

París, 14 de enero de 2013

Señores:

Dr. José Miguel Júdice
PLMJ - AM Pereira Sáragga Leal Oliveira Martins Júdice e Associados
Edificio Eurolex
Avenida da Liberdade 224
Lisboa 1250-148
Portugal

Dr. Manuel Conthe
Bird & Bird
Jorge Juan, 8, 1º
Madrid 28001
España

Dr. Raúl Emilio Vinuesa
Vinuesa & Asociados
Alsina 2360
San Isidro (1642)
Buenos Aires
Argentina

EDUARDO SILVA ROMERO

eduardo.silvaromero@dechert.com
+33 1 57 57 80 14 Téléphone
+33 1 57 57 80 81 Télécopieur

Por correo electrónico

Re: *Caso CPA No. 2011-17 – Guaracachi America Inc. & Rurelec Plc. c. Estado Plurinacional de Bolivia*

Estimados Señores Miembros del Tribunal Arbitral:

El Estado Plurinacional de Bolivia (“**Bolivia**”)¹ acusa recibo de la comunicación de las Demandantes del 2 de enero de 2013 adjuntando la decisión sobre jurisdicción en el caso *Teinver S.A. c. República Argentina* (la “**Decisión**”)².

Las Demandantes alegan (incorrectamente) que la Decisión sustenta sus argumentos según los cuales (I) la participación indirecta de Rurelec en EGSA constituiría una inversión protegida

¹ Los términos no definidos tienen el significado establecido en los demás escritos de Bolivia.

² *Teinver S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/90/1), decisión sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012, con voto particular del Dr. Kamal Hossain, **CL-151**.

bajo el Tratado con el Reino Unido y (II) el Tribunal Arbitral tendría jurisdicción sobre los Nuevos Reclamos pese a que éstos han sido formulados en violación de los requisitos de notificación y negociación previas bajo los Tratados.

Ante las incorrecciones y omisiones de las Demandantes (por ejemplo, omiten citar el voto particular del Dr. Kamal Hossain favorable a la posición de Bolivia), Bolivia se ve obligada a presentar los siguientes comentarios:

I.- El alegato relativo a las inversiones indirectas

El primer alegato de las Demandantes fracasa, entre otros motivos, porque:

(a) existe una diferencia decisiva entre el caso *Teinver* y el presente que las Demandantes convenientemente ignoran: los tratados bilaterales de inversión (“**TBIs**”) aplicables son distintos en aspectos directamente relevantes para la objeción jurisdiccional de Bolivia. Interpretada *a contrario*, la Decisión respalda la interpretación de Bolivia del Artículo I(a) del Tratado con el Reino Unido; y

(b) en todo caso, la Decisión se basa en un principio de interpretación *pro inversor* carente de fundamento jurídico.

En primer lugar, es cierto que el tribunal arbitral *Teinver* consideró que una cláusula del TBI España-Argentina similar al Artículo I(a) del Tratado con el Reino Unido abarcaba las inversiones “indirectas”. Sin embargo, esta decisión se basó en que dicho TBI no contenía ninguna disposición que permitiera inferir que éstas estaban excluidas (“[...] *nothing in the broad language [...] of the Treaty suggests that shares held through subsidiaries are excluded*”)³.

El Tratado con el Reino Unido, en cambio, sí contiene una disposición que, correctamente interpretada, aclara que las inversiones indirectas están excluidas de su ámbito de aplicación. Como Bolivia ya ha señalado⁴, el Artículo V(2) del Tratado con el Reino Unido dispone que, en caso de que una parte Contratante “*expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en las que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tenga[n] acciones*”, dicha parte Contratante deberá compensar “*las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones*” (el resaltado es nuestro).

³ Decisión, párr. 230: “*la fórmula amplia utilizada [...] no sugiere en absoluto que las tenencias accionarias a través de subsidiarias se encuentren excluidas*” (traducción oficial), **CL-151**.

⁴ Objeciones, párrs. 69-70; Réplica sobre Jurisdicción, párr. 82.

Tanto la expresión “tener acciones” como “propietario de acciones” excluyen las inversiones indirectas (por ejemplo, no existe más de un propietario). Iría contra el sentido ordinario y común pretender que Rurelec “tiene” acciones de EGSA o, especialmente, es “propietaria” de las mismas cuando existe un entramado societario complejo interpuesto entre Rurelec y EGSA. Es revelador que las Demandantes no hayan nunca contestado a este argumento fundamental⁵.

En segundo lugar, la Decisión parte de un principio de interpretación *pro inversor* que no existe en derecho internacional. Según la mayoría del tribunal, a falta de otras indicaciones en contra (existentes en el caso presente), las expresiones “*any kind of assets*” y “*property and rights of every kind*” cubrirían también las inversiones indirectas.

