21 demandantes sostienen que este artículo llega al
22 mismo resultado que el mecanismo de reclamos de

1 acciones derivadas de CAFTA República Dominicana.
2 La demandada no está de acuerdo porque este
3 artículo 25 extiende la jurisdicción del Centro a
4 una empresa, una sociedad adicional, necesita un
5 consentimiento adicional por parte del Estado y
6 es verdad que algunos tratados, incluyendo el
7 Tratado entre Argentina y Estados Unidos, al -- a
8 los cuales -- al cual se ha remitido básicamente
9 toda la presentación de la demandante, también
10 indica esto. Pero el artículo 25 establece
11 jurisdicción al Centro, mientras que el artículo
12 25 no aborda necesariamente los temas que tienen
13 que ver con la pérdida reflexiva. CAFTA República
14 Dominicana sí lo aborda porque exige la
15 presentación de una renuncia y el artículo 25 no
16 tiene un requisito de este tipo y tampoco el TBI
17 entre Estados Unidos y Argentina o el Tratado de
18 la Carta de Energía.

19 Lo que es más importante aún, cabe
20 destacar que el artículo 25 es una alternativa a
21 la empresa donde -- y CAFTA da un paso más allá.
22 Es una alternativa que se le da a la demandante

1 al accionista. El accionista no necesita hacer
2 que una empresa presente un caso para arbitraje,
3 pero el recurso está en manos del accionista. Es
4 el accionista el que puede presentar directamente
5 al reclamo en nombre de la empresa para recuperar
6 las pérdidas de la empresa. Y nosotros creemos
7 que esta diferencia es esencial y respalda además
8 la postura de la demandada que las demandantes
9 tenían en sus manos la solución que diseñaron los
10 Estados partes del TLCAN y que ignoró la
11 demandante en este caso.

12 Ahora mi colega el señor Jiménez abordará
13 otros argumentos.

14 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
15 inglés): Antes de ceder la palabra, esta mañana
16 escuchamos un comentario en el sentido de que, si
17 hubiese una nueva presentación, usted entiende
18 que estos reclamos estarían fuera del límite
19 temporal. ¿Es esta su postura o la considera
20 ahora así?

21 SEÑORA MENÉNDEZ DE LA CUESTA (Interpretado
22 del inglés): No estamos listos para tomar una

1 postura al respecto. Es una cuestión que, como
2 usted imaginará, debemos abordar, analizar. Y en
3 lo que hace a la renuncia, yo sé que son dos
4 temas separados. Pero en lo que hace a la
5 renuncia, esta mañana también se habló el tema de
6 si las demandantes estarían listas para retirar
7 esto en Guatemala. Nosotros queremos decir que ya
8 lo hicimos, pero es un tema que tiene que ver con
9 la jurisdicción. Entonces, el Tribunal no puede
10 tal vez permitir a la demandante retirar o
11 presentar una renuncia. Es algo que la demandada
12 debería aceptar.

13 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
14 inglés): Gracias.

15 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
16 Muchas gracias. Ahora vamos a pasar a la
17 protección -- al reclamo por protección y
18 seguridad plenas. Y simplemente queríamos indicar
19 que estos reclamos que fueron indicados en la
20 notificación de intención de arbitraje indican
21 ambos las necesidades en torno a Progreso VII y
22 Santa Margarita.

1 En La notificación de intención se dijo
2 que Guatemala no ofreció plena protección ni
3 seguridad a Exmingua. Hace referencia a que los
4 manifestantes han bloqueado ilegalmente el
5 ingreso a los proyectos Progreso VII y Santa
6 Margarita. (En) el artículo 74 o el párrafo 74 de
7 la notificación de arbitraje hubo un reclamo en
8 lo que hace al acceso a los sitios de obra de
9 Proyecto VII y Santa Margarita. En 48, que leí
10 esta mañana y creo que es importante indicar que
11 acá dice como parte del proceso para obtener las
12 licencias de explotación para el proyecto de
13 Santa Margarita. Él mismo realizó todos los
14 esfuerzos necesarios para preparar su EIA.

15 Exmingua y sus consultores no lograron
16 finalizar las consultas públicas necesarias para
17 la EIA debido a las manifestaciones continuas y
18 sistemáticas y los bloqueos en el sitio desde
19 2012.

20 Una vez más, se remonta a 2012. En el
21 párrafo 50 de la notificación de arbitraje, las
22 demandantes escribieron: "En lo que hace al

1 proyecto Progreso VII, Exmingua evitó que se
2 explotase la mina y que se procesaran y
3 extrajesen productos para exportación."

4 "En lo que hace al proyecto Santa
5 Margarita, los bloqueos en el sitio de minería
6 evitaron que Exmingua finalizara la EIA, que es
7 una condición para obtener una licencia de
8 exportación".

9 En el memorial de contestación, las
10 demandantes alegan por primera vez que la -- los
11 reclamos de protección y seguridad plena se basan
12 en las manifestaciones y bloqueos que afectaron a
13 Santa Margarita. Pero en el memorial de
14 contestación en el párrafo 126 indican que el
15 reclamo de las demandantes según el artículo 10.5
16 CAFTA República Dominicana en lo que hace a falta
17 de protección y seguridad plenas, surge del
18 incumplimiento de la demandada en tomar medidas
19 razonables para garantizar que las demandantes y
20 Exmingua tuviesen acceso a las obras de Progreso
21 VII y Santa Margarita.

22 Se torna muy difícil abordar impugnaciones

1 si estos reclamos cambian de manera
2 ininterrumpida. Parecería que la demandante
3 debiera seguir lo que dijo en su propia
4 notificación de arbitraje y que estos actos se
5 deben considerar correctos y verdaderos y no
6 totalmente en evolución.

7 Ahora se está diciendo que solamente el
8 proyecto de Santa Margarita; esto es un problema.
9 Sin embargo, las mismas condiciones persistieron
10 desde 2012. Como ellos mismos lo dicen: "No somos
11 solamente nosotros los que decimos esto", sino
12 que estamos remitiéndonos a lo que ellos dijeron
13 y hay pruebas de que se presentaron.

14 En tanto, creo que el señor Llano esta
15 mañana cometió un error cuando atribuyó una
16 referencia en un artículo periodístico a un error
17 tipográfico. Si nosotros pasamos a su prueba C-
18 0010-SP, que fue presentado también el texto en
19 español es -- entonces no fue un tema de
20 traducción porque se dice desde el 2 de marzo de
21 2012.

22 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del

1 inglés): No sé si usted lo tiene allí, ¿pero me
2 puede recordar en qué diapositivas se habló de
3 ello? Yo había marcado el tema del error
4 tipográfico.

5 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
6 Es la lámina 48. En las presentaciones de esta
7 mañana de la demandante, los argumentos de
8 apertura.

9 Entonces, los datos que ellos mismos
10 presentaron indican que se trata de una situación
11 continua. Una lámina muy resumida se presentó
12 también esta mañana en la cual se muestra una
13 gran brecha de color verde. Tal vez debiera hacer
14 referencia a la cronología para ayudar al
15 Tribunal, que es la diapositiva 43, donde
16 parecería indicar que todo se interrumpió en mayo
17 de 2014 y la idea es que en realidad se dice
18 "acceso a los sitios mineros", siguió entre 2014
19 y 2016. Pero todas las referencias y afirmaciones
20 en la notificación de arbitraje y también en la
21 notificación de intención, no muestran
22 interrupción alguna en los bloqueos y las que

1 manifestaciones que estaban sufriendo.

2 Y si pasamos ahora al párrafo 45 de la
3 notificación de arbitraje, es importante destacar
4 que, en la presentación de esta mañana, en la
5 diapositiva 44, las demandantes citaron de manera
6 selectiva del párrafo 45. Pero el párrafo 45
7 completo que leí esta mañana termina diciendo que
8 los bloqueos irregulares continuaron, sin
9 embargo, sin respuestas eficaces del Estado.

10 En pocas palabras, cada uno de los
11 argumentos contenidos, los argumentos que tiene
12 para considerar el Tribunal, indican que las
13 demandantes apuntaban a una situación sistemática
14 que se remonta a 2012 sin interrupción. Pero este
15 es un comentario muy interesante.

16 Esta mañana también se hizo referencia al
17 caso Grand River, como ejemplo indicativo de
18 eventos distintos, acontecimientos distintos o
19 que diferentes manifestaciones pueden llevar a --
20 son accionables. Pero allí también en el caso de
21 Grand River se habló de una falta de legislación.
22 Pero el Tribunal de Grand River decidió que sí,

1 la legislación estaba relacionada pero no era
2 similar y dado que no era similar, porque aquí
3 ustedes tienen una situación totalmente diferente
4 donde se estaba sancionando legislación nueva,
5 dado que no se cumplió con ese elemento, no era
6 algo accionable. Entonces, necesitan estos dos
7 elementos relacionados y similares. En este caso,
8 tenemos manifestaciones, bloqueos, que las
9 demandantes mismas alegaron que llevaron a su
10 imposibilidad de obtener las licencias necesarias
11 para explotar sus propiedades.

