

**CASO CPA NO. 2011-17**

**GUARACACHI AMERICA, INC.**

**y**

**RURELEC, PLC.  
(Demandantes)**

**-c-**

**ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA  
(Demandada)**

---

**RÉPLICA AL CONTRA-MEMORIAL DE LAS DEMANDANTES SOBRE LA  
JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

---

Dr. Hugo Montero Lara  
Dra. Elizabeth Arismendi Chumacero  
Dr. Edgar Pozo Goytia  
Procuraduría General del Estado  
Calle Martín Cárdenas No. 9  
Zona Ferropetrol de El Alto  
La Paz  
Bolivia

Eduardo Silva Romero  
José Manuel García Represa  
Ana Carolina Simões e Silva  
Dechert (Paris) LLP  
32 Rue de Monceau  
París, 75008  
Francia

Alvaro Galindo Cardona  
Juan Felipe Merizalde  
Dechert LLP  
1775 I Street, NW  
Washington, D.C., 20006  
Estados Unidos de América

*Representantes de la Demandada*

26 de noviembre de 2012

## ÍNDICE

Página

1.	INTRODUCCIÓN.....	- 3 -
2.	BOLIVIA NO HA DADO SU CONSENTIMIENTO AL PRESENTE ARBITRAJE.....	- 5 -
2.1	Bolivia no ha dado su consentimiento en los Tratados para la acumulación de controversias.....	- 6 -
2.2	Bolivia no ha dado su consentimiento tácito para la acumulación de controversias por medio de su conducta.....	- 11 -
2.3	El consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias no puede presumirse.....	- 12 -
2.4	El consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias no puede ser suplantado por argumentos de economía procesal.....	- 15 -
3.	LAS DEMANDANTES NO DEMUESTRAN QUE RURELEC HAYA REALIZADO UNA INVERSIÓN EN BOLIVIA PROTEGIDA BAJO EL TRATADO CON EL REINO UNIDO.....	- 16 -
3.1	Rurelec no demuestra haber adquirido una participación accionaria indirecta en EGSA, ya sea en 2006 o 2009.....	- 16 -
3.2	Un participación indirecta en EGSA no es una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido.....	- 22 -
3.3	En cualquier caso, Rurelec no realizó ninguna contribución dentro del territorio boliviano como requiere el Tratado con el Reino Unido.....	- 25 -
3.3.1	La noción de “inversión” implica un aporte o contribución con valor económico en el territorio del Estado receptor.....	- 25 -
3.3.2	Rurelec no demuestra haber realizado ningún aporte o contribución con valor económico en el territorio de Bolivia.....	- 29 -
4.	BOLIVIA PUEDE DENEGAR LOS BENEFICIOS DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS A GUARACACHI AMERICA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO XII DE DICHO TRATADO.....	- 33 -
4.1	Bolivia denegó válidamente los beneficios del Tratado entre Bolivia y los Estados Unidos a Guaracachi America.....	- 34 -
4.2	Guaracachi America no lleva a cabo actividades comerciales importantes en el territorio de los Estados Unidos.....	- 39 -
5.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS NUEVOS RECLAMOS AL NO REUNIR LAS CONDICIONES QUE EXIGEN LOS TRATADOS.....	- 44 -
5.1	Las condiciones relativas a la notificación y negociación previas que imponen los Tratados tienen naturaleza jurisdiccional y son de carácter obligatorio.....	- 44 -
5.2	Los Nuevos Reclamos nunca fueron notificados a Bolivia previo al inicio del arbitraje.....	- 51 -
5.3	Nunca hubo negociación amistosa entre las Partes con relación a los Nuevos Reclamos.....	- 54 -

6.	LOS NUEVOS RECLAMOS SON RECLAMOS BAJO EL DERECHO BOLIVIANO QUE NO PUEDEN SER DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL BAJO LOS TRATADOS O EL DERECHO INTERNACIONAL .....	- 55 -
6.1	El Tribunal Arbitral debe realizar su propia calificación de la naturaleza jurídica de los Nuevos Reclamos .....	- 56 -
6.2	Los Nuevos Reclamos son prima facie reclamos exclusivamente bajo el Derecho boliviano.....	- 57 -
7.	EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DEL RECLAMO RELATIVO A LA REMUNERACIÓN POR POTENCIA O CAPACIDAD DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO IX(2) DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS .....	- 61 -
8.	EN CUALQUIER CASO, LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES RELATIVOS AL PRECIO SPOT Y A LOS MOTORES SON PREMATUROS .....	- 65 -
9.	EL TRIBUNAL DEBERÁ ORDERNAR UNA VERDADERA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y SUSPENDER LA FASE DEL FONDO .....	- 67 -
10.	PETITORIO .....	- 71 -

1. De conformidad con el punto 8 c) de la Orden de Procedimiento No. 8 y los artículos 21 y 23 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional revisado en 2010 (el “**Reglamento**”)<sup>1</sup>, el Estado Plurinacional de Bolivia (“**Bolivia**”) presenta su Réplica al Contra-Memorial de las Demandantes sobre las Objeciones a la Jurisdicción del Tribunal Arbitral (la “**Réplica**”) constituido para conocer de esta disputa (el “**Tribunal Arbitral**”).
2. Esta Réplica incluye la tercera declaración testimonial de la Lic. Martha Lourdes Bejarano Hurtado (“**Bejarano 3**”) y la segunda declaración testimonial del Ing. Eduardo Paz Castro (“**Paz 2**”), así como los anexos documentales R-102 a R-109 y los anexos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) RL-118 a RL-131.

## 1. INTRODUCCIÓN

3. Las Demandantes insisten en seguir libretos preestablecidos ya utilizados en otros casos. Con ocasión de sus defensas jurisdiccionales, las Demandantes, en efecto, ahora sugieren, tal y como lo han hecho automáticamente tantas otras demandantes en tantos otros procesos similares, que las Objeciones a la Jurisdicción presentadas por Bolivia tan sólo perseguirían una finalidad dilatoria. El libreto, sin embargo, no funciona en este caso. Dicha sugerencia, en efecto, es incorrecta y abusiva.
4. Bolivia, por una parte, no ha hecho sino subrayar la evidente falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral en este caso. No debe caber la menor duda de que los representantes del Estado tienen el derecho y el deber de hacerlo.
5. El reproche de las Demandantes sugiere incorrectamente que los tribunales arbitrales internacionales de inversiones son los jueces naturales de este tipo de controversias. Esto no es verdad. La regla general en la materia, en efecto, es que los litigios entre un particular y un Estado soberano deben ser resueltos, en razón de la inmunidad de jurisdicción de este último, por los jueces de dicho Estado. Así las cosas, es solamente por vía de excepción que un tribunal arbitral internacional de inversiones sería competente para conocer de estas controversias. La jurisdicción de dicho tribunal, por consiguiente, debe ser establecida por la parte demandante de manera clara y precisa. En este caso, sin embargo, las Demandantes no han demostrado con claridad y precisión la supuesta jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de este asunto. *Actori incumbit probatio*.

---

<sup>1</sup> Los términos en mayúsculas que no se encuentren expresamente definidos en este escrito tendrán el significado que se les atribuyó en anteriores escritos y/o correspondencia de Bolivia.

6. La sugerencia de las Demandantes también es abusiva. Para no tomar sino dos ejemplos, las Demandantes, siguiendo sus propias estrategias, fueron quienes decidieron:

a. acumular indebidamente, en un solo arbitraje, pretensiones de un supuesto inversionista inglés y un supuesto inversionista norteamericano basadas en dos tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones diferentes. Como es obvio y no requiere mayor análisis, Bolivia no ha prestado su consentimiento en ningún instrumento ni a través de comportamiento alguno para que dicha acumulación pueda tener lugar en este asunto. La falta de una respuesta convincente por parte de las Demandantes a esta primera objeción jurisdiccional de Bolivia es extraordinaria:

i. Primero, las Demandantes sugieren que la objeción de Bolivia no debe prosperar por cuanto no existiría ningún precedente en el que otro tribunal haya aceptado una objeción jurisdiccional similar. *Non sequitur*.

ii. Segundo, las Demandantes arguyen que la acumulación que pretenden imponerle a Bolivia se justifica por cuanto, en otros casos, Estados demandados no objetaron a dicha acumulación indebida. *Non sequitur*.

iii. Y, tercero, las Demandantes insisten en que la acumulación se justificaría por cuanto la misma permitiría ahorrar costos y esfuerzos y evitar decisiones contradictorias. Ningún pragmatismo como el propuesto por las Demandantes puede, sin embargo, hacer olvidar que Bolivia no ha consentido en ningún lugar y de ninguna manera a la indebida acumulación impuesta por las Demandantes. En este caso, el estándar aplicable, en efecto, debe ser jurídico y no (de ninguna manera) de oportunidad o conveniencia.

b. introducir los Nuevos Reclamos en este arbitraje sin haberle dado la posibilidad a Bolivia, a través de una notificación de disputa, de remediarlos. El intento de las Demandantes de confundir el reclamo por concepto de la Nacionalización con los Nuevos Reclamos es infundado. Le corresponderá al Tribunal Arbitral efectuar su propia calificación de los hechos para decidir si los Nuevos Reclamos son parte del reclamo por concepto de Nacionalización. Se trata, en realidad, de controversias distintas.

7. La naturaleza de las dos objeciones jurisdiccionales descritas más arriba es más que suficiente para justificar la bifurcación *plena* del presente procedimiento arbitral. Para no ir más lejos, si el Tribunal Arbitral acepta la primera objeción jurisdiccional de Bolivia, este arbitraje debe darse por terminado aquí y ahora.
8. Como Bolivia lo demostrará una vez más en los capítulos que siguen, las respuestas de las Demandantes a las demás objeciones jurisdiccionales de Bolivia tampoco son convincentes: la narración de los hechos que justificarían que las Demandantes son inversionistas e hicieron una inversión en Bolivia tiene demasiadas lagunas; la proposición según la cual Bolivia busca una aplicación retroactiva de la cláusula de denegación de beneficios es un sinsentido; la actividad comercial sustancial de Guaracachi America en los Estados Unidos es simplemente inexistente; la calificación de los Nuevos Reclamos de “*Treaty claims*” es arbitraria y debe ser rechazada por el Tribunal Arbitral; las Demandantes ya han elegido la vía judicial boliviana para ventilar algunas de sus pretensiones; y los Nuevos Reclamos son prematuros e inadmisibles. En definitiva, el Tribunal Arbitral no es competente para atender este caso.

## **2. BOLIVIA NO HA DADO SU CONSENTIMIENTO AL PRESENTE ARBITRAJE**

9. Las Demandantes aceptan que tienen la carga de la prueba en cuanto a la jurisdicción del Tribunal Arbitral y, por lo tanto, que les corresponde probar con suficiente certeza (y no a Bolivia probar lo contrario) que concurren en este caso todas y cada una de las condiciones para la jurisdicción del Tribunal Arbitral, incluido el consentimiento de las Partes.
10. Las Demandantes, sin embargo, siguen sin identificar cómo, cuándo y dónde Bolivia, un Estado soberano, habría dado su consentimiento al presente arbitraje.
11. En su lugar, dedican tan solo 9 párrafos de su Contra-Memorial<sup>2</sup> (en un claro intento de restarle importancia a esta objeción) a crear confusión e invocar motivos de oportunidad o supuesta economía procesal que, de ningún modo, pueden reemplazar la necesidad jurídica del consentimiento.
12. La cuestión fundamental que plantea la objeción de Bolivia y que las Demandantes han sido incapaces de responder es: ¿dónde consta el consentimiento de Bolivia a

---

<sup>2</sup> Contra-Memorial de las Demandantes sobre la Jurisdicción del 26 de octubre de 2012 (“**Contra-Memorial**”), párrs. 5 a 13.

que un supuesto inversionista inglés y un supuesto inversionista norteamericano sometan conjuntamente sus respectivas controversias con el Estado, bajo Tratados distintos, en un mismo y único procedimiento arbitral y ante un solo tribunal arbitral?

13. Tal consentimiento simplemente no existe y, por ello, el Tribunal Arbitral deberá negar su jurisdicción como ya hizo el tribunal en el caso *ICS c. Argentina*:

*La carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre un demandante determinado que la invoque contra un demandado determinado. Cuando el demandante no logre probar el consentimiento con suficiente certeza, la competencia será rechazada<sup>3</sup>.*

14. Como se demostrará a continuación, todos y cada uno de los argumentos aducidos por las Demandantes para eludir la falta de consentimiento de Bolivia son jurídicamente irrelevantes, insuficientes o claramente incorrectos. En primer lugar, las Demandantes no demuestran cómo el consentimiento de Bolivia en los Tratados (2.1) o su conducta en este arbitraje (2.2) podrían llevar al Tribunal Arbitral a concluir que la acumulación de controversias ha sido aceptada por Bolivia. Además, contrariamente a lo que pretenden las Demandantes, el derecho internacional no permite presumir dicho consentimiento (2.3) ni suplantarlos por otras consideraciones (2.4).

## **2.1 Bolivia no ha dado su consentimiento en los Tratados para la acumulación de controversias**

15. En su Contra-Memorial, las Demandantes se limitan a afirmar (sin demostrar) que no es necesario que Bolivia consienta a la acumulación pues ya ha consentido al arbitraje internacional en los Tratados<sup>4</sup>.
16. Mera alegación no es suficiente. Las Demandantes deberían demostrar cómo y por qué el consentimiento de Bolivia en los Tratados a arbitrar, por un lado, con inversionistas del Reino Unido, y, por otro, con inversionistas de los Estados Unidos, les permitiría acumular sus controversias bajo los Tratados en un solo arbitraje y ante un único tribunal arbitral.

---

<sup>3</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina*, (Caso CNUDMI, CPA No. 2010-9), decisión sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 280, **RL-29**.

<sup>4</sup> Contra-Memorial, párrs. 5 a 13.

17. Los únicos instrumentos que invocan las Demandantes como base del consentimiento de Bolivia son los artículos IX del Tratado con los Estados Unidos y VIII del Tratado con el Reino Unido. No está en disputa que dichos artículos no autorizan *expresamente* la acumulación, lo que las Demandantes tratan de eludir mediante dos falsos argumentos.
18. *In limine*, es un principio incontrovertido del derecho internacional que un tribunal deriva su jurisdicción (en cuanto poder y autoridad para decidir una controversia) – que es por definición excepcional – exclusivamente del consentimiento de las partes. En efecto, “*state consent is the incontrovertible requisite for any kind of international settlement procedure*”<sup>5</sup>. El consentimiento de las partes (formado por la oferta del Estado aceptada por el inversor) delimita el alcance del poder o autoridad del tribunal en cada caso concreto<sup>6</sup>.
19. *En primer lugar*, las Demandantes invocan la distinción entre “consolidación” y “acumulación” de acciones, alegando que el consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias no sería necesario por cuanto, si bien el consentimiento es necesario para la consolidación, “*no issue of ‘consolidation’ arises in this case*”<sup>7</sup>.
20. Bolivia nunca pretendió que el presente caso involucrase una consolidación de procedimientos separados *en curso ante distintos tribunales*, como sucedió en los casos *Pan American, Lauder* y *CME*. Sin embargo, el resultado que pretenden obtener las Demandantes en este arbitraje es, en la práctica, idéntico a una consolidación.
21. En efecto, las Demandantes tratan de forzar una consolidación *de facto* mediante la acumulación de controversias con partes distintas, bajo tratados distintos, en un

---

<sup>5</sup> *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, (Caso CIADI, No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012, párr. 175, **RL-118**.

<sup>6</sup> *Ver*, por ejemplo, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/17), opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern del 21 de junio de 2011, párr. 53 (“*En efecto, que un Estado haya otorgado su consentimiento a otro Estado para conferirle ciertos derechos sustantivos a los inversores de ese Estado no implica que dicho Estado también haya otorgado su consentimiento para que los inversores extranjeros puedan posteriormente demandar a dicho Estado directamente en un proceso de arbitraje internacional. Para que surja un derecho de esa índole, debe otorgarse un consentimiento específico en el tratado y el Estado puede dar forma a dicho consentimiento según lo estime apropiado, al establecer las condiciones básicas según las cuales otorga su consentimiento; es decir, las condiciones en virtud de las que se realiza dicho “ofrecimiento de someterse al arbitraje” a los inversores extranjeros*”), **RL-119**.

<sup>7</sup> *Contra-Memorial*, párr. 6.



único procedimiento arbitral y ante un solo tribunal arbitral sin el consentimiento de Bolivia<sup>8</sup>.

22. Más allá de una distinción semántica, las Demandantes en ningún momento explican por qué la “consolidación” (para lo que reconocen que es necesario el consentimiento expreso del Estado<sup>9</sup>) y la “acumulación” deberían ser tratadas de forma distinta con relación a la necesidad de consentimiento expreso del Estado. Si el consentimiento del Estado es necesario para lo primero, ¿por qué no lo es también para lo segundo?
23. Según las Demandantes, si Guaracachi America y Rurelec hubieran iniciado dos arbitrajes separados (como sucedió de manera correcta en los casos *Lauder* y *CME* contra la República Checa), entonces sí sería necesario el consentimiento de Bolivia para acumularlos en un único procedimiento; como han decidido iniciar uno solo, dicho consentimiento no sería necesario. Esto es absurdo.
24. En ambos casos, la fuente del consentimiento de Bolivia es el mismo (los Tratados) y su alcance no cambia en función de lo que decidan hacer los inversionistas al presentar sus reclamos. El alcance del consentimiento del Estado en un tratado no puede verse alterado por la acción unilateral de un inversionista.
25. De lo contrario, el Estado no podría razonable y legítimamente prever las consecuencias del compromiso que ha asumido en el tratado, lo que es contrario al principio de interpretación de buena fe de los convenios de arbitraje. Así, tribunales arbitrales han indicado que “*todo acuerdo, incluyendo los convenios de arbitraje, debe ser aplicado de buena fe, es decir tomando en cuenta las consecuencias de los compromisos que se puede considerar que las partes han razonable y legítimamente asumido*”<sup>10</sup>.
26. El alcance del consentimiento al arbitraje internacional en materia de inversiones es determinado por el alcance de la oferta de arbitrar hecha por el Estado en el tratado

---

<sup>8</sup> Objeciones, párr. 28.

<sup>9</sup> Contra-Memorial, párr. 6 (“*Express consent is required to consolidate proceedings*”).

<sup>10</sup> *Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1) laudo sobre jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, párr. 14, **RL-120**.

correspondiente. El inversor solo puede aceptar lo que le fue ofertado por el Estado<sup>11</sup>.

27. No está en disputa que el consentimiento de Bolivia en los Tratados con los Estados Unidos y con el Reino Unido no prevé que inversores norteamericanos e inversores británicos inicien un solo arbitraje en contra del Estado bajo los Tratados. Por lo tanto, las Demandantes nunca tuvieron una oferta de Bolivia que les permitiera elegir entre iniciar uno solo o dos arbitrajes.
28. Los casos *Lauder*<sup>12</sup> y *CME*<sup>13</sup> ilustran esta misma situación. Los inversores iniciaron dos arbitrajes distintos contra la República Checa bajo dos tratados distintos (con los Estados Unidos y los Países Bajos, respectivamente). Así lo hicieron no porque fuera una entre varias opciones, como alegan falsamente las Demandantes<sup>14</sup>, sino porque eso era lo único a lo que había consentido la República Checa en los tratados. El Sr. Lauder y CME sí podían iniciar dos arbitrajes distintos en contra del Estado en aplicación de los tratados, pero necesitaban del consentimiento específico de este último para consolidar dichos arbitrajes en uno solo.
29. En otros términos, los tratados aplicables en los casos *Lauder* y *CME*, al igual que los Tratados en el presente caso, no contenían el consentimiento del Estado para

---

<sup>11</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina* (CNUDMI), laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 272 (“Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar. A diferencia de una disposición de resolución de controversias en un contrato de concesión entre un inversor y un Estado receptor donde los eventos o circunstancias ulteriores que surjan pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar el efecto que se le debe asignar a los términos negociados con anterioridad, el tratado de inversión presenta una situación de “tómelo o déjelo” en tanto ya se conocen las circunstancias de la controversia y del inversor.”), **RL-29**. Ver también *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/17), opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern del 21 de junio de 2011, párr. 53, **RL-119**.

<sup>12</sup> *Ronald S. Lauder c. República Checa* (UNCITRAL), laudo final del 3 de septiembre de 2001, párr. 172, **CL-23**.

<sup>13</sup> *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, (Caso CNUDMI), laudo parcial del 13 de septiembre 2001, párr. 412, **RL-33**.

<sup>14</sup> Contra-Memorial, párr. 6 (b) (“*Similarly, in CME, the claimants (at their election) brought two separate arbitrations, one under the Czech–United States BIT (Ronald S. Lauder v. Czech Republic) and one under the Czech–Netherlands BIT (CME v. Czech Republic) relating to the same investment*”) (el resaltado es nuestro).

acumular controversias de inversores de distinta nacionalidad, bajo tratados distintos, en un solo arbitraje. El tribunal en el caso *Lauder* explicó que:

*Only this Arbitral Tribunal can decide whether the Czech Republic breached the Treaty towards Mr. Lauder, and only the arbitral tribunal in the parallel Stockholm Proceedings can decide whether the Czech Republic breached the Dutch/Czech bilateral investment treaty in relation to CME . As a result, CME has neither a better - nor a worse - claim in the parallel arbitration proceedings than Mr. Lauder's claim in the present arbitration proceedings. It only has a different claim.*

*It should furthermore be noted that the Respondent refused to allow the constitution of identical arbitral tribunals to hear both treaty cases<sup>15</sup>.*

30. *Lauder* y *CME* confirman que, para que inversores distintos, bajo tratados distintos, puedan consolidar procedimientos separados en un único procedimiento ante un mismo tribunal arbitral (lo que, en la práctica, equivale a iniciar conjuntamente un único procedimiento arbitral, situación existente en el presente caso), sí requieren el consentimiento expreso del Estado, más allá del que ya existe en los tratados invocados.
31. Respecto del caso *Pan American*<sup>16</sup> citado por Bolivia, las Demandantes tergiversan su contenido al afirmar que “[i]t was only because the claimants had chosen to file two separate requests for arbitration at different times that they were compelled to seek the respondent State’s consent in order to consolidate the two resulting arbitral proceedings”<sup>17</sup>. En ningún momento el tribunal *Pan American* afirma lo que pretenden las Demandantes. No existe en la decisión *Pan American* ninguna conclusión del tribunal según la cual si los demandantes hubieran elegido iniciar un único procedimiento no habrían necesitado el consentimiento de Argentina.
32. *En segundo lugar*, las Demandantes alegan que la objeción de Bolivia fundada en la falta de consentimiento para la consolidación “*is not supported by any authority*”<sup>18</sup>.
33. No está claro cuál es el efecto jurídico que las Demandantes pretenden atribuir a tal afirmación. Es innegable que el arbitraje de inversión no es un sistema de

---

<sup>15</sup> *Ronald S. Lauder c. Republica Checa* (CNUDMI), laudo final del 3 de septiembre de 2001, párrs. 177-178, **CL-23**.

