

**EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE ANTE UN TRIBUNAL CONSTITUIDO
DE CONFORMIDAD CON EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA
REPÚBLICA DOMINICANA —CENTROAMÉRICA— Y ESTADOS UNIDOS**

-y-

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 1976

-entre-

- 1. TCW GROUP, INC.**
- 2. DOMINICAN ENERGY HOLDINGS, L.P.**

(Demandantes)

-y-

LA REPÚBLICA DOMINICANA

(Demandada)

MEMORIAL SOBRE JURISDICCIÓN DE LA DEMANDADA

SIMPSON THACHER & BARTLETT LLP

John J. Kerr, Jr.
Janet Whittaker
Julissa Reynoso
Emma Lindsay
Andrea M. Griswold
Michelle Hertz

425 Lexington Avenue
New York, New York 10017-3954
Teléfono: (212) 455-2000
Fax: (212) 455-2502

Peter C. Thomas

601 Pennsylvania Avenue, N.W.
North Building, 10th Floor
Washington, D.C. 20004
Teléfono: (202) 220-7700
Fax: (202) 220-7702

Abogados de la República Dominicana

ÍNDICE

LISTA DE REFERENCIAS	iv
AFIRMACIONES PRELIMINARES	1
ANTECEDENTES DE HECHO RELEVANTES.....	5
I. TCW adquirió una participación controlante en EDE Este por la cantidad nominal de US\$2.....	5
A. Las Demandantes adquirieron la participación accionaria en EDE Este en noviembre de 2004 por la cantidad nominal de US\$2.....	5
B. TCW realizó su adquisición a través de una cadena de subsidiarias internacionales	5
C. TCW jamás tuvo el propósito de invertir en EDE Este ni en el sector de la energía eléctrica de la República	8
II. TCW ha iniciado otros arbitrajes basados exactamente en las mismas medidas controvertidas en el presente arbitraje.....	9
A. TCW controla y planifica los tres arbitrajes	11
B. Las Demandantes pretenden usar el presente caso y los otros dos arbitrajes para asegurarse ganancias injustificadas	12
III. La Formulación de Pretensiones de las Demandantes se basa en afirmaciones vagas y especulativas que eluden identificar las fechas en que presuntamente se produjeron los hechos	13
DERECHO APLICABLE	15
ARGUMENTOS	16
I. Las pretensiones de las Demandantes no se sometieron adecuadamente a arbitraje, dado que las Demandantes incumplen el requisito de renuncia contenido en el Artículo 10.18(2) del CAFTA-DR.....	16
A. La jurisdicción del Tribunal está supeditada a la renuncia por parte de las Demandantes en virtud del Artículo 10.18(2) al derecho de iniciar otros procedimientos respecto de medidas que, según alegan, constituyen una violación del CAFTA-DR	17
B. La supuesta renuncia de las Demandantes a su derecho de impulsar otros procedimientos con respecto a las medidas controvertidas en el presente caso es inválida	20
II. Las Demandantes no poseen una inversión en la República Dominicana respecto de la cual el Tribunal pueda ejercer su jurisdicción.....	23

A.	El Tribunal puede ejercer su jurisdicción únicamente respecto de pretensiones vinculadas con una inversión que tenga las características de una inversión.....	23
B.	La supuesta inversión de las Demandantes no tiene las características de una inversión exigidas por el CAFTA-DR	24
1.	La “inversión” de las Demandantes no supone el compromiso de capitales u otros recursos.....	24
2.	Las Demandantes no tenían una expectativa razonable de obtener ganancias o utilidades en relación con su “inversión”	25
3.	La “inversión” de las Demandantes no supone asumir riesgos	26
III.	El Tribunal no puede ejercer su jurisdicción respecto de la presunta violación del Artículo 10.7 del CAFTA-DR, ya que los hechos alegados por las Demandantes no se encuadran en el Artículo 10.7	27
A.	El Tribunal puede ejercer su jurisdicción únicamente respecto de presuntas violaciones que puedan encuadrarse en las disposiciones del Tratado que han sido supuestamente violadas.....	27
B.	Los hechos alegados por las Demandantes para sustentar su pretensión en virtud del Artículo 10.7 no pueden encuadrarse en el ámbito de dicha disposición	29
IV.	El Tribunal no tiene jurisdicción para resolver pretensiones basadas en eventos que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia del CAFTA-DR	31
A.	El CAFTA-DR establece expresamente que carece de efectos retroactivos.....	31
B.	El presente Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de actos u omisiones alegados por las Demandantes que se produjeron con anterioridad al 1 de marzo de 2007	32
C.	No deben prosperar los intentos de la Demandante de encuadrar determinados actos y omisiones dentro de la jurisdicción del Tribunal alegando una conducta continua.....	34
1.	Los actos y omisiones que alegan las Demandantes son actos individuales y aislados que no tienen un carácter continuo	34
2.	Debe efectuarse una distinción entre actos continuos y actos con efectos continuos	36
3.	Es un hecho indiscutible que los actos que comienzan antes de la entrada en vigencia de un tratado, y que continúan con posterioridad a esta, no pueden dar lugar a un incumplimiento del Tratado, hasta después de la entrada en vigencia	38
	CONCLUSIÓN	40