12 También se mencionó que en Ansung es
13 diferente porque allí hubo una venta de acciones
14 en 2011. Esto no tiene consecuencia alguna para
15 los comentarios que nosotros mencionamos y a los
16 cuales nos remitimos en relación con la situación
17 ininterrumpida a la cual se enfrentó la
18 demandante en esa propiedad. El hecho que la
19 demandante no actuase dentro del marco temporal
20 específico, significó que no podía hacerlo y la
21 demandante no se puede sentar a que esto se
22 repita para así iniciar una demanda y olvidar el

1 pasado. Por eso es que el término "primero" es
2 tan importante en el Tratado.

3 Ahora le voy a pedir a mi colega Brian
4 Briz que aborde el argumento de Nación más
5 favorecida.

6 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés):
7 Gracias. Buenas tardes. Mi participación será
8 breve pero las partes acuerdan con que la
9 objeción de nación más favorecida por falta de
10 notificación de la demandada según 10.16.2 es una
11 objeción de la admisibilidad del caso. La
12 notificación de intención sin embargo no hace
13 referencia al artículo 10.4 del TLCAN que es la
14 disposición sobre nación más favorecida del
15 tratado y tampoco hace referencia al reclamo de
16 nación más favorecida, y tampoco hace referencia
17 al artículo 10.4 del TLCAN. Y tampoco hace
18 referencia al trato favorable recibido por
19 personas que no son nacionales de Guatemala.

20 La demandante sostiene que el reclamo por
21 nación más favorecida no podría haber sido
22 incluido en la notificación de intención porque

1 el reclamo no llegó hasta la segunda decisión que
2 fue expedida en septiembre de 2018, y creo que
3 este argumento se encuentra en la diapositiva 60
4 de la presentación de esta mañana de la
5 demandante. De ser así, el reclamo por nación más
6 favorecida aun sería desestimado según 10.16.3
7 porque no se cumplió con el período de
8 enfriamiento de 3 meses.

9 El Tribunal solamente necesita analizar la
10 presentación de esta mañana de la demandante, en
11 especial la diapositiva 57, donde (deviene) que
12 el incumplimiento de este período de espera lleva
13 a la desestimación porque las demandantes
14 sostuvieron que no hay consecuencias según
15 10.16.2. No dispone, en otras palabras, una
16 consecuencia para el incumplimiento pero dicen
17 que sí se dispone en 10.16.3.

18 Bueno, la demandante claramente no cumplió
19 el artículo 10.16.2 y su reclamo se basa en la
20 segunda decisión de 2018 porque, como todos
21 saben, la notificación de arbitraje no se
22 presentó inmediatamente. En lugar de esperar 6

1 meses, la demandante esperó 2 meses.

2 También escuchamos un intercambio esta
3 mañana sobre los tribunales arbitrales que tienen
4 uno estándar flexible para determinar la
5 (adecuación) o no de una demanda y vamos a
6 abordar esto en unos momentos, pero creo que es
7 importante destacar que ninguno de los casos a
8 los que se remitió la demandante surgió en el
9 marco del TLCAN. El TLCAN incluye requisitos y
10 las partes incluyeron estos requisitos por un
11 motivo y ya escuchamos un intercambio sobre
12 cuáles podrían haber sido esos motivos. Tal vez
13 haya un desacuerdo en torno a estas diferencias,
14 10.16.2. No importa; hubo un motivo y se debe
15 respetar el artículo.

16 Entonces, volvemos ahora al CAFTA-
17 República Dominicana. Se incorporan, sí,
18 enmiendas. Creo que esta mañana se habló de que
19 el Tratado permite las enmiendas pero en 10.16.4
20 que la demandante cita en la diapositiva 65
21 indica que "un reclamo presentado por primera vez
22 después de una notificación de arbitraje se debe

1 considerar presentado el arbitraje según esta
2 sección al día de su recepción según las Reglas
3 de Arbitraje correspondientes", y no podemos
4 evitar la última parte, "según las reglas de
5 arbitraje correspondiente".

6 Este texto se establece que la demandante
7 debe cumplir el texto de CAFTA-República
8 Dominicana para presentar un nuevo reclamo o
9 enmendar un reclamo, y esto también se ve en
10 1016.2 y 1016.3 del CAFTA-República Dominicana.
11 Entiendo sí que la observancia que estos
12 requisitos de CAFTA-República Dominicana y
13 también esta disposición específica y este
14 procedimiento en la etapa en la cual nos
15 encontramos llevarían a un resultado que no hace
16 feliz a la demandante, y si no le gusta a la
17 demandante esto llevaría a una demora o a un
18 segundo arbitraje, pero la demandante claramente
19 no prefiere este resultado, este desenlace, pero
20 no motivo para ignorar el texto del tratado, que
21 es decir que las demandantes no van a estar
22 contentas con el resultado o con la cláusula del

1 tratado. No es un motivo.

2 Ahora bien, si nos remitimos a los casos,
3 claramente los tribunales de inversión han
4 llegado a diferentes resultados y esto ha quedado
5 en claro en lo que hace a las consecuencias de la
6 falta de cumplimiento al amparo de un tratado.
7 Esto quedó en claro a partir de esta mañana y hay
8 decenas de casos que han mostrado una solución
9 diferente. No voy a abordar todos los casos. Ya
10 han sido abordados hasta el cansancio por el
11 memorial de las partes y también han sido
12 resumidos en las presentaciones de esta mañana.

13 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
14 inglés): Antes de que pase a los casos: díganos
15 por favor cómo entiende la última oración del
16 párrafo 4 del 10.16.4.

17 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés): Sí.
18 Yo creo que sí plantea que puede haber una nueva
19 reclamación o una modificación pero yo creo que
20 también tenemos que leer toda la oración. Dice:
21 "Una reclamación planteada por primera vez
22 después de que esta notificación de arbitraje ha

1 sido sometida y considerada -- sometida a
2 arbitraje bajo esta secuencia en la fecha de su
3 recepción bajo las reglas arbitrales aplicables".
4 O sea, aquí se informa a las partes si pueden
5 presentar una reclamación después de la
6 notificación original del arbitraje y eso se
7 determinará cuando sea presentado pero ha de
8 presentarse bajo las reglas aplicables y eso
9 incluye el período de la disposición sobre
10 notificación y el período de enfriamiento, pero
11 si se aplica a las reglas aplicables al mecanismo
12 complementario, por ejemplo, no lleva a las
13 disposiciones sobre modificación de esas reglas
14 respectivamente dependiendo de cuáles son las
15 reglas que se han seleccionado.

16 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
17 inglés): O sea, dice justo después: "Uno puede
18 acudir a las reglas CIADI o del mecanismo
19 complementario o de las CNUDMI.

20 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés): Sí,
21 pero aun así -- disculpe, ¿puede volver a
22 plantear la pregunta?

1 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
2 inglés): Las reglas aplicables bien podrían
3 leerse como para remitir al párrafo 3 que da la
4 opción de las reglas CIADI del mecanismo
5 complementario o de las CNUDMI y después, si
6 entiende la última parte de la 4 como bajo las
7 que reglas arbitrales aplicables, ¿no les
8 remitiría a las disposiciones sobre
9 modificaciones de aquellas reglas dependiendo de
10 las reglas escogidas?

11 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés): Sí,
12 yo creo que en la medida en que hay un conflicto
13 CAFTA prevalecería, pero veo que las partes van a
14 escoger las reglas en cuestión.

15 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
16 inglés): Pero si el CAFTA remite a esas reglas
17 uno no prevalece sobre nada. Simplemente está
18 implementado el CAFTA.

19 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés): Sí,
20 pero el CAFTA tiene el requisito al adoptar las
21 reglas de una institución arbitral. De acuerdo
22 con el CAFTA aun así hay que seguir los

1 requisitos del Tratado.

2 COÁRBITRO TOWNSEND (Interpretado del
3 inglés): ¿Pero esta no es una disposición del
4 CAFTA que contempla específicamente la
5 modificación de un reclamo?

6 SEÑOR BRIZ (Interpretado del inglés): Yo
7 no le iría a decir que es (explicital). Yo sí
8 diría que plantea una modificación y que se puede
9 modificar, pero no dice expresamente "se puede
10 modificar y se hace de esta manera". No presenta
11 los requisitos de cómo modificar y qué es lo que
12 ha de sucederse.

13 Voy a señalar y entiendo que -- bueno, si
14 pasa al siguiente párrafo, el párrafo 5, dice que
15 "las Reglas de Arbitraje aplicables en virtud del
16 párrafo 3 y vigentes a la fecha de la reclamación
17 se va a regir el arbitraje excepto en la medida
18 en que se modifica por este acuerdo". Puede haber
19 un desacuerdo en cuanto a qué significa
20 "modificado por este acuerdo", pero yo sugiero
21 que eso implica que tenemos que seguir este
22 acuerdo. Este acuerdo está haciendo una

1 referencia al tratado.