<sup>16</sup> *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/13), decisión sobre las excepciones preliminares del 27 de julio de 2006, **RL-32**.

<sup>17</sup> Contra-Memorial, párr. 6 (a) (el resaltado es nuestro).

<sup>18</sup> Contra-Memorial, párr. 7.

precedente vinculante. Por otro lado, pretender que el requisito del consentimiento a la jurisdicción de un tribunal internacional debe ser “sustentado” por alguna autoridad es absurdo. Se trata, como respecto del primer argumento de las Demandantes, de un falso debate.

34. En cualquier caso, en materia de jurisdicción internacional, “[n]on-consent is the default rule; consent is the exception”<sup>19</sup>.

## **2.2 Bolivia no ha dado su consentimiento tácito para la acumulación de controversias por medio de su conducta**

35. Reconociendo que Bolivia no dio su consentimiento en los Tratados para la acumulación de controversias, las Demandantes invocan varias decisiones que, supuestamente, establecerían que no es necesario el consentimiento *expreso* para la acumulación de controversias<sup>20</sup>.

36. Concretamente, las Demandantes invocan cuatro casos en los que inversores de nacionalidades distintas iniciaron, conjuntamente, un único procedimiento arbitral contra el Estado bajo tratados distintos: los casos *Piero Foresti*<sup>21</sup>, *OKO Pankki OYJ*<sup>22</sup>, *Itera*<sup>23</sup> y *Suez*<sup>24</sup>. Con base en estos casos, que presentan como similares al caso presente, las Demandantes alegan que “[n]o claimant has ever been dismissed from an investment arbitration simply because it filed its claims jointly with another claimant”<sup>25</sup>.

37. Sin embargo, las propias Demandantes observan correctamente a propósito de dichos casos que:

---

<sup>19</sup> *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, (Caso CIADI, No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012, párr. 175, **RL-118**.

<sup>20</sup> Contra-Memorial, párr. 7.

<sup>21</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli y Otros c. Africa del Sur* (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/1), laudo del 4 de agosto de 2010, **CL-134**.

<sup>22</sup> *OKO Pankki OYJ, VTB Bank (Deutschland) AG y Sampo Bank Plc c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB.04/6), laudo del 19 de noviembre de 2007, **CL-120**.

<sup>23</sup> *Itera International Energy LLC y Itera Group NV c. Georgia* (Caso CIADI No. ARB/08/7), decisión sobre admisibilidad de reclamos secundarios del 4 de diciembre de 2009, **CL-128**.

<sup>24</sup> *Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), laudo sobre jurisdicción del 16 de mayo de 2006, **CL-117**.

<sup>25</sup> Contra-Memorial, párr. 7.

*There is no evidence in any of these cases that respondent States viewed the practice [for multiple investors to file their arbitrations jointly where there are separate legal instruments involved] as inappropriate, inconsistent with their respective BITs, or the applicable arbitration rules<sup>26</sup>.*

38. En efecto, en ninguno de los casos mencionados los Estados objetaron a la jurisdicción del tribunal con base en la falta de consentimiento para la acumulación de controversias. He aquí la distinción fundamental con el caso presente.
39. Fue precisamente porque los Estados implicados (la República Sudafricana, Estonia, Georgia y Argentina) participaron activamente en los arbitrajes sin objetar a la acumulación (al contrario del caso presente) que (i) consintieron *tácitamente*, por medio de su conducta, a la acumulación y (ii) ninguno de esos tribunales tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión que debe decidir este Tribunal Arbitral.
40. El hecho que los Estados en los casos mencionados no hayan objetado a la jurisdicción del tribunal arbitral (por motivos que les son propios) no implica que Bolivia no pueda objetar a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral. El consentimiento *tácito* de dichos Estados no puede modificar el alcance del consentimiento de Bolivia en este caso.

### **2.3 El consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias no puede presumirse**

41. Las Demandantes también alegan que “[w]here dispute resolution provisions in different instruments are compatible, as in the present case, investors may (and commonly do) initiate arbitration proceedings jointly under different instruments”<sup>27</sup>. Con ello, sugieren que el consentimiento de Bolivia puede presumirse por la mera compatibilidad alegada de los Tratados.
42. El consentimiento de Bolivia no puede presumirse en derecho internacional. El consentimiento de un Estado debe ser cierto y sin ambigüedad, como han confirmado los tribunales en materia de inversiones<sup>28</sup>. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Daimler* afirmó que:

---

<sup>26</sup> Contra-Memorial, párr. 8.

<sup>27</sup> *Id.*, párr. 9.

<sup>28</sup> *Plama Consortium Limited c. Republica de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24), decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párr. 198 (“*Nowadays, arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states. Yet, that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is*

*General respect for State consent is also manifested by the fundamental principle of public international law according to which international courts and tribunals can only exercise jurisdiction over a State on the basis of its consent. As noted by the Permanent Court of International Justice in one of its first judgments, “[i]t is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes ... either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement”.*

*This basic rule was often recalled by the International Court of Justice, as in particular in the *Ambatielos* case as well as in the *Monetary Gold* case. Against this background, it is not possible to presume that consent has been given by a state. Rather, the existence of consent must be established. This may be accomplished either through an express declaration of consent to an international tribunal’s jurisdiction or on the basis of acts “conclusively establishing” such consent. What is not permissible is to presume a state’s consent by reason of the state’s failure to proactively disavow the tribunal’s jurisdiction. Non-consent is the default rule; consent is the exception. Establishing consent therefore requires affirmative evidence. But the impossibility of basing a state’s consent on a mere presumption should not be taken as a “strict” or “restrictive” approach in terms of interpretation of dispute resolution clauses. It is simply the result of respect for the rule according to which state consent is the incontrovertible requisite for any kind of international settlement procedure. This was already established by the Permanent Court of International Justice in the famous *Lotus* case of 1927 and further recalled by the ICJ in the case of the *Aerial Incident of July 27, 1955* as well as in the *East Timor* case of 1995. What is true of the very existence of consent to have recourse to a specific international dispute resolution mechanism is also true as far as the scope of this consent is concerned<sup>29</sup>.*

43. Bolivia ya explicó en sus Objeciones que los artículos relativos al arreglo de disputas entre inversionistas y Estado en los Tratados no son compatibles<sup>30</sup>. Pero incluso si lo fueran, ello no significaría que existe el consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias bajo los Tratados.
44. Alegar que los Tratados *no prohíben* la acumulación de controversias en un único arbitraje no es suficiente. Las Demandantes deben demostrar que los Tratados *autorizan* dicha acumulación. Lo contrario equivaldría a considerar que un Estado consiente en un tratado a todo aquello que no está expresamente prohibido por el mismo, lo que es absurdo.

---

*a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous”), CL-110.*

<sup>29</sup> *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012, párrs. 174-175, (el primer resaltado es nuestro. El según resaltado consta en el original), **RL-118**.

<sup>30</sup> Objeciones, párr. 29.

45. Finalmente, las Demandantes invocan cuatro casos en los que los tribunales habrían “*heard claims brought by multiple claimants relying on multiple, compatible consents in a single arbitration*” (tratados y leyes nacionales, o tratados y contratos)<sup>31</sup>.
46. Ninguno de estos casos (asumiendo, *quod non*, que pudieran tener alguna relevancia), sin embargo, afirma que se pueda presumir el consentimiento de Bolivia en el presente caso. Además:
- a. Dos de los casos citados son irrelevantes pues conciernen reclamos de un único inversor, y no reclamos planteados por “*multiple claimants*”<sup>32</sup>.
  - b. En el tercer caso, *Rumeli*, el Estado no objetó a la jurisdicción del tribunal con base en su falta de consentimiento a la acumulación de controversias y, por lo tanto, la aceptó tácitamente<sup>33</sup>. Nada tiene que ver, por lo tanto, con el caso presente.
  - c. Finalmente, en *Duke Energy*, los diferentes instrumentos en los que constaba el consentimiento de Ecuador (tratado y convenio arbitral) implicaban a las mismas partes, por lo que el tribunal tenía “*bases acumulativas de jurisdicción*”<sup>34</sup>. En cambio, en el presente caso, cada Demandante invoca un consentimiento distinto en un Tratado diferente.

#### **2.4 El consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias no puede ser suplantado por argumentos de economía procesal**

47. Finalmente, los argumentos de oportunidad o economía procesal de las Demandantes no permiten suplantar la condición jurídica esencial del

---

<sup>31</sup> Contra-Memorial, párr. 9.

<sup>32</sup> *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI No. ARB/08/6), decisión sobre jurisdicción del 30 de junio de 2011, **CL-137**; *Pac Rim Cayman LLC c. Republica de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), decisión sobre objeciones preliminares sobre artículos 10.20.1 y 10.2.5 del CAFTA del 2 de agosto de 2010, **CL-133**.

<sup>33</sup> *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republica de Kazakstán* (Caso CIADI No. ARB/05/16), laudo del 29 de Julio de 2008, párrs. 223-300, **CL-52**.

<sup>34</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19), laudo del 18 de agosto de 2008, párr. 156, **CL-53**.

consentimiento de Bolivia para la jurisdicción del Tribunal Arbitral<sup>35</sup>. No existe economía procesal cuando se trata del consentimiento de un Estado.

48. Los tribunales internacionales reiteran unánimemente que “*the fundamental principle and basic rule in international adjudication, is that of the consensual basis of jurisdiction*”<sup>36</sup>. Todo tribunal internacional debe determinar su jurisdicción con base en el consentimiento de las partes, el cual determina el alcance de la jurisdicción del tribunal, y no consideraciones de justicia o eficacia procesal.
49. Las Demandantes confunden cuestiones de orden puramente procesal relacionadas con la discreción del Tribunal Arbitral bajo el artículo 17 (1) del Reglamento para conducir de manera eficiente el procedimiento y cuestiones jurisdiccionales, como es la inexistencia y el alcance del consentimiento de Bolivia al presente arbitraje<sup>37</sup>.
50. El Reglamento no autoriza a un tribunal a dispensar del consentimiento claro y no ambiguo del Estado. Al contrario, el mismo artículo 17 (5) del Reglamento confirma la necesidad del consentimiento al requerir, para que el Tribunal Arbitral pueda autorizar la intervención de uno o más terceros, que dicho tercero sea parte en el acuerdo de arbitraje<sup>38</sup>.
51. Ante lo expuesto, las Demandantes no han demostrado (por la simple razón de que no existe) el consentimiento de Bolivia para la acumulación de controversias en este caso. El Tribunal Arbitral deberá, por lo tanto, declarar que carece de jurisdicción

---

<sup>35</sup> Contra-Memorial, párr. 11.

<sup>36</sup> *Abaclat y Otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab del 28 de octubre de 2011, párr.8, **RL-121**.

<sup>37</sup> Contra-Memorial, párr. 12. Si el tribunal en el caso *Abaclat*, por mayoría, consideró que la cuestión de saber si una multitud de inversores podía presentar controversias surgidas de supuestas violaciones de un mismo tratado (el tratado entre Argentina y Italia) era de orden procesal, dicho error fue corregido por el Profesor Abi-Saab en su Opinión disidente: “*is [...] conceptually wrong. It adopts an extremely narrow, in fact partial, concept of jurisdiction, limiting it to the ambit within which jurisdiction is exercised. But, as explained above [...], jurisdiction is first and foremost a power, the legal power to exercise the judicial or arbitral function. Any limits to this power, whether inherent or consensual, i.e. stipulated in the jurisdictional title (consent with certain limits, or subject to reservations or conditions relating to the powers of the organ) are jurisdictional by essence.*” *Abaclat y Otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab del 28 de octubre de 2011, párr. 126, **RL-121**.

<sup>38</sup> Reglamento, Art. 17(5) (“*El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje*”) (el resaltado es nuestro).



*ratione voluntatis* para decidir sobre los reclamos presentados conjuntamente por las Demandantes y ordenarles compensar integralmente a Bolivia por todos los gastos ocasionados por su defensa en este arbitraje.

**3. LAS DEMANDANTES NO DEMUESTRAN QUE RURELEC HAYA REALIZADO UNA INVERSIÓN EN BOLIVIA PROTEGIDA BAJO EL TRATADO CON EL REINO UNIDO**

52. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* sobre Rurelec puesto que no posee una inversión protegida bajo el Tratado en Bolivia.

53. En respuesta a las Objeciones, Rurelec continúa sin probar la adquisición de una supuesta participación accionaria indirecta en EGSA, ya sea en 2006 o 2009 (3.1). Incluso si (*quod non*) Rurelec hubiera probado dicha adquisición, una participación accionaria indirecta a través de múltiples sociedades interpuestas en las Islas Vírgenes Británicas no constituye una inversión protegida por el Tratado con el Reino Unido (3.2). Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral concluye que el Tratado con el Reino Unido protege inversiones indirectas, deberá estimar que la supuesta participación de Rurelec en EGSA no es una “inversión” protegida por cuanto Rurelec no ha realizado ninguna contribución en el territorio de Bolivia (3.3).

**3.1 Rurelec no demuestra haber adquirido una participación accionaria indirecta en EGSA, ya sea en 2006 o 2009**

54. Los 3 párrafos que dedican las Demandantes en su Contra-Memorial<sup>39</sup> a tratar de justificar la supuesta adquisición por Rurelec de una participación accionaria indirecta en EGSA son claramente insuficientes.

55. *In limine*, las Demandantes malinterpretan la posición de Bolivia al afirmar que “*Bolivia now argues that the documents Rurelec has tendered show that Rurelec acquired its stake in Guaracachi only in June 2009*”<sup>40</sup>. Bolivia nunca ha aceptado que exista prueba de una supuesta *adquisición* de acciones por parte de Rurelec que impliquen un accionariado indirecto en EGSA, ya sea en 2006 o 2009.

56. Si bien las Demandantes alegan que el “*12 December 2005 Share Purchase Agreement establish[es] the acquisition of Bolivia Integrated Energy Ltd (which*

---

<sup>39</sup> Contra-Memorial, párrs. 17-19.

<sup>40</sup> Contra-Memorial, párr. 15.

*holds 100% of GAI's shares) by Birdsong Overseas Limited (a wholly-owned subsidiary of Rurlec) for US\$ 35 million*<sup>41</sup>, no aportan la prueba de dicha alegación.

57. *En primer lugar*, las Demandantes no prueban *pago* alguno correspondiente a esa supuesta adquisición. En su lugar, transcriben el precio que consta en (i) un contrato de compraventa de acciones del 12 de diciembre de 2005 (el “**Contrato de Compraventa de Acciones**”), (ii) un Share Transfer del 5 de enero de 2006 y (iii) una nota de prensa de Rurelec del 5 de enero de 2006<sup>42</sup>.
58. Nótese que no existe en el expediente ningún documento que demuestre si se pagó dicho precio, en su totalidad o en parte, por quién, cómo y cuándo. No existe, por ejemplo, ningún documento bancario, ningún certificado que confirme recibo de fondos, ninguna orden de giro o transferencia, etc.
59. Como ya señaló Bolivia en su Contra-Memorial sobre el fondo<sup>43</sup>, el Contrato de Compraventa de Acciones no demuestra la realización de ningún pago. Al contrario, prevé un complejo mecanismo de pagos aplazados de los que se desconoce si fueron realizados. Concretamente, dicho contrato preveía:
- a. Un primer pago, una vez verificadas ciertas etapas o condiciones, de US\$ 20 millones “*by telegraphic transfer to the Seller's Solicitors or as the Seller shall otherwise direct*”<sup>44</sup>. Las Demandantes no han aportado la prueba ni siquiera de este primer pago;
  - b. Un segundo pago de US\$ 10 millones “*by telegraph transfer to the Seller's Solicitors*” condicionado a “*Completion occurring and to PE and Technology Finance Limited subscribing in US\$ for in aggregate 13,605,442 shares in the capital of Rurlec plc at a subscription price of 42 pence per share [...] and to the subscription monies being received in cleared funds [...] and to such shares being admitted to trading on AIM*”<sup>45</sup>. No existe ninguna prueba de este supuesto pago; y

---

<sup>41</sup> *Id.*, párr. 17.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Contra-Memorial de Bolivia sobre el fondo, párr. 186(e).

<sup>44</sup> Contrato de Compra de Acciones del 12 de diciembre de 2005, Cláusula 7.5(a), **R-61**.

<sup>45</sup> *Id.*, Cláusula 7.8.

- c. Dos pagos adicionales, también condicionales, en mayo de 2006 (por un máximo de US\$ 3 millones) y enero de 2008 (por el monto restante hasta completar US\$ 5 millones), ejecutables sobre unas *Loan Notes* que debían ser emitidas por Birdsong al momento de *Completion*<sup>46</sup>. Tampoco existe prueba alguna de estos supuestos pagos.
60. El Share Transfer de 5 de enero de 2006 tampoco demuestra *pago* alguno pues se ciñe a transcribir el precio del contrato (US\$ 35 millones)<sup>47</sup>. Además, es materialmente imposible que se hubiera verificado el pago de dicho precio a la fecha del Share Transfer tomando en cuenta los plazos en el Contrato de Compraventa de Acciones mencionados en el párrafo anterior puesto que dichos pagos se debían extender hasta 2008.
61. Del mismo modo, la nota de prensa que citan las Demandantes, también del 5 de enero de 2006, no establece prueba de ningún pago, ni siquiera de la compraventa de acciones. Al contrario, afirma que Rurelec, a través de Birdsong, “*is expected to acquire Bolivia Integrated from Southern Integrated for a total consideration of up to US\$ 35 million*”<sup>48</sup>. Por lo tanto, US\$ 35 millones habría sido el máximo que podría haber pagado Birdsong; no consta en el expediente cuál habría sido el monto realmente pagado (si hubo pago).
62. *En segundo lugar*, si bien las Demandantes presentan documentos internos que mencionan a Rurelec<sup>49</sup>, no prueban la supuesta cadena accionaria que vincularía a Rurelec indirectamente con EGSA desde 2006. Por primera vez en este caso, las Demandantes dedican una nota al pie de página del Contra-Memorial a dar un principio de explicación sobre el montaje societario que pretenden calificar de “*inversión*”<sup>50</sup>.
63. Según las Demandantes, la estructura accionaria antes de la Nacionalización habría sido como sigue:

---

<sup>46</sup> *Id.*, Cláusula 10.

<sup>47</sup> Certificado de Transferencia de Acciones de Bolivia Integrated del 5 de enero de 2006, **C-214**.

<sup>48</sup> Nota de prensa de Rurelec del 5 de enero de 2006 (el resaltado es nuestro), **C-215**.

<sup>49</sup> Por ejemplo, las Demandantes mencionan las Memorias Anuales de EGSA para 2007, 2008 y 2009. *Ver* Contra-Memorial, nota 36, pág. 10.

<sup>50</sup> Contra-Memorial, nota 35, pág. 10.

- a. El 50,00125% de las acciones de EGSA serían propiedad de Guaracachi America (constituida en los Estados Unidos) desde julio de 1995<sup>51</sup>;
  - b. Guaracachi America sería 100% propiedad de Bolivia Integrated Energy Ltd. (constituida en las *British Virgin Islands* – “BVI”) desde noviembre de 2003<sup>52</sup>;
  - c. Bolivia Integrated Energy Ltd. habría sido 100% propiedad de Obelisk Nominees Ltd. (domiciliada en una PO Box de la isla de Guernsey) desde su constitución en 2002 hasta el 18 de julio de 2007<sup>53</sup>;
  - d. El 18 de julio de 2007, Bolivia Integrated Energy Ltd. habría pasado a ser 100% propiedad de Beresford Number 2 Ltd. (domiciliada en Mauricio)<sup>54</sup>;
  - e. El 27 de octubre de 2008, Bolivia Integrated Energy Ltd. habría pasado a ser 100% propiedad de Tanelorn Investments Ltd. (domiciliada en BVI)<sup>55</sup>;
  - f. El 29 de junio de 2009, Bolivia Integrated Energy Ltd. habría pasado a ser 100% propiedad de Birdsong Overseas Ltd. (domiciliada en BVI)<sup>56</sup>; y
  - g. Birdsong habría sido 100% propiedad de Rurelec desde su constitución en diciembre de 2005.
64. Existen varios interrogantes respecto del relato de las Demandantes que surgen de los documentos aportados por éstas en el arbitraje.
65. Por un lado, toda la cronología anterior se basa en meros cuadros impresos en una página, sin ninguna explicación de la fuente ni indicación de la fiabilidad o carácter oficial de la información (por ejemplo, los registros de acciones no contienen la firma del secretario de la sociedad ni están acompañados de ningún certificado).

---

<sup>51</sup> Comprobante de la suscripción de 50% de las acciones de Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.M. por parte de Guaracachi America por US\$47,131 millones, del 28 de julio de 1995, **C-12**; Registro de Acciones y Certificados de Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.M., de 1995, **C-6**; y Memoria Anual 2009 de EGSA, **C-36**, p. 57.

<sup>52</sup> Certificado de Acciones y Registro de Acciones de Guaracachi America, Inc., **C-27**.