El tribunal *Teinver*, sin embargo, no justifica por qué los términos del tratado deben interpretarse *lato sensu* a favor del inversor y no de acuerdo con su sentido jurídico y lingüístico ordinario, que no incluye inversiones indirectas. Además de ignorar otros argumentos en favor de una interpretación estricta, ya expuestos por Bolivia⁶, la mayoría del tribunal *Teinver* parece ignorar que la aplicabilidad de los TBIs así como su propia jurisdicción derivan del consentimiento de los Estados y no de un principio de favor hacia los inversores.

Este Tribunal Arbitral debe rechazar que, en caso de duda, deba realizarse una interpretación *pro inversor*. Al contrario, debe atenerse a una interpretación estricta de los términos del Tratado con el Reino Unido, de acuerdo con el consentimiento prestado por los Estados Contratantes. Como expresó el Dr. Kamal Hossain en su voto particular:

*In my view on a plain reading of the words in Article I(2) of the BIT shares **held** in a company means shares **directly held**, unless **indirectly held** shares **are expressly included**. An interpretation, which would **expand** the meaning to include shares “indirectly held” cannot be understood to be the plain meaning of the word “held” since “indirectly held” widens the scope without limit, and enlarges the obligation imposed (also without limit). It is, therefore, reasonable to expect that to include “shares indirectly held” this must be done expressly as in the US BITs. [...]*

⁵ Las Demandantes ignoran deliberadamente la existencia de este argumento. Ver Dúplica, párr. 21: “[...] Bolivia bases its argument upon terms that are absent from the UK Treaty”. Es más, en tres de las cuatro decisiones que citan las Demandantes (Dúplica, párr. 24), los TBIs aplicables no contenían tampoco una disposición similar al Artículo V(2) del Tratado con el Reino Unido. En la última decisión, *Kardassopolous c. Georgia* (CL-65), el TBI Grecia-Georgia sí contenía una disposición parecida, pero ésta no fue analizada por el tribunal arbitral.

⁶ Objeciones, párr. 60 y ss.

*The interpretative principle of in dubio mitius, requires that in interpreting treaties, if the meaning of a term is ambiguous, that meaning is to be preferred which is less onerous to the party assuming an obligation, or which interferes less with the territorial and personal supremacy of a party, or involves less general restrictions upon the parties*⁷.

Por último, no es cierto, al contrario de lo que afirman las Demandantes, que la mayoría del tribunal *Teinver* afirme que su interpretación “*was in accord with the jurisprudence constante on this issue*”⁸. A lo sumo, la mayoría afirma que su interpretación sería “*consistent with previous awards*”⁹, lo que no excluye la existencia de jurisprudencia arbitral en sentido contrario. En ningún momento hace uso de la expresión *jurisprudence constante*, concepto que no tiene cabida en el arbitraje de inversión. Huelga recordar que este Tribunal Arbitral no está ligado por ninguna regla de *stare decisis*.

II.- El alegato relativo a las condiciones de notificación y negociación previas

La Decisión afirma que, en relación con un determinado reclamo, no es necesario cumplir con los requisitos de notificación y negociación previas en caso de que: (a) dicho reclamo presente una “*relación lo suficientemente fuerte*” (“*sufficiently related*”) con otros reclamos que sí han sido objeto de notificación y negociación previas¹⁰; o (b) sea posible concluir, a la vista de los antecedentes, que toda negociación sería “*fútil*” (“*futile*”) ¹¹. En ambos supuestos, la Decisión refuerza la posición de Bolivia según la cual el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre los Nuevos Reclamos.

⁷ Decisión, voto particular del Dr. Kamal Hossain, párrs. 23-5: “*En mi opinión, surge de una lectura simple de los términos del Artículo I(2) del TBI que las acciones en sociedades se refieren a las acciones de propiedad directa, salvo que se incluyan expresamente las acciones indirectas. Una interpretación que amplíe el significado para incluir las “acciones indirectas” no se puede inferir directamente como sentido corriente del término acciones o del término “held” en inglés, dado que el término “indirecta” amplía el alcance sin límites y con ello la obligación asociada (que tampoco tendría límites). Por ello, es razonable esperar que para incluir las “acciones indirectas”, esta fórmula debe incluirse expresamente como en el TBI de los Estados Unidos de América. [...] El principio de interpretación in dubio mitius exige que al interpretar un tratado, si el significado de un término es ambiguo, debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o que interfiere menos con la supremacía territorial y personal de una parte o que impone las menores restricciones generales a las partes*” (traducción oficial, el resaltado es original, citas omitidas), **CL-151**.

⁸ Comunicación de las Demandantes del 2 de enero de 2013, pág. 2/3.

⁹ Decisión, párr. 231: “*la conclusión del Tribunal es consistente con laudos anteriores*” (traducción oficial), **CL-151**.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 122.

¹¹ *Ibid.*, párr. 126.

En primer lugar, con respecto a la “relación suficiente” que debe existir entre los reclamos que no han sido objeto de una notificación y negociación previas y los que sí lo han sido, el tribunal *Teinver* insiste en que lo decisivo es si versan sobre un mismo “objeto” (“*subject matter*”)¹².