2 Entonces pasando a los casos, el único
3 caso que quiero abordar en este momento es la
4 decisión en Aven contra Costa Rica. Esta mañana
5 la demandante indicó que en Aven la nueva
6 reclamación que se suscitó en ese caso fue
7 mencionada brevemente por los demandantes en los
8 memoriales y luego abordado directamente en la
9 audiencia final. Eso sí, es cierto pero sin
10 embargo los abogados de la demandante dijeron que
11 fue el único motivo por el que el Tribunal denegó
12 la reclamación y no es cierto.

13 Simplemente no hay nada en esa decisión
14 acerca del momento en que se presentó la
15 reclamación como el motivo de su denegación. En
16 el párrafo 346 en Aven -es RL-0031- el
17 razonamiento del Tribunal, y cito: "El Tribunal
18 determina que si bien hubo menciones limitadas en
19 el memorial y la réplica de la demandante a los
20 incumplimientos por parte de la demandante
21 respecto al estándar de protección y seguridad
22 plenas el artículo pertinente de CAFTA-DR exige

1 más de un demandante -artículo 10.16.2-. La
2 notificación para presentar una reclamación al
3 arbitraje tiene que indicar no solo la
4 disposición específica del Tratado incumplido
5 sino también el fundamento jurídico y fáctico de
6 cada reclamación".

7 Se encuentran disposiciones parecidas en
8 el artículo 20 del CNUDMI. El tiempo de presentar
9 una reclamación es evidente para permitir al
10 Estado demandado preparar y alegar su defensa.
11 Por lo tanto, el incumplimiento de la protección
12 y seguridad plenas en relación con eso es
13 admisible in limine. O sea, no se aborda la
14 cuestión de en qué momento se planteó sino que
15 hay que dar más que la notificación y la
16 intención. Hay que identificar también la
17 disposición específica incumplida y el fundamento
18 del incumplimiento. Y es lo que tenemos aquí: la
19 notificación de intención presentada por la
20 demandante en este caso no identifica la
21 reclamación de nación más favorecida, no
22 identifica el artículo 10.4 del CAFTA, y por ese

1 motivo planteamos que la reclamación no es
2 admisible. Gracias.

3 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):

4 Antes de concluir, quiero hacer un breve
5 comentario acerca de algo que se dijo esta mañana
6 para sugerir que CAFTA es punitivo o injusto
7 frente a los inversores. Yo creo que nada podría
8 ser más lejos de la verdad.

9 En este caso el inversor en virtud del
10 CAFTA puede llevar adelante una demanda de manera
11 tal que garantice que su inversión reciba todos
12 los derechos a los cuales tiene derecho. Es un
13 vehículo que protege otras partes sin costo
14 alguno al inversor. El inversor no está en una
15 situación peor de la que habría estado si su
16 inversión hubiera seguido adelante de la manera
17 en que debió haber seguido adelante. Precluye sin
18 embargo al inversor de conseguir una ganancia
19 inesperada a la que nunca tenía derecho.

20 Entonces permitir a los demandantes en
21 este caso evadir, eludir el vehículo específico
22 dispuesto a un inversor para que consiga una

1 pérdida reflexiva es improcedente.

2 En forma parecida creo que es apropiado y
3 no es duro ni incorrecto esperar que alguien que
4 quiera presentar una reclamación o una demanda en
5 virtud del CAFTA cumplir con los requisitos de
6 notificación dispuestos en el tratado, de manera
7 que en este caso un procedimiento como éste pueda
8 seguir adelante en forma apropiada donde podemos
9 tener unas objeciones preliminares sobre la base
10 de la notificación de intención y la notificación
11 de alegaciones donde no pasamos por años y años
12 sin reclamaciones directas que se puedan
13 responder desde temprano o remediados o
14 retirados.

15 Entonces, para dar vida a lo que acordaron
16 las partes del Tratado y lo que debería
17 determinar la forma de proceder de estos
18 procedimientos y cuáles son las reclamaciones que
19 deberían presentar, creemos que se ha de hacer
20 cumplir este tratado y las disposiciones.

21 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
22 inglés): Muy bien. Entonces de acuerdo con el

1 programa acordado, vamos a tomar un receso de 15
2 minutos y vamos a volver a las 3 menos 5.

3 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

4 Yo pido que prorrogemos un poco este receso: si
5 podemos tener un receso de 30 minutos para poder
6 generar algunas diapositivas.

7 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
8 inglés): Ninguna objeción. Entonces para que haya
9 claridad vamos a volver a las 3 y 10.

10 (Pausa para el café.)

11 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
12 inglés): ¿Ya podemos empezar?

13 ALEGATO DE REFUTACIÓN DE LAS DEMANDANTES

14 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

15 Un momento, por favor, están repartiendo algunas
16 diapositivas.

17 Voy a empezar con algunos comentarios
18 acerca de la objeción sobre la pérdida reflexiva.
19 Para empezar, algo que merece una aclaración.
20 Hemos escuchado a la demandante hablar del hecho
21 -- o la demandada hablar del hecho de que
22 Exmingua había sufrido una pérdida o un daño

1 señalando instancias o casos en las que pensaba
2 que la notificación había indicado que había
3 sufrido una -- Exmingua había sufrido una pérdida
4 o un daño. Pero más de una (entidad) puede sufrir
5 un daño o una pérdida debido a una misma medida y
6 en el escenario de una pérdida reflexiva, la
7 empresa -- es dirigida a la empresa. La empresa
8 sufrirá el daño o la pérdida y los propietarios
9 también.

10 Y la cuestión ante ustedes es si los
11 propietarios que son los propietarios que han
12 hecho la inversión tienen legitimación para
13 recuperar por su pérdida o su daño. Nunca hemos
14 dicho que Exmingua no sufrió un daño, es el caso
15 en todos los casos sobre daño reflexivo. La
16 empresa no necesariamente habría -- habrá sufrido
17 daño propio y la cuestión es si alguien ha
18 presentado una reclamación en representación de
19 ellos o no. Pero eso no quita el hecho de que
20 nosotros como propietarios de la inversión hemos
21 sufrido una pérdida o un daño. Hemos escuchado
22 mucho esta tarde acerca de los puntos de vista de

1 las partes al TLCAN que han expresado en las
2 presentaciones de terceros no contendientes en
3 varios casos.

4 No tengo que recordar a los miembros del
5 Tribunal que las partes al TLCAN no son los
6 mismos que las partes a CAFTA, de manera que no
7 tiene mucha importancia aquí. Como preguntó el
8 árbitro Douglas esta mañana, que cómo debemos
9 entender el hecho de que las partes al TLCAN no
10 en -- si bien están de acuerdo, no han emitido
11 una comunicación respecto de esta cuestión bajo
12 el Convenio o la Convención de Viena sobre los --
13 el Derecho de los Tratados. Uno puede examinar la
14 práctica de los Estados y el Tribunal ha de
15 tomarlo en cuenta. Sin embargo, una
16 interpretación de la FTC tiene un mayor impacto
17 ya que es vinculante para el Tribunal. No solo se
18 tiene que tomar en cuenta sino de hecho es
19 vinculante y no han tomado la -- o dado -- no han
20 dado el paso para llegar a una interpretación
21 vinculante que se dice que una pérdida reflexiva
22 no se permite.

1 Las implicaciones, si lo fueran a hacer,
2 serían muy grandes. Como he mencionado antes y
3 como hemos dicho repetidas veces durante nuestros
4 alegatos, hay decenas de casos bajo varias --
5 varios tratados de inversión donde los
6 accionistas mayoritarios y minoritarios recuperan
7 por reclamos de pérdidas reflexivas, sobre todo
8 respecto de los accionistas minoritarios, no lo
9 podrían hacer si las pérdidas reflexivas no se
10 permitieran. Y la implicación es que el CAFTA y
11 también el TLCAN brindarían una protección mucho
12 menos que cualquier otro de los tratados modernos
13 sobre inversiones.

14 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
15 inglés): Antes de que continúe, ha señalado que
16 una interpretación de la FTC sería una evidencia
17 clara del Estado -- de la práctica estatal
18 subsiguiente. ¿Las presentaciones de los Estados
19 en casos TLCAN o CAFTA son práctica de --
20 práctica estatal subsiguiente o no?