<sup>53</sup> Registro de Acciones de Bolivia Integrated Energy Ltd., **C-225**.

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

66. Por otro lado, en respuesta al argumento de Bolivia según el cual la cronología anterior demostraría, a lo sumo, que Rurelec tuvo una participación accionaria indirecta en EGSA desde junio de 2009, las Demandantes afirman que esto “*is due merely to corporate record keeping in the British Virgin Islands*”, que las acciones de Bolivia Integrated Energy Ltd. “*were held by a number of nominee companies in trust for its beneficial owners*”, y que varios “*mundane corporate changes do not alter the fact that since the initial acquisition was completed in 2006, the ultimate beneficial owner of Bolivia Integrated Energy Ltd. has been Birdsong Overseas Limited [...]*”<sup>57</sup>. Para sustentar estas afirmaciones, las Demandantes presentan una carta de Nerine Fiduciaries (“**Nerine**”) a sus abogados en Freshfields el 26 de octubre de 2012 (esto es, el mismo día de su Contra-Memorial)<sup>58</sup>.
67. Dejando de lado lo poco ortodoxo de las operaciones societarias y la carta de Nerine, ésta es la única prueba que vincularía a Birdsong con EGSA antes de 2009 (Nerine afirma que las demás entidades implicadas actuaron como “*Bare Trustee for Birdsong Overseas Limited*”<sup>59</sup>). Es llamativo que las Demandantes no hayan aportado ningún documento *contemporáneo* de esas otras entidades justificando que las acciones a su nombre de Bolivia Intergrated Energy Ltd. eran, realmente, de Birdsong. También es llamativo que Nerine mencione “*the new owners of Obelisk*” en julio de 2007, pero sin dar ninguna explicación de quiénes serían esos *nuevos* propietarios.
68. Lo que tampoco se explica es, si Birdsong supuestamente adquirió las acciones de Bolivia Integrated Energy Ltd. en enero de 2006, ¿por qué habría esperado hasta junio de 2009 para registrarlas en su nombre? Lo único que invocan las Demandantes es “*merely record keeping*” y Nerine, por su parte, lo justifica como algo realizado “*[t]o simplify the structure*”<sup>60</sup>.
69. Además, no existe ninguna prueba (más allá de afirmaciones o notas de prensa de las Demandantes) que demuestre que Birdsong era 100% propiedad de Rurelec. En efecto, las Demandantes únicamente prueban que Birdsong se constituyó en diciembre de 2005 en BVI y que Rurelec posee 1 acción con un valor nominal de

---

<sup>57</sup> Contra-Memorial, nota 35, pág. 10.

<sup>58</sup> Carta de Nerine Fiduciaries a Freshfields del 26 de octubre de 2012, C-226.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> Contra-Memorial, nota 35, pág. 10 y Carta de Nerine Fiduciaries a Freshfields del 26 de octubre de 2012, C-226.

US\$ 1<sup>61</sup>. Ninguno de los documentos de las Demandantes muestran cuántas acciones componen el capital social de Birdsong, por lo que es imposible determinar qué porcentaje accionario tendría Rurelec.

70. *Por último*, el hecho que el Sr. Peter Earl haya ejercido las funciones de Presidente del Directorio de EGSA no demuestra que las acciones de EGSA hayan sido propiedad, ni siquiera indirecta, de Rurelec<sup>62</sup>. El Sr. Earl y Rurelec son dos sujetos de derecho distintos de tal modo que los vínculos del primero con EGSA en nada demuestran un vínculo accionario del segundo con EGSA.
71. Por ello, es absurdo pretender probar un vínculo accionario entre Rurelec y EGSA afirmando que el Sr. Earl participó en una inauguración oficial de una nueva instalación de EGSA. No hay nada excepcional en que el Presidente del Directorio de EGSA (el Sr. Earl) asista a dicha inauguración (de hecho, la foto que incluyen los Demandantes en su Contra-Memorial ha sido copiada de la Memoria Anual de EGSA para 2007<sup>63</sup>). De ahí no se puede concluir, como afirman las Demandantes, que “*Bolivia, therefore, certainly had knowledge of [...] Rurelec’s investment in Guaracachi*”<sup>64</sup>.
72. Todo lo anterior es relevante por cuanto la inexistencia de una inversión de Rurelec es óbice para la jurisdicción del Tribunal Arbitral *ratione personae*. Incluso si el Tribunal Arbitral considerase que Rurelec ha aportado la prueba de su accionariado indirecto a partir de junio de 2009, eso sería insuficiente para su jurisdicción por cuanto Rurelec no habría tenido ninguna participación en EGSA cuando se realizaron las principales inversiones que alegan las Demandantes<sup>65</sup>.

### **3.2 Un participación indirecta en EGSA no es una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido**

73. Las Demandantes no disputan que los principios de interpretación de los tratados mencionados por Bolivia en la Sección 3.2.1 de sus Objeciones deben ser aplicados al presente caso. En particular, Bolivia ha invocado el principio según el cual:

---

<sup>61</sup> Certificado de Registro de Acciones de Birdsong Overseas Ltd., C-30; Certificado de Incorporación de Birdsong Overseas Ltd., C-29.

<sup>62</sup> Contra-Memorial, párr. 18.

<sup>63</sup> Ver Memoria Anual de EGSA 2007, pág. 20, C-126.

<sup>64</sup> Contra-Memorial, párr. 19.

<sup>65</sup> Ver Objeciones, párr. 49

*[I]t is generally to be assumed that the parties have included the terms which they wished to include and on which they were able to agree, omitting other terms which they did not wish to include and on which they were not able to agree<sup>66</sup>.*

74. Pese a que la objeción de Bolivia se basa esencialmente en la interpretación del Tratado con el Reino Unido de acuerdo con sus términos y la práctica contemporánea de Bolivia en materia de tratados bilaterales de inversión, la contestación de las Demandantes dedica tan solo un párrafo a la interpretación del Tratado con el Reino Unido (el párrafo 22).
75. Los 8 párrafos siguientes (23-30) contienen una presentación de diversos casos en los que tribunales internacionales habría aceptado el accionariado indirecto como “inversión”. Ninguno de esos casos, sin embargo, aplica el Tratado con el Reino Unido ni otros tratados firmados por Bolivia, por lo que carecen de relevancia para determinar el sentido de los términos empleados u omitidos en el Tratado con el Reino Unido y, por ende, determinar el alcance de la protección ofrecida por dicho Tratado, lo que corresponderá realizar al Tribunal Arbitral.
76. Las Demandantes se limitan a afirmar que el Tratado con el Reino Unido “*means what it says*”<sup>67</sup>. En particular, alegan que el lenguaje amplio del artículo 1(a) del Tratado debe interpretarse en el sentido de incluir las participaciones accionarias indirectas por cuanto no están excluidas.
77. Bolivia ya explicó por qué, en el caso presente, el hecho que el Tratado con el Reino Unido no mencione inversiones “directas o indirectas” debe interpretarse en el sentido de no incluir las participaciones accionarias indirectas<sup>68</sup>.
78. *En primer lugar*, Bolivia demostró que siempre que aceptó proteger inversiones indirectas lo hizo de manera expresa añadiendo los términos correspondientes en los tratados que celebró (por ejemplo, con Suiza en 1987 o con Francia en 1989). Si no lo hizo en el Tratado con el Reino Unido en 1988, fue con conocimiento de causa. Esta diferencia no puede ser simplemente ignorada por el Tribunal Arbitral.
79. El no incluir una referencia a detención “directa o indirecta” de inversiones fue una decisión de las Partes Contratantes que debe producir efectos jurídicos. De lo

---

<sup>66</sup> *Brown c. Scott*, [2003] 1 AC 681 (PC), por Lord Bingham of Cornhill, pág. 703, **RL-45**.

<sup>67</sup> Contra-Memorial, párr. 22.

<sup>68</sup> Objeciones, Sección 3.2.2.

contrario, no habría habido necesidad de incluir la referencia a la detención “directa o indirecta” de inversiones en otros tratados firmados en los años 80 para extender su ámbito de aplicación, lo que privaría a dicho texto de todo *effet utile*. Ese punto, como Bolivia lo explicó en sus Objeciones, fue confirmado por la jurisprudencia y doctrina internacionales<sup>69</sup>.

80. *En segundo lugar*, el Tratado con el Reino Unido, en otros artículos relevantes además de su artículo I (cuyo texto no está en disputa), confirma esta conclusión.
81. Por una parte, la exigencia de que las inversiones, para poder ser protegidas bajo el Tratado, sean “*de*” nacionales o sociedades de cada Parte Contratante (artículos II a V), sin referencia a nacionales de terceros Estados, confirma que el Tratado no se extiende a una nueva clase de nacionales o sociedades que detienen inversiones de forma indirecta.
82. Por otro lado, el artículo V(2) del Tratado emplea el verbo transitivo directo “*tener*” y el sustantivo “*propietario*”<sup>70</sup> con relación a acciones de una sociedad local. La propiedad de las acciones es un derecho que corresponde a una sola persona jurídica (quien figure en los libros de la sociedad como accionista). En este caso, incluso aceptando (*quod non*) el complejo andamiaje societario propuesto por las Demandantes para explicar la participación de Rurelec, Birdsong no era *propietario* de acciones de Bolivia Integrated Energy Ltd. sino hasta 2009 (antes, a lo sumo, habría tenido un *beneficial interest* a través de varios *trusts*).
83. Ninguno de los casos citados por las Demandantes se pronunció sobre la existencia en el tratado correspondiente de términos que confirmaban la no inclusión de inversiones indirectas<sup>71</sup>, ni sobre la práctica convencional contemporánea del Estado que demostraba que, cuando aceptaba proteger las inversiones indirectas, lo hacía expresamente.

---

<sup>69</sup> Objeciones, párrs. 72 y 76.

<sup>70</sup> “*Own*” y “*owner*” en la versión en inglés del Tratado.

<sup>71</sup> En el caso *Siemens*, por ejemplo, el tratado entre Argentina y Alemania contenía una disposición que, al contrario del artículo V(2) del Tratado con el Reino Unido, no requería que inversores sean propietarios de acciones de la sociedad local para que puedan reclamar compensación por medidas expropiatorias: “*Article 4 of the Protocol reads as follows: “A claim to compensation shall also exist when any of the measures defined in Article 4 is taken in respect of the company in which the investment is made and as a result the investment is severely impaired.”, Siemens A.G. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/8), decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004, nota al pie 105, CL-109.*



84. Las Demandantes citan, por ejemplo, el caso *Cemex c. Venezuela* en el que el tribunal consideró que el uso del término “de” (en el tratado entre Venezuela y los Países Bajos) no permitía, por sí solo, concluir que nacionales de uno de estos Estados debían tener la propiedad directa de las inversiones para ser protegidas. Las Demandantes citan con aprobación la mención que hizo el tribunal *Cemex* a la necesidad de demostrar un derecho de *propiedad*. En este caso, sin embargo, Rurelec no habría tenido un derecho de propiedad, incluso “indirecto” (si se admite este concepto de propiedad), sino hasta 2009.
85. Lo que no mencionan las Demandantes es que el tribunal *Cemex* se apoyó en la práctica contemporánea de Venezuela en materia de tratados de inversión para interpretar los términos de su consentimiento al arbitraje (mediante una ley de inversiones). En particular, el tribunal estimó que:

*al momento de aprobarse la Ley de Inversiones, Venezuela ya había firmado y ratificado diecisiete TBIs, en los que se establecía ya sea que Venezuela daba “su consentimiento incondicional para el sometimiento de las controversias” al arbitraje del CIADI o que sus controversias con inversionistas extranjeros “serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al CIADI”, o en los que se usaban ambas frases. Se utilizaron palabras equivalentes en algunas leyes nacionales y en los modelos de cláusulas del CIADI. Si hubiera sido la intención de Venezuela prestar su consentimiento por anticipado al arbitraje del CIADI en general, hubiera sido fácil para los redactores del artículo 22 expresar esa intención claramente empleando alguna de esas fórmulas bien conocidas<sup>72</sup>.*

86. La conclusión del tribunal *Cemex* se aplica en el presente caso, *mutatis mutandis*, con relación a la práctica de Bolivia relativa a la inclusión de los términos “directa o indirecta” en tratados bilaterales de inversión.
87. Por lo demás, Bolivia se remite a sus Objeciones respecto del análisis detallado del Tratado con el Reino Unido.

### **3.3 En cualquier caso, Rurelec no realizó ninguna contribución dentro del territorio boliviano como requiere el Tratado con el Reino Unido**

88. Incluso si el Tribunal Arbitral considera que Rurelec tiene una participación accionaria indirecta en EGSA (ya sea desde 2006 o 2009) y que el Tratado con el Reino Unido protege participaciones indirectas, el Tribunal Arbitral deberá negar su

---

<sup>72</sup> *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15), decisión sobre jurisdicción del 30 de diciembre de 2010, parr. 137, **CL-136**.

jurisdicción por cuanto Rurelec no demuestra haber realizado contribución alguna dentro del territorio boliviano, como exige el Tratado.

89. Las Demandantes dedican numerosos párrafos de su Contra-Memorial a distinguir el concepto de “*inversión de capital*” en la versión en español del Tratado con el Reino Unido del término “*inversión*” en la versión en inglés del mismo Tratado<sup>73</sup>. Dicha distinción es irrelevante para el presente caso y, al contrario de lo que sugieren las Demandantes<sup>74</sup>, Bolivia no ha basado su objeción en una posible diferencia entre las dos versiones del Tratado.
90. La objeción de Bolivia parte de la premisa que la noción misma de “*inversión*” implica un aporte o contribución con valor económico en el territorio del Estado receptor de dicha inversión (3.3.1). Puesto que Rurelec no demuestra haber realizado ningún aporte o contribución con valor económico en el territorio boliviano, carece de una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido (3.3.2).

### **3.3.1 La noción de “*inversión*” implica un aporte o contribución con valor económico en el territorio del Estado receptor**

91. Una vez resuelta la confusión que pretenden crear las Demandantes entre las dos versiones del Tratado con el Reino Unido, resta por definir el concepto de “*inversión*” en dicho Tratado, algo que las Demandantes eluden.
92. De acuerdo con su sentido ordinario o común<sup>75</sup>, la noción objetiva de “*inversión*” implica, entre otros, la existencia de un aporte o contribución con valor económico en el Estado receptor, acorde con el objeto y fin mismos de los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Si se considera el listado (no limitativo) de bienes y derechos enumerados en el artículo I del Tratado desligados de un concepto objetivo (y económico) de inversión, se llegaría a un resultado manifiestamente absurdo. Según el Profesor Zachary Douglas:

*[A]n investment, in order to qualify for investment treaty protection, must incorporate certain legal and economic characteristics. The economic*

---

<sup>73</sup> Contra-Memorial, párrs. 37-41.

<sup>74</sup> *Id.*, párr. 37.

<sup>75</sup> En el Diccionario, la noción de inversión es definida como “*Acción y efecto de invertir*”, Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, 22° ed., **RL-122**. A su vez, el verbo invertir significa “*Emplear, gastar, colocar un caudal*”, Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, 22° ed., **RL-122**.

*characteristics derive from the common economic conception of foreign direct investment. In Rule 23 they are codified as the transfer of resources into the economy of the host state and the assumption of risk in expectation of a commercial return. The legal characteristics derive from the non-exhaustive examples of an ‘asset’ that constitute ‘investments’ in investment treaties, and this forms the basis of Rule 22, which generalises the requirement as the acquisition of property rights in the host state. It is essential that an investment have both the requisite legal and economic characteristics. If, by way of illustration, the legal characteristics of an investment were to be considered in isolation from the common sense economic meaning of that term, then, pursuant to some investment treaty definitions of an investment, a metro ticket might qualify as a ‘claim to money or to any performance under contract, having a financial value’ and thus as an investment<sup>76</sup>.*

93. El único argumento de las Demandantes en su Contra-Memorial es que “*the case law that Bolivia relies on to support its alleged “objective definition” of the term investment is inapposite*”<sup>77</sup>.
94. *En primer lugar*, según las Demandantes, el sentido ordinario y común de “*inversión*” (que exige una contribución o aporte con valor económico) sería aplicable, únicamente, en el marco del arbitraje CIADI. Dicho concepto estaría relacionado con la jurisdicción de un tribunal bajo el Convenio de Washington y no bajo un tratado de inversión. Dicho razonamiento es claramente forzado y un sinsentido pues los tratados de inversión se aplican, por definición, a “*inversiones*”.
95. El único caso que citan las Demandantes para sustentar su posición (*White Industries*) es, como mínimo, ambiguo. Pese a que el tribunal en ese caso pareció desestimar la relevancia del elemento económico de aporte o contribución al definir la noción de inversión bajo el tratado aplicable, al mismo tiempo afirmó que sí existía un aporte o contribución del inversor en India. Es decir, el tribunal afirmó, por un lado, que “desestimaba” una regla pero, por otro lado, consideró importante confirmar su cumplimiento en los hechos del caso:

*It is beyond doubt that White made a substantial commitment in India pursuant to the Contract.*

*Despite India’s assertion to the contrary, White financed its own performance of the project, thus committing its own working capital to the contract, subject to payment by Coal India*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párr. 340 (el resaltado es nuestro), **RL-57**.

<sup>77</sup> Contra-Memorial, párr. 42.

96. *En segundo lugar*, las Demandantes tratan de restar importancia a las decisiones en los casos *Romak* y *Alps Finance* (citadas por Bolivia) insinuando que habrían respondido a circunstancias especiales (“*In both cases, the alleged investment was a sales contract*”<sup>79</sup>).
97. Sin embargo, basta leer ambos laudos arbitrales para constatar que las Demandantes los malinterpretan. En efecto, en ambos casos el tribunal comenzó por realizar un análisis jurídico, desligado de los hechos concretos de cada caso, del significado inherente del término “*inversión*” en los tratados de inversión. Así se desprende, por ejemplo, del primer motivo mencionado por el tribunal *Romak*, en el que criticó la misma posición que defienden las Demandantes:

*First, the approach advanced by Romak deprives the term “investments” of any inherent meaning, which is contrary to the logic of Article 1(2) of the BIT. Indeed, as already mentioned, the categories of investments enumerated in Article 1(2) of the BIT are not exhaustive, and do not constitute an all-encompassing definition of “investment.” Both Parties agree that this is the case. Therefore, there may well exist categories different from those mentioned in the list which, nevertheless, could properly be considered investments protected under the BIT. Accordingly, there must be a benchmark against which to assess those non-listed assets or categories of assets in order to determine whether they constitute an “investment” within the meaning of Article 1(2). The term “investment” has a meaning in itself that cannot be ignored when considering the list contained in Article 1(2) of the BIT*<sup>80</sup>.

98. En el caso presente, las Demandantes reconocen que el listado de bienes y derechos enumerados en el Tratado con el Reino Unido no es exhaustivo. Por lo tanto, necesariamente debe existir algún criterio o mínimo común denominador que permita identificar otras posibles “*inversiones*” que no están incluidas en la enumeración del Tratado. Dicho criterio es la noción objetiva de inversión que defiende Bolivia.
99. *En tercer lugar*, las Demandantes distorsionan la objeción de Bolivia alegando que, “[a]ccording to Bolivia, any investor that subsequently acquires that participation

---

<sup>78</sup> *White Industries Australia Limited c. India* (CNUDMI), laudo final del 30 de noviembre de 2011, párrs. 7.4.11-7.4.12 (el resaltado es nuestro), **CL-73**.

<sup>79</sup> Contra-Memorial, párr. 42 (b).

<sup>80</sup> *Romak S.A. c. Uzbekistán* (Caso CNUDMI - PCA No. AA280), laudo del 26 de noviembre de 2009, párr. 180 (el resaltado es nuestro), **RL-54** y *Alps Finance and Trade AG c. Eslovaquia*, (Caso CNUDMI), laudo del 5 de marzo de 2011, párrs. 238 y 240 (“*the BIT definition of investment is not an entirely self-standing concept, but refers to a more general concept given by international law rules*”), **RL-56**.

*will be deprived of protection because the investor did not make a direct capital contribution, but rather paid out the original investor*<sup>81</sup>. Esto no es correcto.

100. La posición de Bolivia es que Rurelec no ha demostrado haber realizado (i) ningún pago por las acciones que alega haber adquirido, indirectamente, en EGSA (ii) ni ninguna contribución o aporte con valor económico en el territorio de Bolivia tras la supuesta adquisición de acciones. Por ello, Rurelec no ha realizado contribución o aporte con valor económico en el territorio de Bolivia y carece de una inversión protegida por el Tratado con el Reino Unido.
101. La necesidad de aporte o contribución con valor económico, que debe ser probado por el inversor, fue confirmada por el tribunal en el caso *Quiborax*:

*Por otra parte, no hay evidencia de que Allan Fosk [demandante] haya realizado una contribución en dinero o en activos. Tal como lo han admitido sin reparos los Demandantes, Allan Fosk no pagó por su única acción, sino que la “recibió” “para cumplir con el requisito de derecho societario boliviano de que haya un mínimo de tres accionistas”. No hay por consiguiente prueba de una contribución original. Tampoco hay evidencia de que él personalmente haya efectuado una contribución subsiguiente para explotar las concesiones mineras. En síntesis, no se ha probado que Fosk haya realizado contribución alguna. Si bien en una oportunidad el Sr. Fosk percibió dividendos correspondientes a su única acción, ello sólo demuestra que obtuvo beneficios de su inversión, pero no que haya efectuado una contribución.*

*Según Bolivia, debe trazarse una distinción entre los objetos de una inversión, “como por ejemplo acciones o concesiones [...] y la acción de invertir”. El Tribunal está de acuerdo. Si bien una inversión puede materializarse jurídicamente en acciones u otros títulos, la mera propiedad de una acción en sí misma resulta insuficiente para probar una contribución en dinero o en especie. En el presente caso, surge del expediente que Fosk recibió una acción para dar cumplimiento a una formalidad de derecho societario boliviano, y que en ningún momento efectuó una contribución personal a la inversión*<sup>82</sup>.