Dicho tribunal, sin embargo, no define qué constituye un mismo “objeto”. Por ello, la Decisión no contradice la posición de Bolivia. Como ya se ha señalado, para dicha definición es aplicable el test elaborado por el tribunal *Luchetti*, el cual lleva a la conclusión que no existe suficiente relación entre los Nuevos Reclamos y el reclamo por nacionalización¹³. Es llamativo que las Demandantes no hayan ofrecido ningún argumento en contra de la aplicación de dicho test y que ni siquiera hayan definido el estándar de “relación suficiente” que debería existir entre reclamos según la Decisión. Por el contrario, afirman en su Dúplica que no existe controversia jurídica en cuanto a dicha definición¹⁴, por lo que aceptan la pertinencia del estándar *Luchetti*.

Además, las Demandantes omiten mencionar que los reclamos considerados “suficientemente relacionados” en la Decisión eran (i) un reclamo por expropiación *indirecta* y (ii) un reclamo por expropiación *directa*, los hechos de este último englobados en los hechos que sustentaban el primero. Esto distingue claramente el caso *Teinver* del caso presente.

En efecto, Argentina pretendía que los reclamos en cuestión eran radicalmente distintos basándose exclusivamente en su distinta calificación jurídica bajo el TBI aplicable (“*Respondent’s argument is really just a general assertion that the claim must be characterized in the same terms (and possibly employing the same legal theories) when it is being negotiated as when it is finally subjected to arbitration*”)¹⁵. El tribunal *Teinver* rechazó este argumento al considerar que no es necesario para que dos reclamos estén suficientemente relacionados que hayan sido calificados jurídicamente de la misma manera como violaciones del Tratado (“*nothing in the text of [the Treaty] requires that the dispute be characterized solely in terms of Treaty violations*”)¹⁶.

¹² *Ibid.*, párr. 123.

¹³ *Ver Réplica*, párrs. 185-6.

¹⁴ Dúplica, párr. 54: “*Where the parties diverge is whether the three claims relate to the nationalization dispute as a matter of fact*”.

¹⁵ Decisión, párr. 124: “*el único argumento de la Demandada es una afirmación de carácter general de que la reclamación debe plantearse en los mismos términos (y, dentro de lo posible, sobre la base de las mismas teorías) al negociar que cuando finalmente se somete a arbitraje*” (traducción oficial), **CL-151**.

¹⁶ *Ibid.*: “*la referencia del [Tratado] no exige en absoluto que la controversia deba plantearse exclusivamente con fundamento en una violación del Tratado*” (traducción oficial).

En el caso presente, los Nuevos Reclamos se refieren a supuestos hechos (principalmente, modificaciones del marco regulatorio y demoras en el trámite de recursos administrativos y judiciales) que *no guardan ninguna relación, aun remota, con los hechos en los que se basa el reclamo por nacionalización*¹⁷. Además, la diferencia entre la calificación jurídica no es sutil: los Nuevos Reclamos son relativos a obligaciones de naturaleza completamente distinta (otorgar un trato justo y equitativo, proporcionar medios eficaces de hacer valer las reivindicaciones, no adoptar medidas irrazonables, y proporcionar plena protección y seguridad) de la obligación de compensar en caso de expropiación. Si este Tribunal Arbitral concluyese que los Nuevos Reclamos están “suficientemente relacionados” con el reclamo por nacionalización, entonces no sería imaginable reclamo alguno que no lo estuviese, lo que privaría de sentido a la regla.

En segundo y último lugar, con respecto a la excepción por “futilidad” de las negociaciones, las circunstancias en las que se basa la Decisión son también muy distintas de las presentes. La Decisión nota que las partes negociaron durante meses e incluso llegaron a elaborar un borrador de transacción en el que se pactaba una compensación por la expropiación a cambio de que pusiese fin al procedimiento CIADI. Finalmente, sin embargo, la transacción no llegó a concretarse, lo que llevó al tribunal *Teinver* a concluir que toda negociación adicional sería fútil.

En el caso presente, sin embargo, el Tribunal Arbitral no puede llegar a la misma conclusión pues nunca ha existido una negociación (ni siquiera una solicitud de negociación) sobre los Nuevos Reclamos. Éstos no han siquiera cumplido con el requisito de notificación previa, ya que fueron presentados por primera vez en el Memorial de Demanda. A diferencia del caso *Teinver*, no existe ningún elemento que permita concluir que toda negociación sería fútil.

Atentamente,



Eduardo Silva Romero

Cc: Nigel Blackaby
Noah Rubins
Lluís Paradell

¹⁷ Ver Réplica, párr. 181.

Caroline Richard
Jeffery Commission
Daniel Chertudi
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
701 Pennsylvania Ave. NW, Suite 600
Washington, DC 20004
United States

Martín Doe
Jara Mínguez Almeida
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ
La Haya, Países Bajos