21 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
22 Depende. En un determinado procedimiento si las

1 partes hacen presentaciones y si en ese
2 procedimiento es suficientemente claro que el
3 Tribunal podría determinar que todas las partes
4 del Tratado están de acuerdo respecto de una
5 determinada interpretación, el Tribunal podría
6 determinar que eso constituye la práctica estatal
7 subsiguiente o la práctica de los Estados. Sin
8 embargo, los tribunales tienen un alto umbral en
9 caso de presentaciones distintos o distintas y no
10 una sola afirmación coherente. O sea, cuando las
11 partes actúan juntas para expedir una
12 declaración, se sabe que lo hacen en forma
13 conjunta. Pero cuando lo hacen uno por uno,
14 tiene que haber una alineación muy cercana para
15 determinar que hay acuerdo en este sentido. Eso
16 hace -- eso no existe para nada aquí.

17 La demandada ha dicho esta tarde que
18 dijimos que el CAFTA es un Tratado punitivo. No
19 es lo que hemos dicho, hemos dicho que es un
20 Tratado moderno sobre inversiones. Uno de los
21 propósitos es brindar un alto nivel de protección
22 a los inversores y ese objetivo sería minado y es

1 incongruente con su interpretación, la cual
2 privaría a una gran clase de inversionistas de
3 poder proteger sus inversiones cubiertas bajo el
4 Tratado. Esto lo mostramos en nuestro alegato de
5 apertura esta mañana. Enumeramos unas decenas de
6 casos o una decena de casos en las diapositivas
7 19 y 20, y donde mostramos que se había
8 recuperado pérdidas reflexivas en virtud de
9 varios tratados.

10 Simplemente quería señalar que se ha
11 incluido el caso Commerce Group contra El
12 Salvador en la página 19, eso sí es un error.
13 Como señaló la contraparte, en hacer estas
14 diapositivas no habíamos pensado incluir ningún
15 caso en virtud del TLCAN ni en virtud del CAFTA
16 pues fue antes del debate. Y luego en lo que
17 sigue abordamos los casos TLCAN y CAFTA, así que
18 en este momento no me acuerdo si eso fue un error
19 o si debe haber otro nombre, es decir, de otro
20 caso. Pero ese caso, es cierto, no abordó la
21 cuestión de las pérdidas reflexivas.

22 Ahora quiero hablar del -- y hacer algunos

comentarios, acerca del caso TECO. No es ninguna respuesta el hecho de que TECO fue accionista minoritario y que no podía presentar un reclamo en virtud del 10.16.1(b), eso es admitir que está bien presentar una reclamación por una pérdida reflexiva y que simplemente se ha de hacerlo en nombre de la empresa cuando existe la posibilidad de hacerlo. Esto es totalmente con la vasta mayoría de los alegatos que hemos visto en las presentaciones escritas y en lo que se ha hablado hoy. Entonces, cuando esta tarde hacen caso omiso de TECO porque no podían presentar un caso en virtud de (b), no tiene ningún sentido porque están diciendo que lo presentaron en virtud de (a) porque eso lo podían hacer en virtud de (a). Pero eso significa que cuando uno es accionista minoritario puede presentar una reclamación por pérdidas en virtud del 1(a). Eso tergiversa la naturaleza de la reclamación. Dicen que lo presentaron bajo (a) pero no recuperaron por la pérdida reflexiva. Es incorrecto.

Quiero describir la naturaleza de la

reclamación. Dijeron que TECO presentó dos reclamaciones, no es correcto, presentaron una sola reclamación por un solo incumplimiento del Tratado, una violación de trato justo y equitativo sobre la base de la forma en que se realizó la revisión tarifaria y las tarifas que en última instancia se impusieron en la distribuidora de electricidad en Guatemala. Al calcular los daños, los peritos sobre daños para la demandante y para la demandada lo hicieron de la misma manera. Estaban calculando daños respecto de una sola -- un solo incumplimiento, pero en dos tramos. ¿Por qué? Porque TECO vendió su participación en el consorcio justo después de presentar la demanda en el arbitraje. Entonces, la medida de daños y perjuicios es cuál habría sido el valor de la inversión ausente el incumplimiento y su inversión eran las acciones en la empresa.

Lo que hicieron fue así: todos aceptaron que la venta fue a valor justo de mercado, entonces, a la fecha de la venta ya sabían el

valor de la inversión real y solo querían saber cuál iba a ser el valor de la inversión en ausencia del incumplimiento. Y la venta ocurrió dos años después del incumplimiento y dos años después, o mejor dicho, ya se había presentado la reclamación al arbitraje y dos años después del incumplimiento. Entonces, para los dos -- primeros dos años de ese período, ambos expertos calcularon los flujos de caja que recibieron restándolo de lo que habrían recibido a una tasa mayor, después respetaron la deuda y luego tomaron la participación de TECO del 14 por ciento en la inversión y consiguió su cantidad de esos flujos de caja perdidos para esos dos años. Y, luego, a futuro tuvieron que proyectar los flujos de caja a futuros de la empresa ausente el incumplimiento.

Hicieron eso y después lo restaron de la -- del valor real. O sea, el monto de la venta. Y eso es el monto que se reclamó para la pérdida de valor de las acciones. En ambos casos, fue una pérdida reflexiva porque en los dos casos se

calculó como una pérdida de flujo de caja a la empresa y luego tomar el porcentaje de TECO. En el primer arbitraje, el Tribunal le dio a TECO el 100 por ciento de esos flujos de caja perdidos para los dos años, pero no le dieron nada para la pérdida de valor después de la venta. TECO y también Guatemala solicitaron la anulación o anulación parcial del Laudo, la anulación propuesta por Guatemala se rechazó, la solicitud de TECO de una anulación parcial se otorgó. De manera que la denegación de esos daños y perjuicios que se calcularon como de pérdida de valor accionario posterior a la venta es tema de un nuevo -- de una nueva presentación de arbitraje. El resultado de todo esto es que todos los daños y perjuicios surgieron de la misma medida y eran reflexivas. Y TECO actualmente está intentando conseguir el resto, está esperando la decisión del Tribunal.

Pero, al fin y al cabo, fueron daños reflexivos y no hubo ninguna objeción de parte de Guatemala. Creemos que esto es significativo por

1 los motivos que mencioné esta mañana. La
2 demandada también habló del caso Renco esta
3 tarde, algo que creo que está claro para el
4 Tribunal pero para cerciorarme de que no haya
5 incertidumbre al respecto, lo que ellos citan no
6 es una decisión del Tribunal sino que es alegato
7 de una parte, es decir, del Perú como parte
8 demandada cuando formula una objeción a la
9 reclamación de Renco. Dicen ellos que debió
10 haberse presentado en representación de la
11 empresa y no en nombre propio. El Tribunal nunca
12 dictaminó sobre o nunca se pronunció sobre esta
13 objeción pues la renuncia presentada por la
14 demandante en ese caso no estaba de acuerdo con
15 el texto exigido por el Tratado. Habían agregado
16 condiciones a la renuncia y Perú había formulado
17 múltiples objeciones preliminares y el Tribunal
18 Renco desestimó la demanda por falta de
19 jurisdicción por la renuncia defectuosa.

20 Entonces, nunca abordó la cuestión de que
21 se debió haber admitido la reclamación en nombre
22 de la empresa. O sea, solo hay alegatos de una de

1 las partes, la demandada, respecto de los cuales
2 nunca hubo pronunciamiento. Además, en la medida
3 en que Renco presentó su reclamación inicialmente
4 indicándose a sí mismo, una empresa
5 estadounidense, como demandante y también DRP,
6 Doe Run Perú, una empresa peruana como un
7 demandante -- otro demandante nombrado. En el
8 arbitraje decía que se presentaba en nombre
9 propio y de -- en representación de la empresa
10 peruana y luego Perú se opuso y dijo que no puede
11 haber una entidad peruana como demandante en un
12 caso CNUDMI y luego modificaron la notificación
13 de la reclamación y Perú dijo: "Bueno, ya cambió
14 el demandante". Pero no abordó la naturaleza del
15 reclamo. O sea, debió haberlo hecho en nombre de
16 la empresa. Pero todo esto es a manera de
17 antecedentes porque el Tribunal nunca se
18 pronunció respecto de la objeción.

19 Ahora, en lo que hace a Clayton, yo hablé
20 de esa jurisprudencia esta mañana y señalé que el
21 Tribunal no tomó en cuenta el lenguaje normal del
22 artículo 10.16. Señaló que la pérdida o el daño

1 no estaba calificado ni limitado, dijeron
2 simplemente: "No sabemos si eso incluye la
3 pérdida reflexiva". Pero cuando hicieron --
4 incurrieron en un error grave porque dicen:
5 "Bueno, hay que ver el contexto y hay que tomar
6 en cuenta el artículo 1117, lo cual permite a un
7 inversor hacer una reclamación por una pérdida de
8 una empresa, por lo tanto, disponiendo la
9 recuperación de una pérdida reflexiva". Por lo
10 tanto, permitir la pérdida reflexiva recuperarse
11 en virtud del artículo 1116 plantearía preguntas
12 acerca de la relación entre los dos, haciendo
13 inútil el artículo 1117. Pero eso se basa en un
14 error grave.