102. Del mismo modo que en el caso *Quiborax*, Rurelec no sólo debe demostrar ser titular de un interés accionario en EGSA (el objeto de la inversión), sino que debe demostrar haber realizado una contribución o aporte con valor económico (la acción de invertir). Así parecen reconocerlo las Demandantes al alegar, aunque sin mucha convicción, que Rurelec contribuyó ciertos conocimientos técnicos a EGSA para las inversiones *de esta última* en Bolivia.

---

<sup>81</sup> Contra-Memorial, párr. 45.

<sup>82</sup> *Quiborax S.A. & Non Metallic Minerals S.A. c. Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/06/2), decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párrs. 232-233, **RL-123**.

### 3.3.2 Rurelec no demuestra haber realizado ningún aporte o contribución con valor económico en el territorio de Bolivia

103. Según las Demandantes, el “aporte económico” de Rurelec se habría materializado mediante:
- a. un supuesto pago de US\$ 35 millones para la adquisición, por Birdsong, de acciones de Bolivia Intergrated Energy Ltd. en 2006<sup>83</sup>; y
  - b. una supuesta asistencia técnica a EGSA para que ésta realizase inversiones en Bolivia (“*Rurelec initiated, approved and helped secure funding for the addition of 185 MW of high-efficiency capacity in Bolivia, investing approximately US\$ 110 million through Guaracachi*”<sup>84</sup>).
104. Rurelec no demuestra haber realizado ninguno de estos dos aportes.
105. *Primero*, como ya se ha explicado anteriormente en la Sección 3.1, no existe prueba alguna de que Rurelec “*paid a purchase price of US\$ 35 million, plus related acquisition costs, to acquire Guaracachi in 2006*”<sup>85</sup>. El abuso del lenguaje es llamativo: ni hay prueba de pago ni Rurelec, incluso aceptando el argumento de las Demandantes, adquirió EGSA (a lo sumo, Birdsong habría adquirido acciones de Bolivia Intergrated Energy Ltd.).
106. *Segundo*, no está en disputa que las inversiones en equipos de generación de EGSA fueron realizadas exclusivamente con capital de EGSA, sin que las Demandantes aportasen un solo centavo ni garantía bancaria o financiera<sup>86</sup>. Como explica el Ing. Paz en su testimonio, “[*p*]ara realizar estas inversiones se utilizó el disponible que tenía en caja EGSA, lo cual llevó a la empresa una situación de iliquidez”<sup>87</sup>.
107. *Tercero*, tampoco existe prueba de “*Rurelec’s expertise and know how*” o “*Rurelec’s support*” que habría recibido EGSA desde 2006 para, según las

---

<sup>83</sup> Contra-Memorial, párr. 33.

<sup>84</sup> Contra-Memorial, párr. 33 (el resaltado es nuestro).

<sup>85</sup> Contra-Memorial, párr. 33 (el resaltado es nuestro).

<sup>86</sup> En su Contra-Memorial, las Demandantes se limitan a sugerir, sin demostrar, que “[*t*]hese investments were funded through the reinvestment of Guaracachi’s returns, deferred dividends, commercial loans, bond programs and an innovative carbon credits scheme at the instance of Rurelec”, Contra-Memorial, párr. 34 (el resaltado es nuestro).

<sup>87</sup> Paz, párr. 43.

Demandantes, la instalación de (i) siete motores Jenbacher, (ii) una turbina GE 6FA, (iii) el ciclo combinado y (iv) proyectos de electrificación rural<sup>88</sup>. Lo mismo sucede con la afirmación de que “Rurelec also facilitated the transfer of technology and know-how to Bolivia as a result of the training of Guaracachi’s Bolivian management”<sup>89</sup>.

108. El argumento de las Demandantes carece hasta tal punto de sustento que ni siquiera prueban la premisa mayor, esto es, el supuesto “*expertise*” o “*know how*” de Rurelec. En efecto, el Contra-Memorial cita exclusivamente como sustento afirmaciones del Memorial de Demanda o los testigos de las Demandantes.
109. Además, las Demandantes yerran al pretender que los siete motores Jenbacher resultaron de una contribución de Rurelec pues saben que al menos 4 de esos motores ya habían sido adquiridos por EGSA en abril de 2005<sup>90</sup>, varios meses antes de la supuesta inversión de Rurelec en Bolivia.
110. *Cuarto*, el Ing. Paz explica que el apoyo técnico que recibía EGSA del exterior era a través de subcontratistas de la empresa Independent Power Operation Ltd. (IPOL), con quien EGSA tenía un contrato de asesoría técnica, a cambio de un pago<sup>91</sup>. Si bien es posible que IPOL sea filial de Rurelec, eso no implica que Rurelec haya prestado apoyo técnico a EGSA. El Ing. Paz también explica que EGSA recibió apoyo técnico por parte de la empresa Santos CMI para el desarrollo de la ingeniería básica y de detalle del proyecto de ciclo combinado<sup>92</sup>, la cual no tiene relación con Rurelec. El Ing. Paz no recuerda ningún aporte de “conocimiento técnico” o “experiencia” por parte de Rurelec.
111. El entonces jurista de EGSA, el Dr. Alejandro Nowotny, señaló en un informe al Directorio de EGSA que “[l]os proyectos Ciclo Combinado y la construcción de una nueva central en el Parque Industrial son ejecutados bajo la dirección de EGSA e IPOL”<sup>93</sup>. No existe ninguna mención a una supuesta contribución de Rurelec.

---

<sup>88</sup> Contra-Memorial, párr. 33.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> Presentación sobre los Antecedentes de la Compra de los Motores Jenbacher del 25 de enero de 2006, **R-102**.

<sup>91</sup> Paz 2, párr. 10, Anexo 20 (Contrato entre EGSA e IPOL para el Desarrollo y Construcción del Proyecto de Conversión del Proyecto GCH12 CCGT del 8 de diciembre de 2006).

<sup>92</sup> Paz 2, párr. 10, Anexo 22 (Contrato entre EGSA y Santos CMI para la ingeniería básica del 16 de mayo de 2007).

<sup>93</sup> Informe Legal del Sr. Alejandro Nowotny V. a EGSA del 31 de marzo de 2009, **R-103**.

112. *Por último*, no es cierto que, como sugieren las Demandantes a través de su testigo (el Sr. Blanco), la gestión de Rurelec haya contribuido a sanear la difícil situación financiera de EGSA. Conforme explica la Lic. Bejarano en su tercera declaración testimonial, las afirmaciones del Sr. Blanco no sólo contradicen la verdad de los hechos, sino también sus propias afirmaciones durante el período anterior a la Nacionalización. Concretamente:

- a. El endeudamiento de EGSA era ya insostenible desde finales de 2008, amenazando la viabilidad financiera de la empresa. Muestra de ello es que el entonces gerente general de EGSA, el Ing. Jaime Aliaga, anunciase al Gobierno, en marzo de 2009, que la empresa se encontraba en una “*situación de franca iliquidez, [y que su] flujo de caja al presente es insostenible*”<sup>94</sup>.
- b. El Sr. Blanco aparenta olvidar que, en 2009, Fitch Ratings rebajó la calificación crediticia de EGSA debido al debilitado de su perfil crediticio<sup>95</sup>.

También parece olvidar la situación de iliquidez que EGSA atravesaba desde 2009. Para diciembre de 2009, la empresa había agotado todas sus fuentes de financiación<sup>96</sup>, hasta tal extremo que, en abril de 2010, sólo disponía de US\$ 3 millones en caja<sup>97</sup>. En un correo electrónico enviado al Sr. Peter Earl el 22 de diciembre de 2009, por ejemplo, el Sr. Blanco le informaba que “*the situation is very complicated and [EGSA] cannot get more financial obligations*”<sup>98</sup>.

En otro email al Sr. Peter Earl del 19 de enero de 2010, el Sr. Blanco reiteraba que “[o]nce more I would like to recall you that the CCGT Project and San Matias do not have more cash available and the CER’s money have to be used to pay back the bridge loans we got in December of last year, otherwise we will be in default with all different lenders. Furthermore, it

---

<sup>94</sup> Bejarano 3, párr. 12, Anexo 12 (Nota EGSA MHE-982 VMEEA-0509 al Ministerio de Hidrocarburos y Energía del 3 de marzo de 2009).

<sup>95</sup> Paz 2, párrs. 4-7, Anexo 51 (Análisis de Riesgo de EGSA realizado por Fitch en junio de 2009). Ver, también, Bejarano 3, párr. 10, Anexo 9 (Acta de Reunión del Directorio de EGSA del 13 de abril de 2009).

<sup>96</sup> Email de Marcelo Blanco a Peter Earl del 22 de diciembre de 2009, **R-104**.

<sup>97</sup> Email de Marcelo Blanco a James Clancy del 14 de abril de 2010 (el resaltado es nuestro), **R-105**.

<sup>98</sup> Email de Marcelo Blanco a Peter Earl del 22 de diciembre de 2009, **R-104**.



*would be almost impossible to get additional financial resources, without not complying with the covenants”<sup>99</sup>.*

- c. Desde 2007, los accionistas mayoritarios de EGSA venían ejerciendo presión sobre los minoritarios para que se distribuyeran “*dividendos que no correspondían a utilidades de las operaciones de la empresa (utilidades monetizables) sino que resultaban de un ajuste contable (utilidades contables)*”<sup>100</sup>. Esta práctica resultó en una descapitalización de EGSA<sup>101</sup>. Es ilustrativo, por ejemplo, lo afirmado por el abogado Dr. Alejandro Nowotny:

*Los proyectos Ciclo Combinado y la construcción de una nueva central en el Parque Industrial son ejecutados bajo la dirección de EGSA e IPOL; los financiamientos para ejecutar dichos proyectos se han ido obteniendo de varias entidades bancarias y de la emisión de bonos durante el período de ejecución de los proyectos. Motivo por el cual EGSA, a finales de 2008 enfrentó un período de iliquidez, aspecto que a la fecha impide la distribución de utilidades. [...]*

*Los directores, luego de realizar el análisis de los Estados Financieros de 2008, aprobaron los Estados Financieros de EGSA, lógicamente con el dictamen favorable del Auditor Externo, sin embargo, a tiempo de recomendar la distribución de utilidades de la gestión solicitaron un informe legal sobre el tratamiento y distribución de las utilidades, considerando que no existe el flujo de fondos para realizar dicha inversión, habida cuenta que EGSA se encuentra en un período intensivo de inversión en los proyectos que hemos comentado, incluidos los fondos de la utilidad<sup>102</sup>.*

Es sorprendente que el Sr. Blanco califique dichos dividendos de “*conservadores*”<sup>103</sup> habida cuenta de las dificultades que enfrentó como director financiero de EGSA. Por ejemplo, en un correo electrónico remitido en abril de 2010, presionado por el Sr. James Clancy de Rurelec sobre el pago

---

<sup>99</sup> Email de Marcelo Blanco a Peter Earl del 19 de enero de 2010, **R-106**.

<sup>100</sup> Bejarano 3, párrs. 16-20 y Anexo 9 (Acta de Reunión del Directorio de EGSA del 13 de abril de 2009: “*En este contexto tomó la palabra el Sr. Peter Earl para respaldar las bases del planeamiento para una distribución de dividendos prudentes, tomando en cuenta liquidez de la compañía y la necesidad de concluir el proyecto Ciclo Combinado [...] Tomó la palabra el Director Miguel Terrazas y propuso que el Directorio recomiende a la Junta Ordinaria de Accionistas convocada para el tratamiento de ese punto que los mismos no sean distribuidos y que, previa la constitución de la reserva legal, el saldo se mantenga en cuenta de resultados acumulados para su posterior tratamiento en función de la evolución de la liquidez de la Empresa y, una vez que se haya concretado el inicio del Proyecto Ciclo Combinado”*) (el resaltado es nuestro).

<sup>101</sup> Bejarano, párrs. 15-24.

<sup>102</sup> Informe Legal del Sr. Alejandro Nowotny V. a EGSA del 31 de marzo de 2009, **R-103**.

<sup>103</sup> Blanco 2, párr. 12.

de los dividendos correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009, el Sr. Blanco expresó su frustración:

*[James Clancy:] 3. Do you have a Schedule as to when EGSA will be able to pay the Y2008 and Y2009 dividends of \$7.1 million and \$4.5 million, respectively? Are those payments dependent on the CAF waiver? [...]*

*[Marcelo Blanco:]3. I don't have any idea about it, we are very short of cash<sup>104</sup>.*

\* \* \*

113. Por todo lo anterior, Rurelec no es un “inversionista” bajo el Tratado con el Reino Unido. La “inversión” que alega (esto es, la participación *indirecta* en EGSA) no ha sido probada de manera concluyente y, en todo caso, no puede ser calificada como una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido.
114. De manera subsidiaria, si, *par impossible*, la participación indirecta de Rurelec en EGSA fuese calificada de inversión bajo el Tratado, Rurelec no ha demostrado haber realizado aporte o contribución alguno con valor económico en el territorio de Bolivia (ya sea como pago por su supuesta adquisición de acciones o, posteriormente, como asistencia técnica a EGSA). Por lo tanto, el Tribunal Arbitral deberá declarar que no es competente *ratione personae* para conocer de la diferencia que le ha sido sometida por Rurelec bajo el Tratado con el Reino Unido.

**4. BOLIVIA PUEDE DENEGAR LOS BENEFICIOS DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS A GUARACACHI AMERICA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO XII DE DICHO TRATADO**

115. Bolivia ejerció válidamente, en sus Objeciones<sup>105</sup>, su derecho a denegar los beneficios del Tratado con los Estado Unidos a Guracachi America, de conformidad con el artículo XII de dicho Tratado.
116. Las Demandantes, sin embargo, alegan que dicha denegación “*can have no effect on these proceedings*” por cuanto (i) “[*it*] *cannot be invoked retroactively*” y (ii) “*Bolivia has not discharged its burden to show that the conditions for this affirmative defense have been met*”<sup>106</sup>. Para sustentar estas alegaciones, las Demandantes ignoran la normativa aplicable, la jurisprudencia internacional más reciente y no tienen reparo en manipular los hechos.

---

<sup>104</sup> Email de Marcelo Blanco a James Clancy del 14 de abril de 2010 (el resaltado es nuestro), **R-105**.

<sup>105</sup> Objeciones, párrs. 130-142.

<sup>106</sup> Contra-Memorial, párrs. 48 y 50.

117. Al contrario de lo que afirman las Demandantes, Bolivia invocó la cláusula de denegación de beneficios en el momento oportuno, de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables (el Reglamento CNUDMI) y el derecho internacional (4.1). Además, Bolivia estaba legitimada para ejercer dicha prerrogativa por cuanto Guaracachi America no tiene “*substantial business activities*” en el territorio de los Estados Unidos (4.2)<sup>107</sup>.

#### **4.1 Bolivia denegó válidamente los beneficios del Tratado entre Bolivia y los Estados Unidos a Guaracachi America**

118. No está en disputa que el texto del artículo XII del Tratado con los Estados Unidos establece que Bolivia “*se reserva el derecho a denegar*” los beneficios del Tratado *sin limitación en cuanto al momento en que puede ejercer* dicho derecho. El texto mismo del Tratado no impide a los Estados Partes denegar sus beneficios después de iniciado un procedimiento arbitral.

119. Pese a ello, las Demandantes afirman que la “*denial cannot apply retroactively in this case*” por cuanto ello sería contrario al principio de *pacta sunt servanda* así como al “*object and purpose of investment treaties*”<sup>108</sup>. Las Demandantes invierten así el razonamiento jurídico, pues eluden determinar (y aplicar) la norma jurídica que establece el momento en que Bolivia puede invocar la denegación de beneficios: el artículo 23(2) del Reglamento CNUDMI.

120. Las Demandantes pretenden insertar en el Tratado con los Estados Unidos una condición que no consta en el texto, contradiciendo la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT (“[un] *tratado deberá interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a [sus] términos [...]*”<sup>109</sup>). El “*objeto y fin*” de un tratado no permiten limitar los derechos de un Estado creando nuevas condiciones para su ejercicio no pactadas en el tratado<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> No está en disputa que Guaracachi America pertenece a una sociedad de las Islas Vírgenes Británicas (Bolivia Intergrated Energy Limited), por lo que se cumple la primera de las dos condiciones que exige el artículo XII del Tratado con los Estados Unidos para la denegación de beneficios.

<sup>108</sup> Contra-Memorial, párrs. 51-52.

<sup>109</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31, **RL-59**.

<sup>110</sup> “*It is for States to decide how best to protect and promote investment. The texts of the treaties they conclude are the definitive guide as to how they have chosen to do so. As explained by Professor Charles de Visscher, one of the most eminent judges at the ICJ, when summarizing the jurisprudence of the Court: [...] What the Court does not allow is that in the course of*

121. Además, las Demandantes se contradicen pues, en su Contra-Memorial, invocan la regla según la cual una parte “cannot write in a requirement where none exists in the Treaty”<sup>111</sup>. Bolivia concuerda con las Demandantes sobre el particular.
122. Las Demandantes “olvidan” que, de conformidad con la jurisprudencia internacional que citan, en caso de no existir una disposición en el tratado que limite el ejercicio de la denegación de beneficios (como sucede en el caso presente), deben aplicarse las normas que limitan en el tiempo la presentación de objeciones a la jurisdicción (en este caso, el artículo 23(2) del Reglamento CNUDMI).
123. Así lo confirma, por ejemplo, el tribunal en el reciente caso *Ulysseas*:

*According to the UNCITRAL rules, a jurisdictional objection must be raised not later than the statement of defense (Article 21(3)). By exercising the right to deny Claimant the BIT’s advantages in the Answer, Respondent has complied with the time limit prescribed by the UNCITRAL Rules. Nothing in Article I(2) of the BIT excludes that the right to deny the BIT’s advantages be exercised by the State at the time when such advantages are sought by the investor through a request for arbitration<sup>112</sup>.*

124. Del mismo modo, el tribunal en *Pac Rim Cayman* – el caso más reciente sobre denegación de beneficios –, al considerar la aplicación del tratado CAFTA en un caso CIADI, estableció que:

*There is no express time-limit in CAFTA for the election by a CAFTA Party to deny benefits under CAFTA Article 10.12.2. [...] this is an arbitration subject to the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules, as chosen by the Claimant under CAFTA Article 10.16(3)(a). Under ICSID Arbitration Rule 41, any objection by a respondent that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or, for other reasons, is not within the competence of the tribunal “shall be made as early as possible”*

---

*interpretation the text should be prematurely eclipsed by a teleological scrutiny that might distort its meaning. Such precipitate reasoning may result in sacrificing respect for the text to subjective considerations”, Daimler Financial Services AG c. República Argentina, (Caso CIADI, No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012, párrs. 164-165, citando a Charles de Visscher, THEORY AND REALITY IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW (ed. revisada), traducida del francés por P.E. Corbett, (New Jersey, Princeton, 1968), p. 395, (el resaltado es nuestro), **RL-118**.*

<sup>111</sup> Contra-Memorial, párr. 66.

<sup>112</sup> *Ulysseas Inc c. República de Ecuador* (UNCITRAL), laudo provisional del 28 de septiembre de 2010, párr. 172 (el resaltado es nuestro), **CL-135**.

*and “no later than the expiration of the time-limit for the filing of the counter memorial”. In the Tribunal’s view, this time-limit is incorporated by reference into CAFTA Article 10.12.2<sup>113</sup>.*

125. Por lo tanto, ante el silencio del Tratado con los Estados Unidos, el Tribunal Arbitral deberá aplicar la norma acordada por las Partes para este arbitraje: el artículo 23(2) del Reglamento CNUDMI. Según este artículo, “[l]a excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación”<sup>114</sup>, lo que ha sucedido en este caso.
126. Las Demandantes también sugieren, erróneamente, que la denegación de beneficios bajo el Tratado con los Estados Unidos no podría operar *ex-tunc* pues, de lo contrario, violaría supuestas expectativas legítimas del inversionista<sup>115</sup>.
127. *En primer lugar*, Guaracachi America no podía tener una expectativa legítima al momento de realizar su inversión a mediados de los años 90 de que estaría protegida por el Tratado con los Estados Unidos pues éste sólo entró en vigencia en junio de 2001.
128. Tampoco puede existir una expectativa legítima de que un Estado soberano se abstendrá del ejercicio de una potestad que, por derecho, le corresponde sin otras condiciones que las previstas en el tratado. Bolivia nunca dio (y las Demandantes ni siquiera alegan) ninguna garantía de que se abstendría de denegar los beneficios del Tratado a Guaracachi America.
129. *En segundo lugar*, y como muestra la jurisprudencia más reciente, la posibilidad *futura* de denegar beneficios al inversionista forma parte del marco jurídico que establece el tratado. No existe, por lo tanto, violación de las expectativas del inversionista, o de la predictibilidad del sistema. La posibilidad de que Bolivia invoque el artículo XII del Tratado con los Estados Unidos ya era conocida por el inversionista desde el momento mismo en que realizó su inversión (o, en este caso, desde el momento en que dicho Tratado entró en vigencia).
130. En este sentido se manifestó el tribunal *Ulysseas*:

---

<sup>113</sup> *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), laudo sobre las objeciones a la jurisdicción del 1 de junio de 2012, párrs. 4.83 – 4.85 (el resaltado es nuestro), **CL-140**.

<sup>114</sup> Reglamento CNUDMI, Art. 23(2).

<sup>115</sup> Contra-Memorial, párr. 52.

The Tribunal sees no valid reasons to exclude retrospective effects. In reply to Claimant’s argument that this would cause uncertainties as to the legal relations under the BIT, it may be noted that since the possibility for the host State to exercise the right in question is known to the investor from the time when it made its investment, it may be concluded that the protection afforded by the BIT is subject during the life of the investment to the possibility of a denial of the BIT’s advantages by the host State<sup>116</sup>.