15 Como sabemos, el artículo 1117 no permitía
16 a un inversor hacer una reclamación por una
17 pérdida reflexiva, sino reclamar una pérdida
18 directa a la empresa en la medida en que el
19 inversor es propietario contra el valor de la
20 empresa. Pero un accionista mayoritario puede
21 recuperar sus pérdidas reflexivas indirectamente,
22 pero un accionista minoritario jamás puede

1 recuperar una pérdida reflexiva en virtud del
2 1117. Así que es un error. ¿Es un error o es
3 simplemente que no abordaron la cuestión de los
4 accionistas minoritarios? Es posible que sea así,
5 pero para decir que una interpretación hace que
6 una postura carezca de significado o sea inútil
7 tiene que hacerlo en todas las circunstancias y
8 no solo en las circunstancias particulares.

9 Pues siempre uno puede pensar en
10 situaciones hipotéticas donde dos disposiciones
11 serían -- esencialmente tendrían la misma
12 interpretación en cualquier circunstancia. O sea,
13 su interpretación que permite la pérdida
14 reflexiva en virtud del artículo 1116 no hace que
15 el artículo 1117 sea inútil, solo de acuerdo con
16 su interpretación errónea es así.

17 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
18 inglés): En nuestra situación entre (a) y (b) y
19 creo que lo mismo se plantea en cuanto al 1116 y
20 el 1117, ¿por qué uno diría el 1117 si podría
21 reclamar según el 1116?

22 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):

1 Vuelvo a lo que dije esta mañana. En un caso en
 2 particular, quizá no tenga ninguna diferencia,
 3 pero en otro caso sí. Como dijo la presidente,
 4 para poder evitar las complejidades y también el
 5 cálculo de la pérdida reflexiva, quizás pueda
 6 tener ventajas tributarias. No es como dijo la
 7 demandada que es una ganancia inesperada para la
 8 demandante, no, puede ser de una forma o de la
 9 otra en una situación particular. Lo único que
 10 tiene que hacer entonces es decirlo, las
 11 demandantes, decir cuál es la opción.

12 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
 13 inglés): Usted puede criticar, entonces, la
 14 crítica del caso Clayton en cuanto a los
 15 minoritarios, ¿pero por qué entonces es que el
 16 372 es incorrecto?

17 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
 18 Porque el 1117 le permite a la demandante hacer
 19 una reclamación por pérdida de una empresa
 20 probando una recuperación de pérdidas reflexivas.
 21 Entonces, no le permite a un inversor reclamar la
 22 pérdida y recuperar pérdidas reflexivas en todas

1 las instancias, solamente en algunas
 2 circunstancias.

3 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
 4 inglés): Ah, usted está diciendo que es porque no
 5 es así. Hay que diferenciar esas cosas.

6 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
 7 Sí.

8 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
 9 inglés): Entonces, en cuanto a los minoritarios y
 10 el Tribunal del caso Clayton, la presentación de
 11 Estados Unidos fue citada por la demandada en su
 12 refutación. Entonces, yo pregunto: esa cuestión
 13 simplemente fue alegada, pero no abordada y yo me
 14 refiero a la presentación que nos dio la
 15 demandada en cuanto al escrito de Estados Unidos
 16 en materia de accionistas minoritarios.

17 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
 18 Lo puedo verificar después también.

19 Según recuerdo, el Tribunal no aborda
 20 mucho este tema, simplemente ve algunos de los
 21 detalles de escritos de las partes, pero el
 22 análisis del Tribunal, que comienza en el párrafo

1 369, ocupa algunas páginas.

2 No quiero decir algo incorrecto, pero no
 3 recuerdo que ellos hayan hablado del tema de
 4 privar a los minoritarios de los recursos, pero
 5 debería volver a leer la disposición.

6 Como mencioné, puede haber razones
 7 legítimas por las cuales una demandante podría
 8 presentar su reclamación en virtud de una
 9 disposición o la otra. Pero si la demandada no
 10 quiere darle esa opción a las demandantes, lo que
 11 tienen que hacer simplemente es indicarlo en el
 12 Tratado. Y las demandantes lo sabrían. Sabrían
 13 cómo y a dónde hacer la presentación. Pero no les
 14 pueden dar una opción y después decirles que no
 15 tienen la libertad de elegir esa opción.

16 No es una restricción; es una opción, como
 17 dijo el señor Townsend hoy. Dice "podrá". Y si
 18 podremos utilizar entre los incisos (a) y (b) del
 19 10.16.1 dice "y". Dice: "Podrá hacer la
 20 presentación según el 10.16(a) y también (b), si
 21 uno es propietario o controla la empresa". No
 22 dice "o". No es una opción binaria.

1 Quería también mencionar en cuanto al caso
 2 Clayton, que no creo que escuchamos una respuesta
 3 de la demandada sobre este tema. Dijeron que en
 4 última instancia en ese caso el Tribunal
 5 determinó que las demandantes habían planteado
 6 sus reclamaciones en forma adecuada según el
 7 1116, que es equivalente al 10.16.1(a).

8 Nosotros indicamos, según el análisis del
 9 Tribunal, que nuestras reclamaciones también
 10 podrían ser calificadas como reclamaciones por
 11 pérdidas indirectas según el 10.16(a). Entonces,
 12 el Tribunal en este caso vio que la demandante
 13 tenía una empresa de propiedad total en Canadá y
 14 querían también poner una terminal marítima y una
 15 mina y el Tribunal dijo allí: "La oportunidad de
 16 desarrollar y presentar el proyecto fue
 17 enteramente la oportunidad del Grupo Clayton, que
 18 es propiedad y de operación de las demandantes".
 19 Entonces, la mina establecida implica inversión
 20 de dinero. El único propósito de Bilcon de Nova
 21 Scotia, era operar una mina. Y al igual que en el
 22 caso de Exmingua, la idea es operar estas minas y

1 no fue una entidad establecida para establecer y
2 gestionar la inversión. Y los Clayton eran
3 simplemente inversores pasivos. Y al igual en el
4 caso de Progreso VII y Exmingua, en el caso del
5 señor Kappes, no eran pasivos como inversores. Y
6 después dice: "Los clientes utilizaron una
7 empresa local como un instrumento para obtener
8 una oportunidad". Sin embargo, esa oportunidad no
9 hizo que se planteara dicha misma oportunidad
10 para Bilcon de Nova Scotia.

11 Entonces, la empresa local debe ser la que
12 tiene el permiso. El hecho de que ellos
13 utilizaron la empresa local, no hace que la
14 oportunidad se transforme en una oportunidad de
15 Exmingua. Y, entonces la compensación, dice el
16 Tribunal, se debe directamente a los inversores
17 según el 1116.

18 Así que, si este Tribunal entiende que
19 algunos de los argumentos de la demandada son
20 correctos, entonces nuestras reclamaciones se
21 establecen específicamente en esa caracterización
22 de pérdidas directas según el 10.16.1(a).

1 La demandada dijo que trató de distinguir
2 la jurisprudencia según el artículo 25(2) (b) del
3 Convenio CIADI. Y, con todo respeto, no nos
4 parece algo notable para nada. Es poco claro cómo
5 puede existir una diferencia entre permitir que
6 una empresa reclame cuando la empresa para
7 hacerlo y sus accionistas, claro, deben actuar
8 para hacer que la empresa presente el reclamo o
9 hacer que el accionista presente la reclamación
10 en nombre de la empresa. No sé por qué esto
11 marcaría una diferencia.

12 Al final de cuentas, simplemente es una
13 herramienta para permitir la recuperación de las
14 pérdidas de una empresa según un Tratado de
15 inversión que de otra forma no sería permisible
16 porque la empresa tiene la misma nacionalidad que
17 el Estado anfitrión. Así que la jurisprudencia
18 interpreta dicho artículo y dichos tratados
19 mediante esa disposición. Y se ha dicho que los
20 accionistas mayoritarios pueden establecer
21 reclamaciones por pérdidas reflejas, sin importar
22 el hecho de que la empresa podría plantear esa

1 reclamación también.

2 Esos elementos son instructivos aquí. La
3 demandada dijo que CAFTA resolvió entonces la
4 preocupación de las pérdidas reflectivas, pero no
5 explicó cómo. Dijo que en la jurisprudencia del
6 NAFTA había esta preocupación y nosotros les
7 mostramos que la jurisprudencia del TLCAN hasta
8 Clayton había unánimemente rechazado la propuesta
9 de que uno no podía plantear reclamaciones por
10 pérdidas reflejas, según el 1116, en el caso UPS,
11 y después dijeron que el CAFTA fue reflejo del
12 Tratado modelo de 2004, pero CAFTA no tiene
13 ningún tipo de modificación en su texto en cuanto
14 al TLCAN, que es pertinente a este tipo de
15 situación.

16 Tenemos el texto de 1116 y 1117 y también
17 tenemos el 10.16.1(a). Entonces, esto no se
18 refleja en nombre de la interpretación de la
19 demandada. Las partes del CAFTA conocían muy bien
20 la jurisprudencia y adoptaron el mismo texto.

21 Lo otro que me queda por agregar para dar
22 respuesta a la pregunta de la presidente de esta

1 mañana sobre un posible -- una posible espera de
2 las acciones de la Corte, y hemos esperado su
3 decisión durante más de tres años, este no es un
4 tema de jurisdicción, tampoco de admisibilidad. Y
5 si la tramitación de ese caso, se preguntó, puede
6 tener algún tipo de impacto respecto del fondo o
7 de los daños y perjuicios en el sentido de que
8 había una preocupación en cuanto a si ustedes o
9 si la Corte fallase y después presentasen ustedes
10 su Laudo. Pero si ustedes presentasen el Laudo
11 primero y no quieren depender del fallo del
12 Tribunal guatemalteco, y quieren hacer lo
13 correcto con el pronunciamiento de ustedes, de
14 esa forma se puede abordar el tema presentando
15 una cuestión de caducidad de la instancia.
16 Entonces, esto es un tema que quizás puede ayudar
17 al Tribunal y nosotros podríamos considerar esta
18 cuestión y quizás, como dijo la demandada esta
19 mañana, ella no quiere hacer ningún tipo de
20 compromiso respecto a cuestiones de prescripción.
21 Esto no quiere decir que se volvería a presentar
22 la reclamación en virtud de otro artículo.

1 Simplemente sería una suspensión del
2 procedimiento que está en trámite, o una
3 solicitud al Tribunal o a la Corte, en ese caso,
4 de que no falle.

5 Esta mañana se habló de algunas de las
6 diapositivas que no tuvimos tiempo de abordar y
7 aquí quería ver algunas de las cuestiones en
8 materia de interpretación. Aquí tenemos que decir
9 también que los argumentos de la demandada han
10 sido incongruentes. Si argumentan que uno no
11 puede recuperar por pérdidas reflexivas según el
12 CAFTA o el TLCAN cuando uno presenta la
13 reclamación por cuenta propia, solamente tiene
14 que ver con las pérdidas directas. Eso no es
15 congruente con el sentido corriente del
16 10.16.1(a) y también es inconsistente con el
17 sentido común del artículo 10.28 que incluye
18 acciones en la definición de inversión. También
19 es incongruente con el objeto y fin del Tratado
20 para que los inversores tengan un alto nivel de
21 protección porque impediría que los minoritarios
22 recuperasen la causa más común de sus lesiones.

1 Es incongruente con la práctica estatal anterior
2 de la demandada en el caso TECO, en donde un
3 minoritario sí recibió recuperación según el
4 10.16.1(a), y también es incongruente con la
5 jurisprudencia del TLCAN, específicamente Pope &
6 Talbot, y también UPS, en donde tenemos empresas
7 de propiedad total de otra entidad y Canadá dijo
8 infructuosamente que eso debería haber sido
9 planteado según el 1117 y el Tribunal rechazó
10 esas objeciones.

11 Si en la alternativa la demandada dice:
12 "Bueno, planteemos una excepción, y si se puede
13 recuperar según estos casos por pérdidas
14 reflexivas". Cuando uno es el propietario, el
15 controlador de la empresa, uno ya no tiene una
16 opción y tiene que reclamar según el 10.16.1(a).
17 Eso sería incongruente con sus propios argumentos
18 y también con las presentaciones de Estados
19 Unidos en las que se basa la demandada, que
20 claramente dicen que no piensan que la pérdida
21 reflexiva esté disponible. También es
22 incongruente con el sentido corriente del

1 10.16.1(b) que utiliza la palabra "podrá" y no
2 "deberá". Y si esto fuese un requisito para un
3 requisito mayoritario, debería haber sido
4 incluido en el texto del Tratado. También es
5 incongruente con la jurisprudencia del TLCAN, que
6 confirma que la mayoría o el accionista
7 mayoritario o controlante no tiene que presentar
8 su reclamación por pérdidas reflexivas.

9 Según el artículo 1117, tampoco es
10 congruente con la jurisprudencia del CIADI
11 25(2)(d) que dice que las reclamantes pueden
12 presentar una reclamación de pérdidas reflexivas
13 y no tienen que (decir) que controlar para
14 hacerlo, controlan la empresa para hacerlo. Y
15 también es incongruente con la práctica estatal
16 anterior según RDC, porque si no se compensaría
17 indirectamente a los accionistas minoritarios de
18 Guatemala en forma indirecta.

19 El señor Llano hablará ahora de la
20 objeción en materia de protección y seguridad
21 plenas.

22 SEÑOR LLANO (Interpretado del inglés):

1 Muchas gracias. Tengo tres puntos básicos que
2 quiero plantear. El primero tiene que ver con los
3 escritos. Escuchamos comentarios en el sentido de
4 que las demandantes están modificando o alterando
5 sus escritos respecto del alcance de la
6 reclamación en materia de protección y seguridad
7 plenas y si cubre o no a Progreso VII y a Santa
8 Margarita.

9 La reclamación es clara y los hechos
10 también. Por supuesto el bloqueo afectó a ambas
11 propiedades: Progreso VII y Santa (Maria).

12 Yo lo expliqué ya esta mañana. Nos
13 concentramos en particular en Santa Margarita en
14 el contexto de este análisis. Es porque el daño a
15 Santa Margarita surge específicamente de estos
16 bloqueos. En el caso de Progreso VII tenemos la
17 Corte Suprema y también el fallo de la Corte de
18 Constitucionalidad que fueron suspendidos o,
19 mejor dicho, que suspendieron la licencia y el
20 acceso al sitio.

21 Así que en el caso de Progreso VII, esos
22 bloqueos fueron extensivos con los daños que

1 resultaron de esos fallos. Así que es por eso que
2 nos hemos concentrado en más detalle en el caso
3 de Santa Margarita.

4 Segundo, los hechos. Hemos hablado un poco
5 respecto de este error dactilográfico. Es
6 correcto que el artículo al que hice referencia
7 esta mañana habla del 2 de marzo de 2012.

8 Entendíamos que ese era un error dactilográfico
9 porque los documentos contemporáneos hablaban de
10 una fecha del 2 de marzo en el contexto de una
11 nueva ola de protestas y bloqueos debidos a la
12 falta de cumplimiento inicial del MEM con la
13 orden de la Corte Suprema de suspensión de la
14 licencia de Progreso VII.

15 Aquí tenemos en la diapositiva dos
16 artículos que están en las actuaciones. El C-9 y
17 el C-10 de marzo de 2016 y los dos hablan del 2
18 de marzo como la fecha pertinente. Uno habla de
19 la protesta del MEM y la otra habla de bloqueos y
20 protestas en la mina. Lo que importa aquí
21 respecto de los hechos y de la contemplación de
22 este Tribunal de los hechos respecto de esta

1 objeción preliminar, es que lo que la demandada
2 no ha disputado en cuanto a la reclamación de
3 protección y seguridad plena, eso es lo
4 importante. No ha controvertido la demandada que
5 la mina operó y las demandantes han dicho que la
6 mina ha operado durante dos años. Esta alegación
7 de la demandante no la han refutado. Entre 2014 y
8 2016 la mina operó, produjo más de sesenta
9 envíos, permitió el ingreso de más de 180
10 empleados y operadores. Ninguno de estos hechos y
11 alegaciones que se encuentran en los documentos
12 han sido controvertidos.

13 Lo que le pide al Tribunal que haga la
14 demandada es que determine factualmente que estos
15 hechos inconvenientes se dejen de lado y que el
16 Tribunal debe aceptar fácticamente que la mina
17 fue objeto de un bloqueo continuo, sin perjuicio
18 de estas alegaciones específicas en los
19 documentos de la demandante.

20 El Tribunal va a abordar este tema a
21 efecto de las objeciones preliminares. Esto, por
22 supuesto, no lo tienen que hacer ahora, para eso

1 está el fondo. Pero lo que importa aquí son las
2 alegaciones que le plantea la contraparte al
3 Tribunal. Estas alegaciones incluyen -y esto no
4 está controvertido- el hecho de que la mina
5 operó. Si la mina operó, entonces hubo acceso. Y
6 si hubo acceso, entonces, no podía plantearse
7 reclamación alguna.

8 Ahora bien, si es cierto que había dos
9 períodos de bloqueo, uno entre 2012 y 2014, y el
10 otro entre 2016 en adelante, como alegan las
11 demandantes, entonces, esta objeción debe ser
12 desestimada. El hecho es que, a efectos de la
13 objeción preliminar, ustedes no pueden descontar
14 estas alegaciones. Entonces, esto es suficiente
15 por ahora para seguir adelante con esta
16 reclamación.