131. Como último recurso para evitar la aplicación de la cláusula de denegación de beneficios, las Demandantes alegan que el resultado sería “*fundamentally unfair and contrary to the principle of good faith in this case*” por cuanto “*Bolivia required the establishment of [Guaracachi America]*” y habría requerido de Guaracachi America realizar inversiones significativas en Bolivia<sup>117</sup>.
132. Las Demandantes faltan a la verdad. Ni los términos de referencia para la privatización de la Empresa Guaracachi S.A.M. (“**Términos de Referencia**”) ni el subsiguiente Contrato de Capitalización exigieron que se creara una nueva sociedad con el propósito de suscribir las acciones licitadas, y mucho menos que dicha sociedad fuera de una determinada nacionalidad y sin actividad comercial.
133. Las menciones de las Demandantes en su Contra-Memorial<sup>118</sup> a los Términos de Referencia demuestran la falacia de su argumento. Los artículos 1, 2 y 8.3 de los Términos de Referencia se limitaron a (i) definir “Sociedad Suscriptora” como “*la sociedad que suscribirá las Acciones de Suscripción*” (Art. 1), (ii) *facultar* – sin que constituya una obligación – al adjudicatario, de ser necesario, a constituir una sociedad separada para actuar como Sociedad Suscriptora (Art. 2<sup>119</sup>) y (iii) disponer que será la Sociedad Suscriptora quien deberá suscribir las Acciones de Suscripción en el Acto de Cierre (Art. 8.3).
134. En ningún caso los Términos de Referencia exigían que la Sociedad Suscriptora fuera un vehículo creado *ex professo* para la licitación. Al contrario, el mismo

---

<sup>116</sup> *Ulysseas Inc c. República de Ecuador* (UNCITRAL), laudo provisional del 28 de septiembre de 2010, párr. 173 (el resaltado es nuestro), **CL-135**.

<sup>117</sup> Contra-Memorial, párr. 56.

<sup>118</sup> *Id.*, párr. 56(a) y nota al pie n° 111.

<sup>119</sup> Términos de Referencia del Procedimiento de Consulta y Licitación Pública Internacional, artículo 2.3 (“*El Proponente Calificado que resulte Adjudicatario deberá constituir, en caso necesario, con anterioridad a la Fecha de Cierre, la Sociedad Suscriptora*”) (el resaltado es nuestro), **C-7**.

artículo 2.1 establecía que “*el Proponente podrá ser: 2.1.1 Empresa Eléctrica [...] 2.1.2 Consorcio de Empresas Vinculadas [...] 2.1.3 Sociedad Específica. Una persona jurídica constituida, exclusivamente, a efectos de participar en la presente licitación y que podrá ser la Sociedad Suscriptora. 2.1.4. Otros Consorcios [...]*”<sup>120</sup>.

135. Por su parte, el Contrato de Capitalización, en los dos artículos mencionados por las Demandantes, retoma una definición similar de Sociedad Suscriptora (Art. 3 “*es la sociedad que por el Contrato suscribe las Acciones de Suscripción*”) y establece que dicha Sociedad Suscriptora “*se obliga a pagar a la Sociedad el Monto de Suscripción*” (Art. 5.1).
136. Es también falsa la sugerencia de que la nacionalidad americana de Guaracachi America era una “*required part of the investment in [EGSA]*”<sup>121</sup>. Bolivia nunca exigió que la Sociedad Suscriptora fuera de una nacionalidad determinada.
137. Por todo lo anterior, el grupo norteamericano GPU tenía plena libertad para elegir qué sociedad participaría en la licitación como Sociedad Suscriptora y, por consiguiente, adquiriría las acciones de la Empresa Guaracachi S.A.M. Por motivos que son ajenos a Bolivia, GPU decidió constituir un vehículo en el Estado de Delaware, Guaracachi America, sin ninguna actividad comercial en los Estados Unidos (una “*shell company*” o “*mailbox company*”) para la licitación<sup>122</sup>.

#### **4.2 Guaracachi America no lleva a cabo actividades comerciales importantes en el territorio de los Estados Unidos**

138. No existe disputa entre las Partes en cuanto a que la primera condición del artículo XII del Tratado con los Estados Unidos para la denegación de beneficios se encuentra reunida en este caso: Guaracachi America es una sociedad incorporada en

---

<sup>120</sup> Términos de Referencia del Procedimiento de Consulta y Licitación Pública Internacional, Cláusula 2.1, C-7.

<sup>121</sup> Contra-Memorial, párr. 56.

<sup>122</sup> Al ser Guaracachi America parte de un grupo norteamericano al momento de su constitución, no se cumplía la primera condición para la denegación de beneficios bajo el Tratado (“*pertenece a nacionales de un tercer país o está bajo su control*”). Cuando Guaracachi America fue adquirida por una empresa de las Islas Vírgenes Británicas (Bolivia Integrated), a finales de 2003, se constituyó dicha condición.

los Estados Unidos<sup>123</sup> y es propiedad de una sociedad de las Islas Vírgenes Británicas (Bolivia Integrated Energy Limited)<sup>124</sup>.

139. Las Demandantes disputan, sin embargo, el cumplimiento de la segunda condición relativa a la existencia de “*actividades comerciales importantes en el territorio de la Parte por cuya legislación está constituida u organizada*”<sup>125</sup> Guaracachi America. Para ello, argumentan que las “*actividades comerciales*” que exige el Tratado se limitan a actividades *corporativas* y, por ello, afirman que Guaracachi America “*engaged in a range of substantial business activities*”<sup>126</sup>. Nada más lejos de la realidad.
140. *In limine*, las Demandantes insisten en que debe ser Bolivia quien demuestre la inexistencia de actividades comerciales en Bolivia. Respecto de la carga de la prueba, Bolivia hace suyo el criterio expresado por Anthony Sinclair al analizar la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios:

*[...] general principles require that the claimant put forward prima facie evidence that it has standing to bring a claim under an investment protection treaty. In turn, it would be for the Host State that is seeking to rely on a “right to deny” provision [...] to put forward cogent evidence that the elements of the provision are satisfied and that it is therefore entitled to deny the benefits of the treaty to the claimant. Production of cogent evidence disputing the claimant’s entitlement to treaty protection would presumably shift the onus again back to the claimant since, ultimately, it is for the claimant to satisfy the tribunal that its jurisdiction is properly invoked. This approach would be consistent with the fact that the relevant evidence of ownership and actual business activities in the*

---

<sup>123</sup> Ver Certificado de Incorporación de Guaracachi America, C-11.

<sup>124</sup> Memorial de Demanda, párr. 131. Ver Registro de Accionistas de Guaracachi America que demuestra que esta empresa es propiedad al 100% de la empresa Bolivia Integrated Energy Ltd., C-27. Ver, asimismo, el Registro de Accionistas de Bolivia Integrated Energy Limited que demuestra que esta sociedad (incorporada en las Islas Vírgenes Británicas), propiedad al 100% de la empresa Birdsong Overseas Limited, también de las Islas Vírgenes Británicas, C-35.

<sup>125</sup> Tratado con los Estados Unidos, art. XII (b), C-17.

<sup>126</sup> Contra-Memorial, párr. 62.



territory of the Host State is likely to be in the hands of the claimant itself, nor the respondent State<sup>127</sup>.

141. Bolivia ya demostró en sus Objeciones<sup>128</sup> que Guaracachi America fue, según las mismas Demandantes, constituida con el único propósito de adquirir y detener acciones de EGSA, y no tiene ninguna actividad económica en los Estados Unidos. La información publicada por la *Division of Corporations – State of Delaware* demuestra, por ejemplo, que, en 2011, Guaracachi America declaró \$ 0 de impuestos<sup>129</sup>.
142. En un intento desesperado por justificar la ociosidad de Guaracachi America, las Demandantes sugieren que esta compañía podría ser una “*traditional holding company*”<sup>130</sup> que, según el criterio expuesto por el tribunal en *PAC Rim Cayman*, tendría el propósito de “*own shares in its group of companies, with attendant benefits as to control, taxation and risk management for the holding company’s group of companies*”<sup>131</sup>.
143. Pero en *PAC Rim Cayman* el tribunal consideró precisamente lo contrario de lo que pretenden demostrar las Demandantes. Según dicho tribunal, el hecho que una empresa esté incorporada en los Estados Unidos con el propósito exclusivo de detener participaciones accionarias de empresas en otros países es indicativo de que esa empresa no es una “*traditional holding company*” y, además, no cumple con la condición esencial de ejercer actividades comerciales sustanciales en su país:

*Moreover, the Claimant’s activities, both in the Cayman Islands and in the USA, were principally to hold shares of its subsidiaries in El Salvador. The position might arguably be different if it was acting as a traditional holding company owning shares in subsidiaries doing business in the*

---

<sup>127</sup> Anthony C. Sinclair, *The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review-FILJ No. 20, 2005, págs. 380-381 (el resaltado es nuestro), **RL-124**.

<sup>128</sup> Objeciones, párrs. 138-139.

<sup>129</sup> Información publicada por la *Division of Corporations - State of Delaware*, **R-23**. De conformidad con el Derecho de Delaware, Guaracachi America pagó el impuesto mínimo anual de \$75 (ver <http://corp.delaware.gov/frtax.shtml>).

<sup>130</sup> Contra-Memorial, párr. 61; Ver también *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), laudo sobre las objeciones a la jurisdicción del 1 de junio de 2012 párr. 4.72, **CL-140**.

<sup>131</sup> Contra-Memorial, párr. 61; Ver también *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), laudo sobre las objeciones a la jurisdicción del 1 de junio de 2012 párr. 4.72, **CL-140**.

*USA; but that is not this case. The Claimant's activities as a holding company were not directed at its subsidiaries business in the USA, but in El Salvador.*

*In short, as regards business activities in the territory of the USA, the Tribunal concludes that the Claimant was and is not a traditional holding company actively holding shares in subsidiaries but more akin to a shell company with no geographical location for its nominal, passive, limited and insubstantial activities<sup>132</sup>.*

144. En cualquier caso, las únicas actividades comerciales en el territorio de los Estados Unidos que las Demandantes alegan en este caso son inexistentes o claramente insuficientes. Según las Demandantes, Guaracachi America no sería una mera “shell” por el hecho de:

- a. disponer de una “registered office” en el Estado de Delaware y una “principal office” en Akron, Estado de Ohio, según consta en su Certificado de Incorporación y sus estatutos modificados en 2001<sup>133</sup>. Lo que no mencionan las Demandantes es que (i) la Ley General de Corporaciones del Estado de Delaware (la “**Ley General de Corporaciones**”) exige un domicilio en el Estado (la dirección que consta para Guaracachi America es la de su agente: Corporation Trust Center, 1209 Orange St)<sup>134</sup> y (ii) la oficina de Akron no es de Guaracachi America sino de FirstEnergy<sup>135</sup>, quien fuera accionista de Guaracachi America hasta 2003, lo que explica que aparezca en documentos *previos* a esa fecha. Las Demandantes no han aportado ninguna prueba posterior a 2003 que vincule a Guaracachi America con una oficina en Akron (por ejemplo, acta de propiedad, contrato de alquiler, pagos por ocupación de espacios, tarjetas de visita, papel con membrete). Al contrario, los escasos documentos posteriores a 2003 no mencionan ninguna oficina;

---

<sup>132</sup> *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), laudo sobre las objeciones a la jurisdicción del 1 de junio de 2012, párrs. 4.74 – 4.75 (el resaltado es nuestro), **CL-140**.

<sup>133</sup> Contra-Memorial, párr. 62 y nota al pie 126.

<sup>134</sup> Ley General de Corporaciones del Estado de Delaware, Capítulo 1, Subcapítulo II, párr. 131(a) (“*Every corporation shall have and maintain in this State a registered office which may, but need not be, the same as its place of business*”), **R-107**.

<sup>135</sup> *Ver*, por ejemplo, nota de prensa de FirstEnergy del 2 de febrero de 2003, *FirstEnergy Completes Divestiture of International Holdings; Other Transactions*, **R-108**; *Ver* también Informe 10-K de FirstEnergy Corp. para el año 2004, **R-109**.

- b. haber designado a un agente (The Corporation Trust Company)<sup>136</sup> en el Estado de Delaware. Las Demandantes omiten que este es también un requisito legal *pro-forma* establecido por la Ley General de Corporaciones<sup>137</sup>;
- c. realizar juntas de accionistas en los Estados Unidos “*at its principal office in Akron, Ohio*”<sup>138</sup>. Una vez más, las Demandantes manipulan la realidad pues (i) la misma Ley General de Corporaciones exige la celebración de dichas juntas<sup>139</sup>, (ii) las únicas juntas celebradas en Akron fueron aquellas *previas* a la desinversión de FirstEnergy en 2003 y (iii) los mismos documentos presentados por las Demandantes demuestran que, después de 2003, Guaracachi America no ha celebrado ninguna junta general ordinaria de accionistas<sup>140</sup>;
- d. realizar juntas de directorio<sup>141</sup>. Los mismos documentos presentados por las Demandantes, sin embargo, demuestran que, desde 2003, Guaracachi America no ha celebrado ninguna junta ordinaria de directorio (tan sólo ha habido una junta extraordinaria de directorio en mayo de 2008 para adoptar las resoluciones requeridas por la Corporación Andina de Fomento como condición previa para el desembolso de un crédito)<sup>142</sup>; y
- e. elegir a sus administradores “*including nationals of the United States*”<sup>143</sup>. Al igual que anteriormente, las Demandantes no tienen reparo en manipular los hechos pues, como demuestran los documentos que han presentado con el Contra-Memorial, desde finales de 2003 (fecha en que dimitieron todos los administradores designados por el grupo GPU y fueron designados tres

<sup>136</sup> Información publicada por la *Division of Corporations - State of Delaware*, **R-23**.

<sup>137</sup> Ley General de Corporaciones, Capítulo 1, Subcapítulo III, párr. 132(a) (“*Every corporation shall have and maintain in this State a registered agent [...]*”), **R-107**.

<sup>138</sup> Contra-Memorial, párr. 62 y nota al pie 128.

<sup>139</sup> Ley General de Corporaciones, Capítulo 1, Subcapítulo VII, párr. 211(b) (“*Unless directors are elected by written consent in lieu of an annual meeting as permitted by this subsection, an annual meeting of stockholders shall be held for the election of directors on a date and time designated by or in the manner provided in the bylaws*”), **R-107**.

<sup>140</sup> GAI Shareholder Meeting Minutes, **C-227**. Las Demandantes únicamente prueban la existencia de una única junta general *extraordinaria* de accionistas en 2008 requerida para la obtención de financiación por la Corporación Andina de Fomento (CAF).

<sup>141</sup> Contra-Memorial, párr. 62 y nota al pie 129.

<sup>142</sup> GAI Board of Directors Meeting Minutes, **C-228**.

<sup>143</sup> Contra-Memorial, párr. 62 y nota al pie 130.

nuevos administradores para cumplir el mínimo legal), tan sólo en una ocasión (marzo de 2008) se produjo la designación de un administrador (tras la dimisión de uno de los tres que habían sido designados en diciembre de 2003)<sup>144</sup>.

145. Como puede apreciarse, los mismos documentos aportados por las Demandantes demuestran que Guaracachi America jamás ejerció actividades comerciales en los Estados Unidos. Su existencia se limitó a cumplir las exigencias legales *pro forma* correspondientes a su condición de empresa constituida en el Estado de Delaware, lo que, en palabras del tribunal *PAC Rim Cayman*, constituye “*nominal, passive, limited and insubstantial activities*”<sup>145</sup>.
146. Al contrario de lo que sugieren las Demandantes al invocar el caso *Petrobart*<sup>146</sup>, Guaracachi America no es una *holding* que presta servicios administrativos o de gestión a un grupo de empresas o constituye el centro de la toma de decisiones para el grupo. Guaracachi America no es más que una *mailbox company*.
147. Si Guaracachi America hubiera tenido algún tipo de actividad comercial, las Demandantes lo habrían demostrado mediante sus estados financieros, nómina de empleados, contratos de compraventa con proveedores y/o clientes, contratos de prestación de servicios, alquileres, etc. Ninguno de estos documentos ha sido presentado por las Demandantes, lo que deberá llevar al Tribunal Arbitral a inferir que no existen actividades comerciales.
148. Así las cosas, queda claro que Guaracachi America no ejerce la menor actividad comercial en el territorio norteamericano. Puesto que, además, pertenece a un nacional de un tercer Estado, cumple, cumulativamente, las dos condiciones requeridas por el artículo XII del Tratado con los Estados Unidos para que Bolivia pueda legítimamente denegarle los beneficios de ese Tratado.

---

<sup>144</sup> GAI Board of Directors Resolutions, **C-230**.

<sup>145</sup> *Pac Rim Cayman LLC c. Republic of El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), laudo sobre las objeciones a la jurisdicción del 1 de junio de 2012, párrs. 4.74-4.75, **CL-140**.

<sup>146</sup> Contra-Memorial, párr. 61.

**5. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS NUEVOS RECLAMOS AL NO REUNIR LAS CONDICIONES QUE EXIGEN LOS TRATADOS**

149. Las Demandantes no han probado (i) la notificación a Bolivia de los Nuevos Reclamos (no está en disputa que el texto de la notificación de disputa no los menciona) ni (ii) que dichos reclamos hayan sido siquiera mencionados durante las negociaciones que siguieron a la nacionalización de EGSA.

150. En su lugar, las Demandantes tratan de eludir dichas condiciones, en manifiesta violación de los Tratados, alegando que no serían jurisdiccionales, sino meramente procesales (5.1), que los Nuevos Reclamos “*are all related to the notified nationalization dispute*”<sup>147</sup> (5.2) y que la condición de negociación previa con relación a los Nuevos Reclamos habría sido satisfecha en los hechos o sería “*futile*” (5.3).

151. Como se demostrará a continuación, la primera alegación es errada en derecho; la segunda alegación se basa en meras afirmaciones de las Demandantes (sin sustento o prueba alguna de la supuesta conexidad de los Nuevos Reclamos con la Nacionalización); y la tercera alegación es simplemente falsa.

**5.1 Las condiciones relativas a la notificación y negociación previas que imponen los Tratados tienen naturaleza jurisdiccional y son de carácter obligatorio**

152. Para determinar si tiene jurisdicción para decidir sobre los reclamos de las Demandantes bajo los Tratados, el Tribunal Arbitral deberá verificar, entre otras condiciones, si Bolivia prestó su consentimiento al presente arbitraje.

153. El consentimiento de Bolivia en el artículo IX del Tratado con los Estados Unidos y el artículo VIII del Tratado con el Reino Unido se acompaña de *condiciones* de notificación de disputas y negociación previa (*cooling off*). La existencia de dichas condiciones, al menos en lo que respecta al Tratado con el Reino Unido, no está en disputa entre las Partes.

154. Sin embargo, las Demandantes alegan, por un lado, que dichas condiciones son de naturaleza meramente procesal y facultativas (es decir, no obligatorias), por lo que su incumplimiento no conllevaría la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. Por otro lado, invocan la supuesta “*futilidad*” de negociar y el supuesto carácter

---

<sup>147</sup> Contra-Memorial, párr. 73.

“*dilatorio*” del argumento de Bolivia<sup>148</sup>. Por los motivos señalados a continuación, la posición de las Demandantes es errada.

155. *A título preliminar*, conviene corregir el error en que incurren las Demandantes con relación a la interpretación del artículo IX del Tratado con los Estados Unidos. Según ellas, ese artículo no exigiría la notificación de disputas al establecer un plazo de 3 meses para negociar a partir del momento en que “*a dispute has arisen*” y no a partir de una notificación<sup>149</sup>. Pero las Demandantes ni siquiera describen cuándo, según ellas, se debe considerar que una disputa “*has arisen*”.
156. Como Bolivia ha explicado en sus Objeciones<sup>150</sup>, al examinar una disposición similar, el tribunal del caso *Murphy* ya estableció que una disputa *surge*, para los efectos del artículo IX del Tratado, a partir del momento en que el inversor *alega* una violación del Tratado. El plazo de 3 meses comienza a correr, por lo tanto, a partir de la fecha de dicha alegación, la cual debe ser probada por el inversor. En este caso, Guaracachi America debe probar que Bolivia tuvo conocimiento de una disputa bajo el Tratado respecto de los Nuevos Reclamos por lo menos 3 meses *antes* del inicio de este arbitraje<sup>151</sup>. Las Demandantes no aportan dicha prueba.
157. Las Demandantes ya reconocieron en este arbitraje la necesidad de notificación previa bajo el Tratado con los Estados Unidos al afirmar que Guaracachi America cumplió con este requisito (respecto de la Nacionalización) al haber notificado por escrito a Bolivia el surgimiento de la disputa por supuesta expropiación bajo dicho Tratado<sup>152</sup>. Ahora, sin reparo en contradecirse, las Demandantes tratan de negar la misma condición que afirmaron haber cumplido, demostrando con ello que son incapaces de aportar una prueba similar con relación a los Nuevos Reclamos.
158. *Primero*, alegar que las condiciones de notificación y negociación previas no son imperativas ni de naturaleza jurisdiccional es contrario al texto mismo del artículo

---

<sup>148</sup> Contra-Memorial, párr. 72.

<sup>149</sup> *Id.*, párr. 66.

<sup>150</sup> Objeciones, párrs. 150-154.

<sup>151</sup> *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/8) laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párrs. 103-105, **RL-60**.

<sup>152</sup> Ver Objeciones, párr. 155 y Notificación de Disputa de Guaracachi America al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, págs. 1 y 3, **C-39**; Notificación de Arbitraje, párrs. 60, 61 y 63; y Memorial de Demanda, párr. 138.

VIII del Tratado con el Reino Unido y el artículo IX del Tratado con los Estados Unidos (las Demandantes ni siquiera citan estos artículos *in extenso*).