17 También se habló de bloqueos irregulares y
18 justamente se habla de irregulares. Es decir, que
19 no eran continuos. Reitero, los hechos son
20 hechos. A efectos de estas actuaciones, tenemos
21 lo suficiente como para desestimar estas
22 objeciones.

1 Un comentario en materia de derecho. Se
2 habló del caso Grand River. La demandada lo
3 planteó y la sugerencia fue que dentro de esta
4 serie de hechos cuestionados en el caso Grand
5 River, los hechos eran lo suficientemente
6 disímiles como para ameritar su separación en
7 cuanto al período descriptivo. En este caso, no
8 estamos en una situación diferente. En Grand
9 River tuvimos una serie de leyes relativas a la
10 industria del tabaco. Aquí tenemos una serie de
11 bloqueos. De hecho, dos bloqueos en períodos
12 específicos. Diferentes causas, claro, diferentes
13 resultados, diferentes daños.

14 El caso de Grand River claramente se puede
15 aplicar a este caso también. Lo comparó también
16 con el caso Nissan. Lo podemos comparar con el
17 caso Nissan en donde tenemos una larga serie de
18 malos tratos equivalentes o violaciones
19 equivalentes por el Estado que tuvo que ver con
20 incentivos tributarios. Uno tras otro. Todos
21 fueron similares. La diferencia era que no había
22 habido un repudio continuo de la obligación de

1 otorgamiento de estos incentivos tributarios.

2 En este caso, en nuestro caso, no había
3 forma alguna de suponer que porque hubo un
4 bloqueo en el pasado, que fue levantado, que iba
5 a haber bloqueos a futuro y, entonces, que
6 debería haberse incoado un arbitraje a mediados
7 de 2015, cuando el cliente estaba operando la
8 mina.

9 Concluyo con el caso de Ansung. La
10 demandada dijo que el hecho de que la inversión
11 había sido vendida antes del inicio del período
12 prescriptivo, eso no tiene ninguna consecuencia.
13 Eso no puede ser correcto. Eso sería lo mismo que
14 decir que mi cliente hubiese vendido todo el
15 proyecto Progreso VII, Santa Margarita, antes del
16 bloqueo y, entonces, eso implicaría que el patrón
17 fáctico sería igual que el del caso de Ansung.

18 No, este no es el caso. La mina todavía es
19 propiedad de mi cliente. Los bloqueos se
20 suscitaron después del inicio del período
21 prescriptivo y no estamos en una situación en
22 donde la inversión se había perdido, en donde las

1 tierras se habían vendido y había habido una
2 desinversión. Entonces, Ansung de hecho, como le
3 dije esta mañana, apoya nuestra postura. Muchas
4 gracias, y con esto concluyo.

5 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
6 inglés): ¿Alguna pregunta? Parece que no. Muchas
7 gracias a ambas partes.

8 Perdón, cuando usted dijo que iba a
9 concluir, creí que su equipo iba a concluir.

10 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
11 No, seré breve, señora presidenta.

12 Tengo algunos comentarios breves en cuanto
13 a la objeción en materia de la reclamación por
14 nación más favorecida. Quiero asegurarme de que
15 lo dije esta mañana haya quedado claro y sé que
16 teníamos poco tiempo. Nosotros nos quejamos de la
17 decisión anterior de Escobal. Lo hicimos en
18 nuestra notificación de intención donde indicamos
19 que la contraparte permitió la operación.

20 Nosotros nos quejamos de esa decisión pero
21 ese es un hecho en el que podemos basarnos para
22 mostrar arbitrariedad de la Corte. Pero no es una

1 nueva reclamación. Se trata de un hecho que es
2 pertinente o posiblemente pertinente a nuestra
3 reclamación en cuanto al trato justo y equitativo
4 en nuestra notificación de intención. Nosotros no
5 estamos planteando una nueva reclamación sobre la
6 base de esa decisión de la Corte porque a
7 diferencia del caso Oxec a nosotros se nos
8 suspendió, pero en el otro caso cuando la Corte
9 se pronunció ellos pudieron seguir operando.

10 En el caso equivalente de Escobal a ellos
11 solamente se les permitió operar durante 3 o 4
12 semanas. No estábamos planteando una reclamación
13 que generó pérdidas o daños como objeto de esa
14 decisión. Puede ser un hecho pertinente o un
15 hecho relacionado, pero no dio lugar a una
16 reclamación independiente. Lo que dio lugar a la
17 reclamación es el hecho de que la corte de
18 constitucionalidad decidió en forma definitiva en
19 cuanto a la apelación en 2018, en septiembre u
20 octubre de 2018, aunque habían presentado la
21 apelación más de un año después de que nosotros
22 presentamos nuestra apelación. Nuestra apelación

1 todavía sigue tramitándose tres años y medio
2 después y ese es el trato discriminatorio que dio
3 lugar a la reclamación por nación más favorecida.
4 Todo eso surgió después de la notificación de
5 arbitraje y de intención y fue agregado allí.

6 Según la interpretación de la demandada si
7 uno nunca pudiese agregar una reclamación en la
8 notificación de arbitraje o después, bueno, la
9 cosa sería distinta. El estado podría tomar
10 acciones contra un inversor y el inversor lo
11 único que podría hacer es presentar nuevas
12 reclamaciones y esperar también nuevos períodos
13 de notificación y esperar por períodos de espera,
14 pero así no funciona el Tratado.

15 Nosotros mostramos en el artículo 10 y
16 16.4 -la última oración- que presupone que puede
17 haber modificaciones y, como dijo la presidenta,
18 hay otras disposiciones específicamente en el
19 10.24(a) y (c) que indican que la notificación de
20 arbitraje puede ser objeto de modificaciones.

21 Como dijo el árbitro Townsend, el Tratado
22 incorpora las Reglas de Arbitraje y las Reglas de

1 Arbitraje permiten modificaciones y también
2 demandas incidentales y también subordinadas.

3 Nosotros no estamos enmendando una
4 reclamación; la estamos presentando pero si uno
5 pudiese enmendar una reclamación sin tener que
6 esperar todos estos procedimientos de
7 notificación, entonces podría agregar una
8 reclamación a la notificación de arbitraje.

9 La demandada dijo que hay decenas de casos
10 que tienen diferentes elementos y van en
11 diferentes direcciones. Eso no es cierto; van en
12 la misma dirección. Quizá llegaron a diferentes
13 resultados pero son muy congruentes entre ellos.
14 Todos examinan los hechos relativos a las
15 reclamaciones notificadas.

16 La demandada ha tenido la oportunidad de
17 tener arreglos amistosos. También se examinó si
18 los hechos eran conocidos anteriormente o si se
19 trataba de cuestiones posteriores desde el punto
20 de vista del tiempo y de los hechos, y también se
21 dio oportunidad de resolver -- de responder a la
22 reclamación. Todo eso nosotros lo hicimos.

1 También queríamos hablar del caso de Aven
2 contra Costa Rica. La demandada citó dicho caso y
3 dijo que si bien es cierto que la demanda
4 solamente se planteó al pasar en el memorial y
5 durante la audiencia, nosotros no sabemos si el
6 Tribunal decidió desestimar la modificación sobre
7 la base de esos supuestos y también indicó una
8 parte de este caso y dijo que esas disposiciones
9 de notificación están planteadas para claramente
10 permitir una preparación de la defensa y, por
11 supuesto, la oportunidad de la presentación de
12 esa reclamación es lo que hizo que el Tribunal no
13 le diera lugar. Ese sería el caso seguramente en
14 cualquier tipo de tratado cuando uno plantea la
15 reclamación por primera vez al cierre de la
16 audiencia, y esto está muy alejado de lo que
17 sucede aquí y creo yo que esto es algo que queda
18 claro para todos. Salvo que el Tribunal tenga
19 alguna pregunta, con eso concluimos.

20 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
21 inglés): Una pregunta. Entiendo lo que usted ha
22 planteado en cuanto a las referencias múltiples

1 que tiene el Tratado en cuanto a la modificación
2 de reclamaciones, pero si aceptamos ese
3 comentario, pregunto, ¿qué hace esto cuando la
4 notificación de intención dice "deberá" o "deberá
5 incluir"? ¿Eso es algo totalmente superficial o
6 cómo funciona entonces?

7 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
8 Creo que no porque uno no siempre puede agregar
9 elementos, así que nosotros realizamos una
10 analogía en nuestros escritos. Cuando uno tiene
11 una disposición obligatoria, bueno, si no hay
12 consecuencia establecida al respecto en el
13 Tratado, entonces debemos examinar varios
14 factores. Por ejemplo, la obligación de tener un
15 trato justo y equitativo. Dice: "Claro, uno
16 deberá acordar trato justo y equitativo", pero si
17 hay otra disposición también que le dio al Estado
18 el consentimiento para arbitrar debido a una
19 violación de esa disposición, entonces uno no
20 tendría la posibilidad de plantear una
21 reclamación. Aquí no amerita una desestimación
22 simplemente porque sea una obligación. Esto no

1 quiere decir que uno no puede plantear
2 reclamaciones cuando uno quiere. No; algunas
3 cosas tienen que ser consideradas por el Tribunal
4 en cuanto a oportunidad de situación y allí uno
5 debería examinar entonces las Reglas de Arbitraje
6 y los diferentes factores que han tenido en
7 cuenta los tribunales.

8 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
9 inglés): Una pregunta sobre el caso Oxec. Cuando
10 llegó al nivel de la corte constitucional -no
11 recuerdo cuándo se dictó sentencia-, ¿pero cuál
12 fue el resultado de esa sentencia? No es algo que
13 esté a la altura de lo que estamos hablando
14 ahora, y esto tiene que ver con el caso Oxec.

15 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
16 Sí. El Tribunal dijo básicamente que declaró como
17 en este caso que la licencia no debiera haber
18 sido concedida porque el estado debiera haber
19 llevado a cabo las consultas. Sin embargo --
20 seguir operando mientras el estado realiza las
21 consultas. Entonces esa fue la sentencia y el
22 estado creo que tuvo un período de 5 meses que

1 comenzó y culminó las consultas. Entonces, el
2 proyecto nunca se interrumpió y siguió operando y
3 la licencia nunca se suspendió.

4 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
5 inglés): Entonces la situación actual es que está
6 funcionando normalmente.

7 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
8 Correcto.

9 COÁRBITRO DOUGLAS (Interpretado del
10 inglés): Y lo mismo con Escobal.

11 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
12 No. En el caso de Escobal hay una semana de 3 o 4
13 semanas en las cuales puede operar y después le
14 dijo: "No, están suspendidos". Y dijo: "Bueno, va
15 a seguir la suspensión hasta que el ministerio
16 comience y concluya las consultas". Luego
17 tuvieron el caso de la corte constitucional donde
18 perdieron, no se revirtió y luego se dijo que
19 comenzarían las consultas pero según la
20 información que tengo ha estado en un estado de
21 incertidumbre.

22 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del

1 inglés): En el caso de Escobal hubo una sentencia
2 en lugar de esperar la sentencia. Si bien fue
3 adversa hubo una sentencia y el motivo es que en
4 ese momento cuando el Ministerio de Energía y
5 Minas estaba tomando una decisión dijo que no
6 consultaría hasta que se llegase a una decisión
7 final o definitiva y una decisión definitiva es
8 una decisión de la corte constitucional sobre
9 todas estas apelaciones.

10 Al no dictar sentencia dijeron: "No
11 podemos hacerlo, no podemos estar aquí", pero en
12 el caso de Escobal tuvieron un fallo y después de
13 este fallo hubo un anuncio en el sentido de que
14 mantendrían las consultas.

15 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
16 inglés): Muy bien. Gracias a ambas partes.

17 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
18 Señora presidenta, antes de concluir quiero
19 abordar una pregunta que usted formuló sobre el
20 caso Clayton y la decisión del Tribunal. Me
21 gustaría indicar que hay 75 párrafos que abordan
22 la pérdida reflexiva, en especial 334 a 351

1 hablan de pérdidas reflexivas y esto es en las
2 páginas 92 a 119.

3 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
4 inglés): Le puedo asegurar que el Tribunal lo
5 considera con mucho cuidado.

6 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
7 Permítame mencionar que algunos de estos párrafos
8 a partir del 334 tienen que ver con la postura de
9 la demandada hasta 341. No es el análisis del
10 Tribunal.

11 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
12 inglés): Como ya les dije leeremos esto con mucha
13 atención.

14 Creo que el Tribunal ahora ha agotado
15 todas las preguntas para ambas partes, con lo
16 cual no es necesario que utilicemos el tiempo que
17 habíamos reservado en el calendario para
18 preguntas adicionales a las partes.

19 Creo que con esto concluimos los
20 argumentos de fondo de hoy. El calendario
21 procesal también había contemplado dedicarle unos
22 minutos a los próximos pasos, si es que habría

1 algún paso siguiente. Creo que dejé la
2 posibilidad de que una o ambas partes solicite
3 presentaciones adicionales o no, y queríamos
4 consultar con ustedes un problema.

5 Según entiendo, si ustedes solicitan esto,
6 nuestro calendario según CAFTA-República
7 Dominicana va desde la fecha que se presentaron
8 las objeciones y no desde el momento en que
9 ustedes concluyeron la presentación. Entonces, a
10 menos que estuviesen de acuerdo ambas partes a
11 extender nuestro plazo, esto nos da menos tiempo.
12 Al final no extiende, no prorroga plazo. Pero si
13 hay algo que las partes consideran que es
14 importante presentar por escrito y lo quieren
15 hacer para hacernos saber cuál es postura así
16 como su postura en lo que hace a nuestro
17 calendario, por supuesto estamos dispuestos a
18 escuchar sus opiniones.

19 ¿Quieren una pausa para hablar sobre esto?

20 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
21 En nombre de la demandada nosotros somos
22 conscientes del plazo limitado y estamos

1 dispuestos a no solicitar ningún escrito
2 adicional. No creemos que sea necesario.

3 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
4 inglés): Gracias.

5 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
6 La demandante está de acuerdo siempre que el
7 Tribunal no tenga ninguna pregunta, y pareciera
8 que no la tiene. Entonces en lo que nosotros
9 compete, no creemos que sea necesario.

10 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
11 inglés): Muy bien. Entonces, el único paso que
12 estoy considerando en este momento dependiendo de
13 nuestra decisión, y ni siquiera hemos finalizado
14 nuestras deliberaciones -así que no lo
15 interpreten de ninguna manera-, pero tal vez
16 debamos abordar costos o no en este momento.

17 ¿Desean las partes presentar costos en
18 este momento y, en tal caso, cuándo? No sé si lo
19 quieren hablar, pero pareciera que es algo que
20 debemos abordar de alguna u otra manera.

21 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
22 En nombre de la demandada solicitamos tal vez

1 comunicarlo al Tribunal en unos dos días después
2 de consultar a nuestro cliente, y también podemos
3 analizar una segunda ronda, de ser necesario,
4 para abordarlo más adelante. Pero nos gustaría
5 consultar con nuestro cliente.

6 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
7 inglés): Si las partes no tuvieron la oportunidad
8 de hablarlo tal vez sería una buena idea permitir
9 que lo hagan. No sé si dos días es la cantidad
10 correcta. No sé qué es que lo propone la
11 demandante.

12 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
13 Sí. Está bien. Si ustedes consultan con su
14 cliente y nosotros intercambiamos entre nosotros
15 dos y nos comunicamos con el Tribunal.

16 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
17 inglés): ¿Algún otro asunto procesal que deseen
18 abordar en este momento?

19 SEÑOR JIMÉNEZ (Interpretado del inglés):
20 En nombre de la demandada, nada más. Simplemente
21 deseo agradecer al Tribunal, a los miembros de la
22 Secretaría, al personal, a los intérpretes y a

1 los taquígrafos así como los abogados de la otra
2 parte. Muchas gracias.

3 SEÑORA MENAKER (Interpretado del inglés):
4 Nada en lo que hace a las demandantes, y nosotros
5 también agradecemos al Tribunal y al resto.
6 Muchas gracias.

7 PRESIDENTE KALICKI (Interpretado del
8 inglés): Gracias a todos. Creo que hablo aquí en
9 nombre de mis colegas diciendo que agradecemos la
10 alta calidad de las presentaciones escritas y
11 orales. Nos han dado mucho para pensar y, por
12 cierto, no podemos quejarnos de no haber tenido
13 la información suficiente.

14 Gracias por todas las preguntas y, como
15 siempre, gracias a David y sus colegas, gracias a
16 los intérpretes que han trabajado muy arduamente
17 -valoro sus esfuerzos-, y también a nuestros
18 colegas del CIADI.

19 Con esto creo que hemos concluido y buen
20 viaje para todos. Gracias.

21 (Es la hora 16:09)

1 CERTIFICADO DE LA ESTENOTIPISTA DEL TRIBUNAL

2
3
4 Quien suscribe, María Eliana Da Silva,
5 Taquígrafa Parlamentaria, estenógrafa del
6 Tribunal, dejo constancia por el presente de que
7 las actuaciones precedentes fueron registradas
8 estenográficamente por mí y luego transcriptas
9 mediante transcripción asistida por computadora
10 bajo mi dirección y supervisión y que la
11 transcripción precedente es un registro fiel y
12 exacto de las actuaciones.

13 Asimismo dejo constancia de que no soy
14 asesora letrada, empleada ni estoy vinculada a
15 ninguna de las partes involucradas en este
16 procedimiento, como tampoco tengo intereses
17 financieros o de otro tipo en el resultado de la
18 diferencia planteada entre las partes.

19 _____
20 María Eliana Da Silva, Taquígrafa Parlamentaria

21 D-R Esteno