159. Los principios de interpretación de los tratados establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exigen que el Tribunal Arbitral interprete de buena fe dichos artículos, atendiendo principalmente al sentido corriente de los términos del tratado.
160. No existe ninguna ambigüedad en cuanto al carácter imperativo de dichos artículos (*“las diferencias [...] que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo serán sometidas a arbitraje internacional”*; *“siempre y cuando [...] hayan transcurrido tres meses a partir de la fecha en que surgió la diferencia”*).
161. Este texto establece una secuencia de pasos como *condición previa* (“siempre y cuando”) para que el inversor pueda iniciar un arbitraje internacional contra el Estado. Sólo después de cumplidas estas etapas (notificación y *cooling off* durante 3 o 6 meses), las diferencias podrán ser sometidas al arbitraje. Los Tratados no dan la opción al inversor de cumplir o no con esos requisitos.
162. Al analizar los términos de un tratado prácticamente idénticos a los del artículo XI del Tratado con los Estados Unidos, el tribunal en el caso *Murphy* rechazó sin ambages que el periodo de negociación previa fuere un requisito meramente procesal. Como señaló dicho tribunal:

*no es posible ignorar la existencia de las normas contenidas en el artículo VI del TBI referentes a la obligación que tienen las partes de intentar negociaciones para resolver sus diferencias y a la imposibilidad de acudir al CIADI, antes de que haya transcurrido un período de seis meses. [...]*

*A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI<sup>153</sup>.*

---

<sup>153</sup> *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/8) laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párrs. 144 y 149 (el resaltado es nuestro), **RL-60**.

163. La misma conclusión a la que llegaron los tribunales *Burlington y Murphy* (“[e]llo es suficiente para negar jurisdicción”<sup>154</sup>) debe aplicarse, *mutatis mutandis*, al presente caso<sup>155</sup>.
164. *Segundo*, las Demandantes fundan su posición en decisiones arbitrales<sup>156</sup> que se distinguen en los hechos del presente caso<sup>157</sup> y además han sido superadas por una práctica arbitral reciente uniforme e incluso duramente criticadas por conllevar a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable, contrario a la interpretación de buena fe de los tratados.
165. Además de los casos *Murphy*<sup>158</sup> y *Burlington*<sup>159</sup> (que son emblemáticos de cómo deben interpretarse las condiciones de notificación y negociación previas), varias decisiones, laudos y opiniones recientes confirman la naturaleza jurisdiccional y el

---

<sup>154</sup> *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 315, **RL-17**. y *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/8) laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr. 150, **RL-60**.

<sup>155</sup> La distinción que pretenden hacer las Demandantes del caso *Murphy* (“*the claimant itself had never sent a notice of dispute at all*”) en el párrafo 77 de su Contra-Memorial es irrelevante a efectos de determinar si la notificación previa reviste carácter jurisdiccional o no.

<sup>156</sup> Ver Contra-Memorial, nota de pie n° 142 citando *Abaclat y otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), decisión sobre jurisdicción y admisibilidad del 4 de agosto de 2011, **CL-138**; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22), laudo del 24 de julio de 2008, **CL-51**; *Bayindir Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret AS c. República Islámica del Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, **CL-116**; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica del Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13), decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción del 6 de agosto de 2003, **CL-107**; *Ronald S. V Lauder c. República Checa* (CNUDMI), laudo final del 3 de septiembre de 2001, **CL-23**; *Link-Trading Joint Stock Company c. Departamento de Control Aduanero de la República de Moldova*, laudo sobre jurisdicción del 16 de febrero de 2001, **CL-105**; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4) acta resumida de la sesión del tribunal del 25 de mayo 1999, **CL-103**; *Franz J. V Sedelmayer c. Federación de Rusia*, laudo del 7 de julio de 1998, **CL-102**; *Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*, laudo sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998, 38 ILM 708, **RL-5**.

<sup>157</sup> Por ejemplo, en el caso *Bayindir Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret AS c. República Islámica del Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, **CL-116**, el gobierno de Pakistán había sido suficientemente notificado sobre la existencia de la disputa, lo que jamás ocurrió en el presente caso con relación a los Nuevos Reclamos. Por su parte, en el caso *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4) acta resumida de la sesión del tribunal del 25 de mayo 1999, **CL-103**, Egipto renunció a la objeción fundada en la falta de cumplimiento del periodo de espera de 3 meses por el inversor de conformidad con el tratado aplicable en aquel caso.

<sup>158</sup> *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr. 103, **RL-60**.

<sup>159</sup> *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), laudo sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 334, **RL-17**.



carácter obligatorio de las condiciones que los Estados imponen a su consentimiento al arbitraje en tratados de inversión<sup>160</sup>.

166. Por ejemplo, en el caso *Abaclat*, que las Demandantes citan pero sin mencionar la existencia de una opinión disidente del Profesor Abi-Saab, éste insiste en la naturaleza jurisdiccional de las condiciones de notificación y negociación previas como condiciones a las que está sujeto el *consentimiento* del Estado al arbitraje:

*[W]hen such conditions are included in the jurisdictional title, they condition, like any other reservation inserted in the jurisdictional title, the consent of the party or parties making them, to submit to the jurisdiction of the judicial or arbitral organ and limit by that much the exercise by that organ of its jurisdiction. In other words, in this case these conditions become conventionally jurisdictional, in addition to being admissibility condition by their legal nature<sup>161</sup>.*

167. Como explicó con acierto la Profesora Brigitte Stern en su opinión en el caso *Impregilo*, contemporánea del caso *Abaclat*:

*Para poder beneficiarse de los derechos sustantivos otorgados en virtud de un TBI, deben cumplirse ciertas condiciones que constituyen “cuestiones reguladas por el TBI”: las conocidas condiciones razione personae, razione materiae y razione temporis.*

*Para poder beneficiarse de la protección jurisdiccional conferida por un mecanismo de arbitraje, deben cumplirse estas mismas condiciones, pero, además, existe una condición razione voluntatis: el Estado debe haber otorgado su consentimiento a someterse a dicho procedimiento para que el inversor extranjero pueda demandarlo directamente a nivel internacional. Dicho consentimiento puede expresarse de manera amplia o limitada, con condiciones que prevén el agotamiento previo de los recursos locales o que establecen períodos de espera, que admiten todos los reclamos o sólo cierto tipo de reclamos; en otras palabras, el consentimiento se otorga sujeto a ciertas condiciones. Tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones de nacionalidad que debe cumplir un inversor para poder acceder a todos los derechos otorgados por el TBI, las condiciones que configuran el consentimiento del Estado a someterse*

<sup>160</sup> Ver, por ejemplo, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, (Caso CIADI, No. ARB/05/1), laudo del 22 de agosto de 2012, **RL-118**; *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 302, **RL-22**; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina* (Caso CNUDMI – CPA Caso No. 2010-9), laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, **RL-29**; *Abaclat y Otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab del 28 de octubre de 2011, **RL-121**; *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/17), opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern del 21 de junio de 2011, **RL-119** y *Noble Energy, Inc. and Machalapower CIA. LTDA c. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, decisión sobre la jurisdicción del 5 de marzo de 2008, **RL-20**.

<sup>161</sup> *Abaclat y Otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5), opinión disidente del Profesor Georges Abi-Saab del 28 de octubre de 2011, párr. 23 (el resaltado es nuestro), **RL-121**.

al arbitraje deben cumplirse para que pueda surgir un derecho de someter la controversia a arbitraje<sup>162</sup>.

168. Tercero, incluso si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considera las condiciones de notificación y negociación previas como meras normas procesales, deberá interpretarlas de tal forma que se realice el pleno efecto de esas limitaciones, pues de lo contrario privaría el texto de los Tratados de su *effet utile*, en violación de la regla de interpretación de buena fe<sup>163</sup>. En efecto:

*Es contrario a las normas elementales de interpretación afirmar que, aunque es “una regla procesal que debe satisfacer la demandante”, su incumplimiento no produce consecuencia alguna. Esa manera de entender la obligación simplemente ignora el “objeto y fin” de la norma lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 31 (1) de la Convención de Viena*<sup>164</sup>.

169. Cuarto, el Tribunal Arbitral no está facultado para ignorar las condiciones de notificación y negociación previas incluso suponiendo, *quod non*, que las negociaciones sobre los Nuevos Reclamos fueran “fútiles” o “inútiles”.

170. Las Demandantes apoyan su argumento únicamente en el laudo del tribunal *Abaclat*, sin mencionar que, en un laudo sobre la jurisdicción más reciente (caso *ICS Inspection and Control Services Ltd. c. Argentina*), el tribunal criticó duramente la decisión *Abaclat* al decidir sobre si “¿[e]stá el Tribunal facultado a ignorar el prerequisite de 18 meses de litigio en función de que sería fútil o insuficiente?”<sup>165</sup>.

171. El tribunal *ICS* señaló con buen criterio que:

---

<sup>162</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/17), opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern del 21 de junio de 2011, párrs. 51-52, **R-119**.

<sup>163</sup> Ver, por ejemplo, *Eduardo Vieira c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/04/7), laudo del 21 de agosto de 2007, párr. 240 (“*En base el principio de efecto útil (effet utile), toda disposición contenida en un tratado debe interpretarse en un sentido que le permita producir todos sus efectos, bajo el entendido de que su introducción en el texto tuvo una razón de ser específica*”), **RL-125**; *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), laudo del 27 de junio de 1990, párr. 40 (“*Nothing is better settled as a canon of interpretation in all systems of law, than that a clause must be so interpreted as to give it a meaning rather than so as to deprive it of a meaning [...] This is simply an application of the wider legal principle of ‘effectiveness’ which requires favoring the interpretation that gives to each treaty provision ‘effet utile’*”), **CL-10**.

<sup>164</sup> *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/8) laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr. 147, **RL-60**.

<sup>165</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina* (Caso CNUDMI - CPA Caso No. 2010-9), laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párrs. 263-273, **RL-29**.

*las excepciones formuladas judicialmente deben encontrar respaldo en más que un análisis de política personal de las disposiciones en cuestión por parte de un tribunal. Esto es especialmente peligroso cuando no existen pruebas concluyentes aducidas en respaldo de las inferencias teleológicas de un tribunal [...]*

*La tarea del Tribunal es decidir el caso de acuerdo al instrumento según fue redactado por la Partes Contratantes, aplicando las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional. [...]*

*Por lo demás, incluso cuando la aplicación del artículo 31 de la CVDT “conlleve a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable”, el “recurso” del tribunal es recurrir a los medios suplementarios de interpretación del artículo 32 de la CVDT. Por lo tanto el Tribunal no puede crear excepciones a las normas de los tratados cuando estas meramente se fundan en la evaluación de la sabiduría de la política en cuestión, no teniendo fundamento ni en el texto del tratado ni en ninguna fuente de interpretación suplementaria, sin importar cuán deseable podrían verse en lo abstracto dichas consideraciones de política.*

*[...] Tanto como cualquier norma de interpretación está obligada a producir resultados en determinados casos que algunos consideran indeseables, la necesidad de la norma, y que esa norma sea respetada, es inevitable para el establecimiento del estado de derecho.*

*En cualquier caso, no se ha demostrado la futilidad a la satisfacción del Tribunal en este caso [...]*<sup>166</sup>.

172. *Quinto*, en cualquier caso, las Demandantes no demuestran que las negociaciones entre Bolivia y las Demandantes respecto de los Nuevos Reclamos habrían sido “fútiles”. En su lugar, se limitan a afirmar que Bolivia no realizó ninguna tentativa de resolver de manera amistosa los Nuevos Reclamos, que las negociaciones relativas a la Nacionalización no fueron exitosas y que la posición de Bolivia en este arbitraje confirma las escasas posibilidades de que se hubiera llegado a un acuerdo<sup>167</sup>. Estos argumentos son absurdos.
173. Por un lado, Bolivia no podría haber intentado solucionar amistosamente las disputas sobre los Nuevos Reclamos sin una notificación de la existencia de dichas disputas antes del Memorial de Demanda. El hecho de no entablar negociaciones sobre los Nuevos Reclamos *después* es irrelevante.
174. Por otro lado, el hecho que las negociaciones entre Bolivia y las Demandantes relativas *únicamente* a la Nacionalización no hayan dado resultado (por cuanto el

---

<sup>166</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina* (Caso CNUDMI - CPA Caso No. 2010-9), laudo sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, (el resaltado es nuestro), párrs. 265-269, **RL-29**.

<sup>167</sup> Contra-Memorial, párrs. 64, 72 y 73.

justo valor de mercado de las acciones nacionalizadas es nulo) es irrelevante para determinar si otras disputas, que no guardan relación con la Nacionalización, habrían seguido la misma suerte. Es más, incluso respecto de la nacionalización del sector eléctrico, Bolivia llegó a acuerdos que implicaron una compensación económica con los accionistas de las otras dos empresas eléctricas nacionalizadas (Corani y Valle Hermoso), las cuales sí tenían un valor justo de mercado positivo<sup>168</sup>.

175. En cuanto a la posición de Bolivia en este arbitraje, el argumento de las Demandantes es todavía más incoherente. Según ellas, “*Bolivia derides the claims as “frivolous” and “not even claims under the Treaties or international law,” confirming that requiring further amicable negotiations would be futile*”<sup>169</sup>. Que los Nuevos Reclamos sean reclamos bajo el Derecho boliviano y no el derecho internacional nada tiene que ver con el resultado de posibles negociaciones.
176. Finalmente, consideraciones de costo y de supuesta “*naturaleza dilatoria*” son totalmente inapropiadas cuando se trata de condiciones que limitan expresamente el consentimiento de Bolivia en los Tratados:

*no se trata, de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral*<sup>170</sup>.

177. Si las condiciones jurisdiccionales de notificación y negociaciones previas no se cumplen, como en el presente caso respecto de los Nuevos Reclamos, el Tribunal Arbitral no puede ignorar los efectos de estos incumplimientos.

## **5.2 Los Nuevos Reclamos nunca fueron notificados a Bolivia previo al inicio del arbitraje**

178. Incapaces de demostrar que los Nuevos Reclamos fueron previamente notificados a Bolivia, las Demandantes alegan, de manera oportunista y por primera vez en este arbitraje<sup>171</sup>, que las medidas que dan lugar a esos reclamos “*culminated in the*

---

<sup>168</sup> Ver Memorial de Contestación, párr. 135 y “*Profín valora acciones de Elfec*”, Los Tiempos, 13 de agosto de 2010, **R-81**.

<sup>169</sup> Contra-Memorial, párr. 64

<sup>170</sup> *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/8) laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, parr. 154, **RL-60**.

<sup>171</sup> Nunca hasta ahora, ni siquiera en su Memorial de Demanda, las Demandantes habían aludido a una posible “*creeping expropriation*” en este caso.

*expropriation*”, son “*preliminary steps that ultimately resulted in the nationalization of the Claimants’ investment*” o están “*related to the notified nationalization dispute*”<sup>172</sup>. Esta alegación es simplemente falsa.

179. *En primer lugar*, tanto los términos de las Notificaciones de Disputa del 13 de mayo de 2010<sup>173</sup> como la definición de “Disputa” hecha por las propias Demandantes en su Solicitud de Arbitraje<sup>174</sup> demuestran el carácter limitado de la única disputa que fue notificada a Bolivia.
180. *En segundo lugar*, las mismas Demandantes reconocen que las notificaciones enviadas en mayo de 2010 se referían exclusivamente a “[t]he dispute [that] arises out of the Bolivian Government’s nationalization of Rurelec’s indirect shareholding in [EGSA] by means of Supreme Decree No. 0493 dated 1 May 2010”<sup>175</sup>. Por definición, los Nuevos Reclamos relativos al PBP y los precios *spot* de la electricidad surgidos de medidas adoptadas por el Estado en 2007 y 2008, respectivamente, no pueden “*arise out of*” un Decreto Supremo de 2010.
181. *En tercer lugar*, las Demandantes no aportan ninguna prueba ni explicación que justifique en qué las medidas que dieron lugar a los Nuevos Reclamos “*were taken as preliminary steps that ultimately resulted in the nationalization of the Claimants’ investment*”<sup>176</sup>. Más allá de esta simple alegación y el hecho incontrovertido que, cronológicamente, las modificaciones del cálculo del precio *spot* y PBP sucedieron años antes de la Nacionalización, no existe ningún argumento, análisis o prueba en el expediente (tanto en fase de jurisdicción como de fondo) que establezca un vínculo, siquiera remoto, entre los Nuevos Reclamos y la Nacionalización.

---

<sup>172</sup> Contra-Memorial, párrs. 63, 73 y 78.

<sup>173</sup> Notificación de Disputa de Guaracachi America al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010 (“La presente controversia surge de la nacionalización de la participación accionaria de Guaracachi America en la Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (en adelante “Guaracachi”), por parte del Gobierno de Bolivia mediante el Decreto Supremo 0493 de fecha de mayo de 2010 (en adelante el “Decreto”)” (el resaltado es nuestro), **C-39**. Ver, en términos idénticos, notificación de disputa de Rurelec al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, **C-40**).

<sup>174</sup> Notificación de Arbitraje, párr. 4 (“As described in more detail in Section II below, this dispute concerns the Government’s 1 May 2010 expropriation of the Claimants’ investments in the power generation sector in Bolivia, specifically Rurelec’s 50.001% shareholding in Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (Guaracachi), held through Guaracachi America, without the payment of prompt, adequate and effective compensation in violation of the Treaties and international law (the **Dispute**)” (el resaltado es nuestro)).

<sup>175</sup> Contra-Memorial, párr. 74 pág. 40.

<sup>176</sup> *Id.*, párr. 78.

182. Además de infundado, este argumento contradice los términos en los que las Demandantes han planteado sus reclamos en todos sus escritos anteriores en este arbitraje. Las Demandantes nunca han alegado una expropiación indirecta, sino únicamente una expropiación directa por medio del Decreto de Nacionalización. Esta teoría acaba de ser adoptada por las Demandantes para intentar subsanar el incumplimiento de la condición de notificación previa que saben será fatal para la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre los Nuevos Reclamos.
183. *En cuarto lugar*, las Demandantes muestran su desesperación al sugerir que el hecho que hayan “*expressly reserve[d] the right to supplement the facts and legal issues upon which [their] claim is based*” en sus notificaciones de disputa relativas a la Nacionalización debería permitirles formular cualquier otro reclamo, incluso sin relación con la Nacionalización<sup>177</sup>. Es absurdo sugerir que la posición de Bolivia “*would require Claimants to be locked into their initial notice without change or supplement*”<sup>178</sup>.
184. Como las propias Demandantes reconocen, el límite en cuanto a qué reclamos pueden considerarse incluidos en una notificación de disputa son las “*claims [that] have been found to be related to the same dispute*”<sup>179</sup>. Sin embargo, las Demandantes eluden mencionar los casos más recientes que han definido “*dispute*” o “*controversia*”.
185. El tribunal en el caso *Lucchetti c. Perú* tuvo que examinar, para determinar su jurisdicción *ratione temporis*, si una disputa resuelta en 1998 era la misma disputa que fue sometida al arbitraje en 2001:

*Para abordar este tema el Tribunal debe examinar los hechos que dieron lugar a la controversia de 2001 y los que culminaron con la controversia de 1998, tratando de establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos. Según un caso reciente planteado ante el CIADI [CMS c. Argentina], el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas. El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las “*causas reales*” de la controversia o en el “*objeto*” de la misma, habrá que determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior.*

---

<sup>177</sup> Contra-Memorial, párr. 75 (el resaltado es nuestro).

<sup>178</sup> *Id.*, párr. 75.

<sup>179</sup> *Id.*, párr. 76.

[...] el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001, que obligaron a las Demandantes a incoar el presente procedimiento. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente: el deseo de la municipalidad de hacer efectivo el cumplimiento de las políticas ambientales, y los esfuerzos de las Demandantes para impedir su aplicación a la construcción y producción de la fábrica de pastas.

[...] resulta evidente que las cuestiones que estaban en disputa en 1998 se referían a problemas ambientales idénticos a los que se reflejan en los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 de 2001, y que esos problemas no sólo se referían a la construcción, sino también al funcionamiento de la planta<sup>180</sup>.

186. Aplicando el mismo test empleado por el tribunal *Lucchetti* al caso presente resulta obvio que ninguno de los Nuevos Reclamos es parte de la disputa sobre la Nacionalización notificada por las Demandantes en mayo de 2010.
187. Incluso si el Tribunal Arbitral adoptase el criterio exigente que alegan las Demandantes, quienes aceptan que no puede extenderse una notificación a reclamos “*wholly unrelated in fact, law and time*”<sup>181</sup>, deberá concluir que los Nuevos Reclamos no fueron notificados a Bolivia. En particular, no existe ninguna relación entre los hechos, el derecho aplicable y la cronología que subyacen a los Nuevos Reclamos y la Nacionalización – podría haberse dado la Nacionalización sin ninguno de los hechos que han dado lugar a los Nuevos Reclamos. Inversamente, los Nuevos Reclamos podrían haber surgido (y surgieron años antes) incluso sin la Nacionalización.
188. *En quinto lugar*, la posición adoptada ahora por las Demandantes respecto del Nuevo Reclamo relativo a los motores *Worthington* es directamente contraria a su posición anterior según la cual esos motores “*did not fall within the scope of the Nationalization decree*”<sup>182</sup>.

### **5.3 Nunca hubo negociación amistosa entre las Partes con relación a los Nuevos Reclamos**

189. Dando continuidad a su nueva teoría que busca establecer un nexo entre los Nuevos Reclamos y la Nacionalización, las Demandantes parecen sugerir (si bien nunca afirman) que las negociaciones amistosas que tuvieron lugar respecto de la

---

<sup>180</sup> *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Republica de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4), laudo del 7 de febrero de 2005, párrs. 50-55 (el resaltado es nuestro), **RL-126**.

<sup>181</sup> Contra-Memorial, párr. 77.

<sup>182</sup> Memorial de Demanda, párr. 254.

compensación por la Nacionalización podrían haber servido también para negociar sobre los Nuevos Reclamos.

190. *En primer lugar*, las propias Demandantes reconocen, al mencionar las medidas que dan lugar a los Nuevos Reclamos, que “*the Claimants raised these specific issues for the first time during the legal and quantification exercise that the filing of a Statement of Claim entails*”<sup>183</sup>.
191. *En segundo lugar*, la descripción que hacen las propias Demandantes de las negociaciones confirma que, en ellas, jamás se abordaron los Nuevos Reclamos. En su Memorial de Demanda<sup>184</sup> y en su Contra-Memorial<sup>185</sup>, las Demandantes se refieren a esas negociaciones únicamente al tratar de la valuación del patrimonio de EGSA para el cálculo de la compensación debida por la Nacionalización, y nunca afirman que en ellas se mencionaron los Nuevos Reclamos. Es sintomático que las Demandantes ni siquiera afirmen haber mencionado cualquier asunto relacionado con esos reclamos durante las múltiples reuniones que invocan.
192. *En tercer lugar*, ninguno de los documentos que las Partes han aportado al expediente sobre el contenido de las consultas amistosas muestra que se haya hecho referencia a los Nuevos Reclamos.
193. *Por último*, puesto que Bolivia solo supo de la existencia de los Nuevos Reclamos tras la presentación del Memorial de Demanda, esto es, meses después de terminadas las consultas amistosas entre las Partes, es imposible que el Estado pudiera haber negociado sobre dichos reclamos.

**6. LOS NUEVOS RECLAMOS SON RECLAMOS BAJO EL DERECHO BOLIVIANO QUE NO PUEDEN SER DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL BAJO LOS TRATADOS O EL DERECHO INTERNACIONAL**

194. Las Demandantes no contestan (y por lo tanto aceptan implícitamente) que el consentimiento bajo los Tratados excluye los reclamos basados exclusivamente en Derecho boliviano.
195. Sin embargo, insisten en pretender que es suficiente que el inversor afirme que un reclamo es “bajo un tratado” para que un tribunal internacional tenga jurisdicción.

---

<sup>183</sup> Contra-Memorial, párr. 79.

<sup>184</sup> *Ver* Memorial de Demanda, párrs. 105-110.

<sup>185</sup> Contra-Memorial, párrs. 79-80.



Esta posición no puede ser aceptada. El Tribunal Arbitral deberá formar su propia opinión sobre la naturaleza jurídica de los Nuevos Reclamos y no basarse exclusivamente en la manera cómo las Demandantes los han planteado (6.1).

196. Al realizar dicho análisis, el Tribunal deberá constatar que las disputas que plantean las Demandantes en relación con los Nuevos Reclamos no son genuinamente disputas bajo los Tratados o el derecho internacional (6.2).

### **6.1 El Tribunal Arbitral debe realizar su propia calificación de la naturaleza jurídica de los Nuevos Reclamos**

197. Contrariamente a lo que pretenden las Demandantes, la calificación de los hechos que han realizado para sustentar sus reclamos no es vinculante para el Tribunal Arbitral. Para que existe una verdadera “*treaty claim*”, el inversionista debe demostrar, por medio de un razonamiento claro y preciso, cuáles son los actos y conductas atribuibles al Estado que, según el derecho internacional, constituirían violaciones del tratado o el derecho internacional consuetudinario.

198. Esta posición es confirmada tanto por el tribunal en el caso *Iberdrola*, ya mencionado por Bolivia en sus Objeciones<sup>186</sup>, como por el tribunal del caso *Total c. Argentina*, citado por las Demandantes. En este último, el tribunal explicó que:

*As to the facts of the case, the presentation of the Claimant is fundamental: it must be assumed, for the sole purpose of determining jurisdiction, that the Claimant would be able to prove to the Tribunal's satisfaction in the merits phase the facts that it invokes in support of its claim. [...] This does not necessarily mean that the Claimant's description of the facts must be accepted as true, without further examination of any type. The Respondent might supply evidence showing that the case has no factual basis even on a preliminary scrutiny, so that the Tribunal would not be competent to address the subject matter of the dispute as properly determined*<sup>187</sup>.

199. En este caso, Bolivia no necesita aportar la prueba de otros hechos distintos a los invocados por las Demandantes para que el Tribunal reconozca que carece de jurisdicción. Bolivia ha demostrado que, incluso aceptando como ciertos los hechos reportados por las Demandantes en su Memorial de Demanda, los Nuevos Reclamos no son reclamos bajo los Tratados en el derecho internacional.

---

<sup>186</sup> Objeciones, párrs. 202 y 293.

<sup>187</sup> *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1), decisión de jurisdicción del 25 de agosto de 2006, párr. 53, (el resaltado es nuestro), **RL-127**.

## 6.2 Los Nuevos Reclamos son *prima facie* reclamos exclusivamente bajo el Derecho boliviano

200. Las Demandantes alegan que el Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta los *hechos* invocados por ellas para, considerándolos *prima facie*, determinar su jurisdicción bajo los Tratados<sup>188</sup>. Sin embargo, eluden toda referencia a los hechos en que sustentan sus Nuevos Reclamos y que, según ellas, demostrarían que “*the claims in question are plainly Treaty claims*”<sup>189</sup>.
201. Bolivia ha demostrado en sus Objeciones que tanto las alegaciones de hecho de las Demandantes para sustentar sus Nuevos Reclamos como la reparación que solicitan bajo los mismos bastan para concluir que se trata de reclamos exclusivamente de Derecho boliviano<sup>190</sup>.
202. En efecto, las Demandantes han intentado “disfrazar” sus Nuevos Reclamos de reclamos internacionales mediante calificaciones jurídicas forzadas que pretenden ocultar su verdadera naturaleza. Concretamente:
- a. El Nuevo Reclamo relativo al precio *spot* de la energía eléctrica pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre cuál debería ser el precio aplicable a los productores de electricidad en Bolivia: si el que estaba vigente desde el ROME 2001 o el que resulta del Decreto Supremo N° 29599 y la Norma Operativa N° 3 2008 dictada por el CNDC (que dispuso que las unidades generadoras que utilizan combustible líquido – como el diesel – y cuya participación en la producción durante la gestión 2007 no superó el 1% de la potencia de punta máxima registrada debían ser remuneradas como generación forzada de acuerdo al artículo 67 del Decreto Supremo N° 26093).

La cuestión que las Demandantes han planteado al Tribunal es si el Decreto Supremo N° 29599 y la Norma Operativa N° 3 2008 son compatibles con el marco regulatorio que regulaba hasta entonces el precio *spot* de la energía eléctrica, es decir, con el “*legal and regulatory regime in relation to spot prices*”<sup>191</sup> establecido por la Ley de Electricidad y el ROME 2001, ambos instrumentos de Derecho boliviano. El mero hecho de alegar que la supuesta

---

<sup>188</sup> Contra-Memorial, párr. 87.

<sup>189</sup> *Id.*, párr. 86 (a), (b) y (c).

<sup>190</sup> Objeciones, párrs. 207-291.

<sup>191</sup> Contra-Memorial, párr. 86 (a).

violación del “*legal and regulatory regime in relation to spot prices*” sería contraria a las “*legitimate expectations*” de las Demandantes no transforma una cuestión exclusivamente de Derecho boliviano en un debate de derecho internacional bajo el Tratado<sup>192</sup>. De hecho, las supuestas “*legitimate expectations*” que alegan las Demandantes no surgen sino de la normativa boliviana en materia de precios *spot* vigente antes del cambio normativo criticado por las Demandantes.

Del mismo modo que en el caso *Iberdrola*, y por mucho que traten ahora de enmendar lo afirmado en su Memorial de Demanda, las Demandantes pretenden que el Estado violó instrumentos de Derecho boliviano<sup>193</sup>. Pero “[no] basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el RLGE [legislación Guatemalteca] de “*legítimas expectativas*” [...] para persuadir al Tribunal de que debe resolver la controversia de derecho local como una violación del Tratado<sup>194</sup>.

Además, este Nuevo Reclamo pretende que el Tribunal Arbitral (i) actúe como máximo regulador del sector eléctrico en Bolivia, como entidad administrativa, para anular los efectos de la Norma Operativa N° 3 2008 y determinar, en su lugar, un nuevo método de cálculo del precio *spot* de la energía<sup>195</sup> y (ii) actúe como jurisdicción contencioso-administrativa y anule

---

<sup>192</sup> Como Bolivia demostró en sus Objeciones, los reclamos basados en una supuesta violación del estándar de la protección y seguridad plenas y de la obligación de no menoscabar la inversión mediante la adopción de medidas discriminatorias e irrazonables bajo los Tratados se basa en exactamente las mismas alegaciones de hecho que fundamentan el reclamo por supuesta violación del trato justo y equitativo (supuesta violación de las expectativas legítimas) bajo los Tratados. Por consecuencia, por las mismas razones invocadas arriba, dichos reclamos no son genuinamente reclamos bajo los Tratados sino reclamos de naturaleza exclusivamente regulatoria bajo el Derecho boliviano.

<sup>193</sup> Por ejemplo, es llamativo que en su Contra-Memorial las Demandantes aleguen que “[t]he Claimants do not complain of the way in which the electricity authorities applied or interpreted Bolivian spot Price or capacity price regulations, nor do they ask this Tribunal to reset tariffs” (Contra-Memorial, párr. 89). Basta comparar esta afirmación con el Memorial de Demanda y la cuantificación presentada por los expertos de las Demandantes para verificar su falacia (por ejemplo: “*Bolivia cannot be said to have acted reasonably when it altered a key aspect of the investment legal framework such as the scheme for the determination of the spot price to the detriment of the Claimants*”, Memorial de Demanda, párr. 209 (el resaltado es nuestro) y “[t]o quantify the impact of Supreme Decree No. 29,599 and its ensuing Resolution, I have asked MEC to run dispatch simulations assuming that such norm was not enacted, that is assuming no exclusion of thermal units burning liquid fuels from spot price formation”, Informe de Compass Lexecon del 29 de febrero de 2012, párr. 112 (el resaltado es nuestro)).

<sup>194</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 368, **RL-22**.

<sup>195</sup> Informe de Compass Lexecon del 29 de febrero de 2012, párr. 112.

actos administrativos (Resoluciones de la SSDE). Sobre todo ello, este Tribunal carece de jurisdicción.

El test *Iberdrola* mencionado por las Demandantes es aplicable en el presente caso:

*[Las Demandantes] brought a treaty claim on the basis of the regulator's alleged misapplication of [Bolivian] law when calculating the tariffs applicable to its investment. [Las Demandantes] [are] essentially asking the tribunal to put itself in the position of a [Bolivian] regulator in order to reset electricity tariffs<sup>196</sup>.*

- b. De forma similar, el Nuevo Reclamo relativo al PBP pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre cuál debería ser el PBP: si el que estaba vigente desde la Norma Operativa N° 19 2001, emitida por el CNDC y aprobada mediante resolución SSDE N° 121/2001, o el que resultó de la nueva Norma Operativa N° 19 emitida también por el CNDC en febrero de 2007 y aprobada mediante resolución SSDE N° 040/2007.

Pese a que las Demandantes minimizan el alcance de su Nuevo Reclamo alegando que tan sólo es relativo a una supuesta violación de la obligación del Estado de proporcionar medios efectivos (prevista únicamente en el Tratado con los Estados Unidos, artículo II(4)), este reclamo pretende, en realidad, que (i) el Tribunal Arbitral decida si existió una justificación técnica/económica para aplicar la Norma Operativa N° 19 2007 o si, como afirman las Demandantes, la versión de 2001 debería aplicarse y (ii) el Tribunal Arbitral conceda a las Demandantes una indemnización “*bajo el Tratado*” que anularía los efectos de la Norma Operativa N° 19 2007, sustituyéndose así a la SSDE e, incluso, a la Corte Suprema.

La verdadera naturaleza de este Nuevo Reclamo queda patente, sobre todo, en su cuantificación, como Bolivia ha explicado con detalle en sus Objeciones<sup>197</sup>.

- c. Por último, con relación al Nuevo Reclamo sobre los motores *Worthington*, las Demandantes alegan que “*Bolivia's only response is to argue that the deprivation is not attributable to Bolivia and therefore does not engage its State responsibility. This argument only compounds the international legal*

---

<sup>196</sup> Contra-Memorial, párr. 88.

<sup>197</sup> Objeciones, párrs. 275-277.

*nature of the dispute to be resolved by the Tribunal*<sup>198</sup>. Esa respuesta es falsa en los hechos y jurídicamente incorrecta.

Bolivia ha formulado tres argumentos en sus Objeciones contra este Nuevo Reclamo:

*En primer lugar*, este reclamo pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre una disputa comercial entre dos empresas bolivianas – Energais y EGSA – relativa a la devolución de dos motores depositados por la primera en unos terrenos (planta Aranjuez) de la segunda. Las Demandantes simplemente ignoran este aspecto, el cual no refutan.

*En segundo lugar*, los motores Worthington, como admiten las Demandantes, no fueron parte del decreto de nacionalización de las acciones de EGSA<sup>199</sup>. Por lo tanto, *según las propias Demandantes*, la expropiación de los motores no fue llevada a cabo por el Decreto de Nacionalización.

*En tercer lugar*, las Demandantes no indican qué actos de Bolivia, supuestamente, podrían constituir, en derecho internacional, una expropiación de los motores *Worthington*. De hecho, las Demandantes basan su reclamo, única y exclusivamente, en supuestas declaraciones orales del Gerente de ENDE<sup>200</sup> que, incluso si fueran ciertas, no podrían comprometer al Estado bajo el derecho internacional.

Por lo tanto, las Demandantes no presentan “*un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son los actos o las conductas que, según el derecho internacional [...], podrían constituir actos de expropiación*”<sup>201</sup>.

203. Por las razones antes expuestas, conjuntamente con aquellas desarrolladas en la Sección 6 de las Objeciones, los Nuevos Reclamos no son genuinamente reclamos bajo los Tratados o el derecho internacional. El Tribunal Arbitral deberá declarar, por lo tanto, que carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre los mismos.

---

<sup>198</sup> Contra-Memorial, párr. 86 (c).

<sup>199</sup> Memorial de Demanda, párr. 167.

<sup>200</sup> *Id.*, párr. 112 (“*Guaracachi’s new Board of Directors and the General Manager of ENDE rejected Energais’s request. They claimed that the Engines had been nationalized pursuant to Decree 0493, and therefore belonged to the Bolivian State*”).

<sup>201</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 323, **RL-22**.

**7. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA CONOCER DEL RECLAMO RELATIVO A LA REMUNERACIÓN POR POTENCIA O CAPACIDAD DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO IX(2) DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS**

204. Como el Estado ya explicó en sus Objeciones, de manera subsidiaria, si el Tribunal Arbitral considera que tiene jurisdicción para decidir sobre los Nuevos Reclamos (*quod non*), el Tribunal Arbitral deberá considerar que las Demandantes<sup>202</sup> no pueden presentar su reclamo relativo al PBP al haber elegido la vía local para resolver dicho reclamo<sup>203</sup>.
205. Para oponerse a esta objeción, las Demandantes (i) argumentan la existencia de un “test de triple identidad” que no se confirmaría en este caso<sup>204</sup> y (ii) sostienen que la objeción de Bolivia dejaría sin efecto útil (*effet utile*) la protección de medios eficaces del Tratado con los Estados Unidos<sup>205</sup>.
206. Como el Estado ya explicó<sup>206</sup>, el “test de la triple identidad” es un test que debe ser rechazado al ser excesivamente formalista y vaciar de todo contenido la cláusula de elección de vías. De aceptarse, sería virtualmente imposible encontrar una situación en la que el Estado pueda invocar la cláusula de elección de vías, lo que conduciría a tener una disposición en el tratado equivalente a letra muerta. Como explica la doctrina, esta triple identidad “*limita el efecto de la cláusula [de elección de vías]*.”<sup>207</sup> Esto fue confirmado por el tribunal en el caso Chevron: “*A strict*

---

<sup>202</sup> Las Demandantes, haciendo un exagerado ejercicio de “*Treaty shopping*” y “*cherry picking*”, sostienen que esta objeción sólo afectaría a Guacarachi America. Para ello, afirman que Rurelec (inversionista inglés) puede “importar” la protección sustantiva de medios eficaces del Tratado con los Estados Unidos (pues el Tratado con el Reino Unido no contiene tal protección), sin verse afectado por la cláusula de elección de vías. Este artificio no hace sino confirmar el carácter abusivo de la acumulación de tratados y demandantes sin el consentimiento del Estado que debe ser rechazada por el Tribunal Arbitral. *Ver* Memorial de Demanda, párr. 211; Contra-Memorial, nota al pie 193; *ver* también sección 2.

<sup>203</sup> Objeciones, párrs. 295 a 316.

<sup>204</sup> Contra-Memorial, párr. 95.

<sup>205</sup> *Id.*, párr. 96.

<sup>206</sup> Objeciones, párrs. 313 a 316.

<sup>207</sup> B. Hamida, *L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence de procédures et les conflits de juridictions*, AFDI, 2005, p. 595, (“*La jurisprudencia actual aparenta interpretar de forma restrictiva la noción de “litigio idéntico”*”). Así, en el laudo *Lauder*, un tribunal arbitral, al interpretar la cláusula *fork in the road* del artículo VI(3) (a) del TBI Estados Unidos/República Checa, juzgó que la interdicción de someter un reclamo a arbitraje sólo era aplicable cuando el litigio sometido a las jurisdicciones internas concernía la misma situación de hecho, el mismo fundamento legal y las mismas partes. A la objeción del Estado checo de que la demandante no podría, al aplicar la cláusula “*fork in the road*” del TBI, someter la disputa a un tribunal arbitral después de haber recurrido a las jurisdicciones internas, el

*application of the triple identity test would deprive the fork in the road provision of all or most of its practical effect*<sup>208</sup>.

207. El carácter excesivamente formalista del “test triple” que pretenden aplicar las Demandantes es elocuente al analizar su tercer requisito. Según ellas, “[t]he [fork in the road clause] applies only when an investment treaty arbitration and a domestic court litigation have [...] (iii) the same legal basis for the claim”<sup>209</sup>. En este caso, argumentan las Demandantes, “[a]lthough Guaracachi relied on Bolivian law, GAI is suing for breach of the effective means provision (Article II.4) of the US Treaty”<sup>210</sup>. Según este criterio, sería imposible encontrar un ejemplo de un “same legal basis” que permitiese hacer uso de la cláusula de elección de vías. Letra muerta<sup>211</sup>.

---

*tribunal respondió que el litigio presentado ante las jurisdicciones internas no era idéntico al que le fue sometido en la medida en que ese implicaba la violación de reglas nacionales y no de las reglas previstas en el TBI. Es cierto que, al introducir el criterio de la norma violada para definir la identidad del litigio, la jurisprudencia arbitral limita el efecto de la cláusula”. Traducción no oficial de “La jurisprudence actuelle semble entendre la notion de « litige identique » restrictivement. Ainsi, dans la sentence Lauder, un tribunal arbitral interprétant la clause fork in the road de l’article VI (3) (a) du TBI États- Unis/République tchèque, a jugé que l’interdiction de soumettre une réclamation à l’arbitrage ne jouait que lorsque le litige soumis aux juridictions internes concernait la même situation de fait, le même fondement légal et les mêmes parties. À l’objection de l’État tchèque selon lequel le demandeur ne pouvait pas, en application de la clause « fork in the road » du TBI, soumettre le différend à un tribunal arbitral après avoir recouru aux juridictions internes, le tribunal a répondu que le litige porté devant les juridictions internes n’était pas identique à celui qui lui était soumis dans la mesure où il impliquait la violation des règles nationales et non des règles prévues dans le TBI. Il est certain qu’en introduisant le critère de la norme violée pour définir l’identité du litige, la jurisprudence arbitrale limite l’effet de la clause”) **RL-67**.*

<sup>208</sup> *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador [III]* (Caso CPA No. 2009-23), tercer laudo provisional sobre jurisdicción del 27 de febrero de 2012, párrs. 4.74-4.77 (el resaltado es nuestro), **RL-23**. Al respecto, las Demandantes rechazan la pertinencia del laudo Chevron bajo el sólo argumento de que el tribunal rechazó dicha objeción. Esta crítica típica de la *common law* olvida el efecto persuasivo de los laudos arbitrales. Ver Contra-Memorial, nota al pie 201.

<sup>209</sup> Contra-Memorial, párr. 94.

<sup>210</sup> Contra-Memorial, párr. 95.

<sup>211</sup> Ver, por ejemplo, *Eduardo Vieira c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/04/7), laudo del 21 de agosto de 2007, párr. 240 (“*En base el principio de efecto útil (effet utile), toda disposición contenida en un tratado debe interpretarse en un sentido que le permita producir todos sus efectos, bajo el entendido de que su introducción en el texto tuvo una razón de ser específica*”), **RL-125**; *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), laudo del 27 de junio de 1990, párr. 40 (“*Nothing is better settled as a canon of interpretation in all systems of law, than that a clause must be so interpreted as to give it a meaning rather than so as to deprive it of a meaning [...] This is simply an application of the wider legal principle of ‘effectiveness’ which requires favoring the interpretation that gives to each treaty provision ‘effet utile’*”), **CL-10**.

208. Ahora bien, incluso en el absurdo hipotético de que el Tribunal Arbitral decida aplicar los criterios de este test tan restrictivo, un análisis de los reclamos presentados ante las autoridades bolivianas y este Tribunal Arbitral confirma (i) que, al pretender que ambas instancias concedan lo mismo, nos encontramos ante la misma disputa, y (ii) que los reclamos son presentados por entidades que comparten los mismos intereses (unidad de la parte que reclama). Por ello, el Tribunal Arbitral deberá negarse a actuar como instancia de revisión de una decisión que pueda adoptar la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, bajo el riesgo de prejuzgar, conceder una doble reparación o proferir decisiones contradictorias y/o incompatibles.
209. En *primer lugar*, el Estado ya demostró *in extenso* que la disputa sometida a las autoridades bolivianas pretende obtener el mismo resultado que la disputa sometida a este Tribunal Arbitral (negar la aplicación del régimen regulatorio resultante de la Norma Operativa No. 19 2007). Esto lo demuestra:
- a. La comparación del lenguaje usado por las Demandantes en los dos procedimientos<sup>212</sup>;
  - b. La declaración testimonial del Dr. Carlos Quispe<sup>213</sup>; y/o
  - c. El cálculo de la indemnización realizado por el experto de las Demandantes<sup>214</sup>.
210. Por ello, las Demandantes reconocen que sus pretensiones en el arbitraje consisten en pedirle al Tribunal Arbitral que “prejuzgue” la decisión que aún está pendiente ante la Corte Suprema de Justicia. En su Memorial de Demanda, las Demandantes afirmaron sin ambages que:

*In the event that this challenge [before the Corte Suprema] were to be successful, the Claimants would be entitled to receive the value of its*

---

<sup>212</sup> Objeciones, párr. 307.

<sup>213</sup> Quispe I, párr. 32 (“*Vale la pena mencionar que los argumentos esgrimidos por la Empresa Guaracachi S.A. en dichos recursos pretendían lo mismo que ahora pretenden las Demandantes en este arbitraje con respecto a la Resolución 040/2007*”).

<sup>214</sup> Compass Lexecon, párr. 127 (Al explicar su cálculo, explica que: “*This claim relates to the implementation of Resolution SSDE No. 040/2007. [...] I have been instructed by counsel to calculate damages, considering that the 20% complementary equipment costs component would have been reinstated by the Bolivian courts, with retroactive effect to 2007*”).



*business as of the date of expropriation calculated with the additional cash flows unaffected by the unlawful reduction in capacity payments*<sup>215</sup>.

211. En *segundo lugar*, un análisis correcto del requisito de “identidad de partes” implicaría estudiar la realidad corporativa de las empresas en vez de hacer un simple test nominal. Las Demandantes reconocen que “*it was [Guaracachi America]’s subsidiary, Guaracachi, that challenged Bolivia’s actions related to capacity payments*”<sup>216</sup>. Una vez más, pretender que sea la misma persona jurídica quien presente los dos reclamos pondría este requisito en un escenario de imposible cumplimiento<sup>217</sup>. La jurisprudencia arbitral ha considerado la posibilidad de estudiar el “grupo de compañías” para efectos de identificar la “identidad de parte”<sup>218</sup>.
212. Por último, la afirmación de las Demandantes de que la objeción del Estado le quitaría el *effet utile* a la cláusula de medios eficaces al imposibilitar, por el juego de la cláusula de elección de vías, que el inversionista inicie un procedimiento local<sup>219</sup> adolece de una falacia esencial y es omitir la unidad de disputa como condición de aplicación de la cláusula de elección de vías.
213. *Telle qu’elle*, la afirmación de las Demandantes haría imposible que las cláusulas de elección de vías y de medios eficaces coexistan. Como es bien sabido, estas cláusulas pueden coexistir sin anularse la una con la otra, como es el ejemplo del Tratado con los Estados Unidos. Un inversionista norteamericano puede presentar un reclamo ante las cortes locales, verse afectado por medios ineficaces, y presentar un reclamo bajo el Tratado con los Estados Unidos que no esté afectado por la cláusula de elección de vías. Esto ocurriría, como es obvio, cuando no haya unidad de disputa. Esto explica, precisamente, el objeto de la cláusula de elección de vías:

---

<sup>215</sup> Memorial de Demanda, párr. 219.

<sup>216</sup> Contra-Memorial, párr. 95.

<sup>217</sup> Guaracachi America, al no estar registrada en Bolivia ni llevar por cuenta propia actividades energéticas, carece de legitimación activa para interponer una acción administrativa contra la Norma Operativa No. 19. En el mismo sentido, al ser controlada mayoritariamente por inversionistas bolivianos a la hora de interponer la solicitud de arbitraje, EGSA no podría considerarse inversionista de los Estados Unidos.

<sup>218</sup> En *Genin*, por ejemplo, el tribunal, como podría hacer este Tribunal Arbitral, aplicó un “doble test” (y no un triple test): “*Two questions arise in this regard. First, to what extent were the issues litigated in Estonia and the United States identical to those raised by the Claimants in this arbitration? And second, is it proper to consider EIB and the Claimants as a “group” and to view EIB’s legal acts in Estonia as an “election of remedy” for the group as a whole?*”. Ver *Alex Genin, Eastern Credit Limited, INC. and A.S. Baltoil c. República de Estonia* (Caso CIADI No. ARB/99/2), laudo del 25 de junio de 2001, párr. 330, **RL-128**.

<sup>219</sup> Contra-Memorial, párr. 96.

*The rationale underpinning the 'fork in the road' provision in investment treaties is clearly the avoidance of multiple proceedings in multiple fora in relation to the same investment dispute. In more colloquial terms, it is designed to prevent the investor having several bites at the cherry<sup>220</sup>.*

214. Puesto que las Demandantes (o sus controladas) han presentado el mismo reclamo ante dos foros distintos, el Tribunal Arbitral, en aplicación del artículo IX(2) del Tratado con los Estados Unidos, deberá rechazar el reclamo relativo al PBP.

**8. EN CUALQUIER CASO, LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES RELATIVOS AL PRECIO SPOT Y A LOS MOTORES SON PREMATUROS**

215. Como el Estado demostró en sus Objeciones a la Jurisdicción<sup>221</sup>, un reclamo puede ser considerado prematuro cuando el inversionista no ha tomado medidas tendientes a obtener la corrección del acto supuestamente ilícito. Esto permite darle al Estado una oportunidad de revisar su conducta y, de ser el caso, corregirla, sobre todo en presencia de conductas de funcionarios de primer nivel (o primera instancia).

216. En este caso, el Tribunal Arbitral deberá notar que las Demandantes no han emprendido ningún esfuerzo (y mucho menos un esfuerzo “razonable”) para oponerse a la medida que invoca en su reclamo sobre los precios *spot* y que los esfuerzos realizados para obtener la restitución de los motores *Worthington* no han sido razonables.

217. Las Demandantes, para escapar a esta objeción, intentan confundirla con un requisito de agotamiento de los recursos internos<sup>222</sup>. Como el Estado ya demostró en sus Objeciones, el carácter prematuro de los reclamos es un elemento que afecta el hecho internacionalmente ilícito y no un requisito procedimental.

218. Por lo demás, las Demandantes no niegan no haber hecho uso de ninguno de los recursos administrativos y judiciales que tenían a su disposición para intentar impugnar las medidas relativas al precio *spot* y los motores *Worthington* antes de iniciar el presente arbitraje.

219. El tribunal en el caso *Generation Ukraine* confirmó que esta oportunidad tiene carácter sustantivo (elemento generador del ilícito internacional) y que, por ende, no debe ser confundida con el agotamiento de recursos:

---

<sup>220</sup> Z. Douglas, “*The Hybrid Foundations of Investment Treaty arbitration*”, 74 *BYIL*, 2005, p. 275, **RL-66**.

<sup>221</sup> Objeciones a la Jurisdicción, párrs. 317-333.

<sup>222</sup> Contra-Memorial sobre las Objeciones, párrs. 99 y 101 a 103.

*In such instances, an international tribunal may deem that the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable – not necessarily exhaustive – effort by the investor to obtain compensation*<sup>223</sup>.

220. En su Contestación, las Demandantes hacen una lectura equivocada de los casos *Jan de Nul* y *Loewen* al pretender que ambos casos, por tratarse de una denegación de justicia, requerían el agotamiento de recursos internos<sup>224</sup>.
221. El tribunal en el caso *Loewen*, a pesar de que analizaba un reclamo de denegación de justicia, estableció que la regla según la cual se debe “*afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law*” no sólo debe aplicarse a casos de denegación de justicia, sino también a reclamos por trato nacional (artículo 1102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), nivel mínimo de trato (artículo 1105) y expropiación (artículo 1110)<sup>225</sup>. En el mismo sentido, el tribunal en el caso *Jan de Nul* constató que existe a “*a clear trend of cases requiring an attempt to seek redress in domestic courts before bringing a claim for violation of BIT standards irrespective of any obligation to exhaust local remedies*<sup>226</sup>” sin distinción sobre la medida reclamada.
222. Por último, la crítica hecha por las Demandantes al principio de *Generation Ukraine* invocando la anulación de *Helnan* tampoco es acertada. Si bien este comité afirmó que la decisión del tribunal *Generation Ukraine* era “*somewhat outside the jurisprudence constante*”<sup>227</sup>, las Demandantes omiten citar el resto del párrafo en el cual el comité explica que “[o]n its facts, the decision of the [*Generation Ukraine*]

---

<sup>223</sup> *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), decisión del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.31, **RL-24**. Similarmente, el tribunal *Saluka* estableció que: “*The Treaty cannot be interpreted so as to penalize each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investor may normally seek redress before the courts of the host State*”, *Saluka Investments BV c. República Checa* (UNCITRAL), laudo parcial del 17 de marzo de 2006, párr. 442, **CL-36**.

<sup>224</sup> Contra-Memorial sobre las Objeciones, párr. 102 (“*Yet, both are denial of justice claims which require the exhaustion of remedies, and therefore do not apply here*”).

<sup>225</sup> “*The requirement has application to breaches of Articles 1102 and 1110 as well as Article 1105*”, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3), decisión sobre el fondo del 26 de junio de 2003, párr. 156 *in fine*, **RL-68**.

<sup>226</sup> *Jan de Nul N. V. c. República de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13), decisión del 16 de junio de 2006, párr. 121 (el resaltado es nuestro), **RL-12**.

<sup>227</sup> *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19), Procedimiento de Anulación, decisión del Comité Ad-Hoc del 14 de junio de 2010, párr. 49, **CL-132**.

*tribunal in that case is understandable” y, más adelante, califica “[i]n these circumstances, it is unsurprising that the tribunal in Generation Ukraine should observe that [la cita que citamos en nuestras Objeciones]”<sup>228</sup>.*

223. Como el Tribunal Arbitral podrá notar, el caso *Generation Ukraine*, como el caso *Guaracachi America y Rurelec*, tienen algo en común en materia del carácter prematuro de los reclamos: los supuestos hechos ilícitos de ambos casos eran decisiones de las autoridades de primera instancia<sup>229</sup>. Como el Dr. Quispe explicó (y las Demandantes no pueden controvertir), la Resolución SSDE No. 283 fue emitida por la autoridad de primer nivel (la Superintendencia Sectorial), pudiendo ser apelada ante la Superintendencia General del SIRESE e incluso atacada por vía judicial ante la Corte Suprema de Justicia<sup>230</sup>. Este detalle no podrá ser obviado por el Tribunal Arbitral, como no lo fue en el caso *Generation Ukraine*<sup>231</sup> y como tampoco lo fue por el comité *Helnan* al concluir que:

*A single aberrant decision of a low-level official is unlikely to breach the standard unless the investor can demonstrate that it was part of a pattern of state conduct applicable to the case or that the investor took steps within the administration to achieve redress and was rebuffed in a way which compounded, rather than cured, the unfair treatment*<sup>232</sup>.

## **9. EL TRIBUNAL DEBERÁ ORDENAR UNA VERDADERA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y SUSPENDER LA FASE DEL FONDO**

224. Como el Estado ya manifestó en sus comunicaciones sobre la Solicitud de Bifurcación<sup>233</sup> y sus Objeciones a la Jurisdicción, dada la naturaleza de las objeciones jurisdiccionales y el ahorro en tiempo y dinero que una decisión sobre jurisdicción podría implicar para las Partes, el Tribunal Arbitral deberá conceder una verdadera bifurcación, esto es, una bifurcación que suspenda la fase del fondo

---

<sup>228</sup> *Id.* (el resaltado es nuestro).

<sup>229</sup> A diferencia de la medida en el caso *Helnan*, un Decreto Ministerial, lo que explicó la inconformidad del comité de anulación.

<sup>230</sup> Quispe I, párr. 39.

<sup>231</sup> *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), decisión del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.31, **RL-24**.

<sup>232</sup> *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19), Procedimiento de Anulación, decisión del Comité Ad-Hoc del 14 de junio de 2010, párr. 50, **CL-132**.

<sup>233</sup> Comunicaciones de Bolivia del 9 y 29 de agosto de 2012. Los argumentos de Bolivia en dichas comunicaciones deben entenderse incorporados en esta sección.

mientras se decida la jurisdicción (y no una bifurcación sin efectos jurídicos como la que el Tribunal Arbitral estableció en su Orden de Procedimiento No. 9)<sup>234</sup>.

225. No es cierto, como dicen las Demandantes, que “*there would not be a material reduction of the merits phase of the proceedings if jurisdiction were bifurcated from the merits*”. En este caso, una declaración de incompetencia en fase jurisdiccional reduciría significativamente los costos del procedimiento. Como ya ha sido expresado más arriba, la sola aceptación de la primera objeción jurisdiccional de Bolivia daría lugar a que este arbitraje deba darse por terminado aquí y ahora. Este ahorro de tiempo y dinero seguiría siendo sustancial si, por ejemplo, el Tribunal acepta parcialmente las objeciones del Estado<sup>235</sup>. Al menos cuatro razones justifican esta afirmación.
226. En *primer lugar*, no es desconocido que en este tipo de procedimientos los informes de valuación y la participación de estos expertos en la audiencia son una parte considerable de los costos del arbitraje<sup>236</sup>. Es previsible que en este caso cada Parte presente un segundo informe de valuación con su Réplica o Dúplica. El ahorro (en tiempo y dinero) que implicaría prescindir de estos segundos informes – o limitar su alcance al excluir, por ejemplo, los Nuevos Reclamos – no puede ser despreciado por el Tribunal Arbitral.

---

<sup>234</sup> El Estado toma nota de la decisión del Tribunal Arbitral en su Orden de Procedimiento No. 9 (recibida el día hábil anterior a la presentación de esta Réplica). El Estado se reserva su derecho a responder el 27 de noviembre acerca de las cuestiones propuestas por el Tribunal Arbitral. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado solicita al Tribunal Arbitral reconsiderar su decisión en aras de la economía y eficiencia procesal como se explica en esta sección.

<sup>235</sup> Tomando el ejemplo de los Nuevos Reclamos, tanto las Partes como sus expertos han separado sus memoriales e informes por reclamos (por ejemplo para la cuantificación, escenario nacionalización y escenario nacionalización + Nuevos Reclamos). Eliminar los Nuevos Reclamos implicaría una importante simplificación del caso (considerando especialmente su alto nivel de tecnicidad) que se traduciría en menores tiempos y costos.

<sup>236</sup> En el caso *Siag c. Egipto*, por ejemplo, el Sr. Manuel Abdala, experto de las Demandantes en este caso, presentó dos informes escritos. Por estos dos informes y su participación en la audiencia, la firma del Sr. Abdala cobró USD 1'035,814, *Waguih Elie George Siag c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/15), laudo del 1 de junio de 2009, párr. 605, **CL-62**. Esto se confirma también al ver las costas en que incurrió el despacho que representa a las Demandantes (Freshfields) en los cuatro casos en los que retuvo los servicios del Sr. Abdala: *Libananco c. Turquía*, USD 35,702,417; *Cementownia c. Turquía*, USD 5'179,822; *Europe Cement c. Turquía*, USD 3'907,384; *Iberdrola c. Guatemala*, USD 5,312,107. Ver *LibanancoHoldings Co. Limited c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/06/8) laudo del 2 de septiembre de 2011, **RL-129**; *Cementownia “Nowa Huta” S.A. c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2) laudo del 17 de septiembre de 2009, **RL-130**; *Europe Cement Investment & trade S.A. c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2) laudo del 13 de agosto de 2009, **RL-131** y *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, **RL-22**.

227. En *segundo lugar*, además de los temas de valuación, existe una disputa entre las Partes acerca de las proyecciones de oferta y demanda de energía eléctrica que los expertos valuadores utilizan para sus cálculos. Las Demandantes reconocen haber contratado una firma independiente (Mercados Energéticos Consultores)<sup>237</sup>, y el Estado criticó vehementemente las proyecciones de esta empresa<sup>238</sup>. Por lo tanto, es probable que este tema requiera la intervención de expertos adicionales y el examen detallado de la voluminosa información técnica (como son las mediciones utilizadas por el CNDC para calcular la programación de mediano plazo, los distintos Planes Óptimos de Expansión del Sistema Interconectado boliviano, etc.)<sup>239</sup>.
228. Puesto que el Estado ha planteado varias objeciones jurisdiccionales que podrían simplificar (o incluso eliminar) estos reclamos técnicos, no tendría sentido que los expertos valuadores y los expertos eléctricos continúen realizando sus complejas labores mientras el Tribunal Arbitral decide las objeciones. Con la idea de ganarse un par de meses, el Tribunal Arbitral estaría obligando a las partes a incurrir en millones de dólares de costas procesales.
229. En *tercer lugar*, de aceptarse la verdadera bifurcación, los temas del fondo podrían verse reducidos considerablemente (o incluso finiquitados), lo que ahorraría a las Partes un inmenso trabajo de recopilación, análisis y presentación de prueba documental y testimonial. En efecto, en la fase de fondo y cuantificación y teniendo en cuenta que las Partes aún no han presentado su Réplica y Dúplica, las Partes ya han presentado más de 250 pruebas documentales<sup>240</sup> y 8 declaraciones testimoniales. Esto contrasta con las 57 pruebas documentales y 3 declaraciones testimoniales que las Partes han presentado en sus escritos sobre jurisdicción<sup>241</sup>.
230. En *cuarto lugar*, la limitación de los temas sobre el fondo podría reducir los costos y tiempos inherentes a la fase de *disclosure* que, como es bien sabido, suele representar un número importante de horas de trabajo.

---

<sup>237</sup> Ver Compass Lexecon, Apéndices C y D.

<sup>238</sup> Contra-Memorial, párrs. 206 a 216.

<sup>239</sup> Contra-Memorial, párrs. 216 a 219.

<sup>240</sup> Anexos C-1 a C-209 y R-38 a R-101.

<sup>241</sup> Anexos R-1 a R-37 y C-210 a C-230. Llamativamente, esta Réplica sobre Jurisdicción sólo incluye 8 pruebas documentales (R-102 a R-109).

231. *Por último*, no conceder una verdadera bifurcación puede conllevar no sólo el incremento injustificado e innecesario de los costos del arbitraje, sino al riesgo de que, de ser condenadas al reembolso de estos costos, las Demandantes no puedan reembolsar a Bolivia los costos incurridos en su defensa. Como Bolivia ya explicó en su Contra-Memorial sobre el fondo<sup>242</sup>, Bolivia ha tenido conocimiento por notas de prensa recientes que Rurelec obtuvo financiación de un tercero no identificado, quien estaría “*entitled to receive a portion of any proceeds recovered in relation to any final settlement of, or award, in connection with the Arbitration*”<sup>243</sup>. Este hecho es suficiente para dudar sobre la capacidad financiera de las Demandantes para cubrir por sí mismas los costos del arbitraje. Por lo tanto, de no concederse una verdadera bifurcación, el Tribunal Arbitral tendrá, cuanto menos, que ordenar a las Demandantes otorgar una garantía bancaria que cubra los eventuales costos del arbitraje<sup>244</sup>.
232. El Estado ya tuvo la oportunidad de demostrar en sus Objeciones a la Jurisdicción y esta Réplica la seriedad de sus objeciones jurisdiccionales. Dada la naturaleza de estas objeciones, una verdadera bifurcación del procedimiento se impone. El lamentable hecho de que el Estado haya tenido que responder al fondo y cuantificación de unos reclamos que manifiestamente escapan a la jurisdicción del Tribunal Arbitral no debe ser prolongado. En consecuencia, Bolivia reitera su solicitud de que el procedimiento sea verdaderamente bifurcado y los plazos previstos para la Réplica y Dúplica sobre el fondo sean suspendidos hasta una decisión sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

---

<sup>242</sup> Contra-Memorial sobre el fondo, pág. 21.

<sup>243</sup> Ver nota de prensa de Rurelec del 2 de julio de 2012, *Rurelec completes \$ 15.45 million Fund Raising*, **R-101**.

<sup>244</sup> Ante la falta de información sobre la identidad del tercero y los términos de la financiación, Bolivia se reserva todos los derechos en relación con este hecho, incluidas las objeciones a la jurisdicción aplicables y el derecho de solicitar una *security for costs* sobre esta base.

**10. PETITORIO**

233. Por todo lo anterior, y reservándose el derecho de desarrollar y expandir su presentación más adelante en vista de las ulteriores presentaciones de las Demandantes tanto escritas como orales, la Demandada solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

1) Declare:


- (a) que Bolivia no dio su consentimiento bajo el Tratado con los Estados Unidos y el Tratado con el Reino Unido a someter los reclamos planteados conjuntamente por las Demandantes bajo ambos Tratados a un mismo procedimiento de arbitraje internacional y que, por lo tanto, el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para conocer los reclamos de las Demandantes;
- (b) de manera subsidiaria, que no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los reclamos presentados por Rurelec bajo el Tratado con el Reino Unido; y
- (c) que no tiene jurisdicción con respecto a Guaracachi America al haberle denegado Bolivia los beneficios del Tratado con los Estados Unidos;
- (d) de manera subsidiaria, que no tiene jurisdicción para conocer los Nuevos Reclamos por no haber cumplido las condiciones del Tratado con los Estados Unidos y del Tratado con el Reino Unido;
- (e) de manera subsidiaria, que no tiene jurisdicción *ratione materiae* para conocer sobre los Nuevos Reclamos porque son reclamos bajo el Derecho boliviano y no reclamos bajo los Tratados;
- (f) de manera subsidiaria, que no tiene jurisdicción para conocer sobre el reclamo relativo al PBP de conformidad con la cláusula de elección de una vía del Tratado con los Estados Unidos;
- (g) de manera subsidiaria, que los reclamos de las Demandantes relativos al precio *spot* y los motores *Worthington* son prematuros e inadmisibles; y

2) Ordene:




- (a) tramitar y decidir las presentes excepciones a la jurisdicción y admisibilidad como cuestiones previas y ordene una verdadera bifurcación del procedimiento, suspendiendo los términos del fondo y concediendo al Estado la posibilidad de presentar su caso durante una audiencia sobre la jurisdicción;
- (b) de manera subsidiaria, ordene a las Demandantes otorgar una garantía bancaria que cubra los eventuales costos del arbitraje;
- (c) a las Demandantes reembolsarle íntegramente al Estado los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y
- (d) cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna.

Presentado respetuosamente en nombre del Estado Plurinacional de Bolivia,



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO



DECHERT (PARIS) LLP



12119275.7.EU\_LITIGATION