LISTA DE REFERENCIAS

I. Tratados y Reglamentos

CÓDIGO ANOTADO DE DELAWARE, título 6	7
Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y Estados Unidos, 5 de agosto de 2004.....	pássim
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.....	15, 27
Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Singapur, 6 de mayo de 2003	23
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 1155 U.N.T.S. 322	15, 16, 27, 31

II. Casos y decisiones

<i>Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/00/5 (27 de septiembre de 2001)	24
<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanyai A.S. v. Islamic Republic of Pakistan</i> (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/03/29 (14 de noviembre de 2005)....	28, 29
<i>Caso Relativo al Derecho de Paso por el Territorio de la India (Portugal v. India),</i> Sentencia, 1960 I.C.J. Rep. 6 (12 de abril de 1960)	31
<i>CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic</i> (Dictamen por separado de Ian Brownlie Q.C.) CNUDMI (14 de marzo de 2003).....	25
<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/01/8 (12 de mayo de 2005)	29, 31
<i>Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica</i> (Laudo definitivo), Caso CIADIN.º ARB/96/1 (17 de febrero de 2000).....	29
<i>Fedax N.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> (Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADIN.º ARB/96/3 (11 de julio de 1997)	24
<i>Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan</i> (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADIN.º ARB/03/3 (22 de abril de 2005)	passím
<i>International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States</i> (Laudo), CNUDMI (TLCAN) (26 de enero de 2006).....	17, 19
<i>Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia v. Italy)</i> , Medidas Provisionales, Providencia, 1999 I.C.J. Rep. 481 (2 de junio de 1999).....	28
<i>Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/83/2 (31 de marzo de 1986), 2 ICSID Rep. 343 (1994)	24
<i>M.C.I. Power Group L.C and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador</i> (Laudo), Caso CIADI N.º A1213/03/6 (31 de julio de 2007)	33, 39

<i>Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia</i> (Laudo sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/05/10 (17 de mayo de 2007)	26
<i>Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States</i> (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1 (6 de diciembre de 2000).....	39
<i>Methanex v. United States of America</i> (Primer laudo parcial), CNUDMI (TLCAN) (7 de agosto de 2002).....	27
<i>Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/99/6 (12 de abril de 2002).....	29
<i>Mondev International Ltd. v. United States of America</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB (AF)/99/2 (11 de octubre de 2002).....	35, 39
<i>Caso de las Plataformas de Petróleo (Islamic Republic of Iran v. United States of America)</i> , Objeción Preliminar, Sentencia, 1996 I.C.J. Rep. 803 (2 de diciembre de 1996)	28
<i>Fosfatos en Marruecos (Italy v. France)</i> , Objeciones Preliminares, Sentencia, 1938 CPJI Ser. A/B, N.º 74 (14 de junio de 1938)	31, 36
<i>Railroad Development Corp. v. Republic of Guatemala</i> (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/07/23 (17 de noviembre de 2008).....	18, 20, 23
<i>Société Générale v. The Dominican Republic</i> (Laudo sobre Objeciones preliminares a la jurisdicción), Caso LCIA N.º UN 7927 (19 de septiembre de 2008)	passím
<i>Waste Management, Inc. v. United Mexican States</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2 (2 de junio de 2000)	passím
<i>Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt</i> (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/98/4 (8 de diciembre de 2000), 41 I.L.M. 896.....	15
<i>X. v. The United Kingdom</i> , Apelación No. 7379/76 Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep. 211 (1977).....	37

III. Otras referencias

Arnold Duncan McNair, <i>The Law of Treaties</i> (1969)	15, 16
Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger y Loukas Mistelis, <i>International Investment Arbitration: Substantive Principles</i> (2007).....	19
Christoph Schreuer, <i>The ICSID Convention: A Commentary</i> (2001).....	24
Christopher F. Dugan, Don Wallace, Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi, <i>Investor- State Arbitration</i> (2006)	19, 23
<i>Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado</i> , en James Crawford, <i>The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries</i> (2002)	34, 37, 39

Dictionary.com, http://dictionary.reference.com/browse/abrogate (última consulta el 21 de noviembre de 2008).....	36
Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10 (2001)	31, 34, 36
Gilbert Gagne y Jean-Frederic Morin, “The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT”, 9 J. Int’l Econ. L. 357 (2006)	23
Ian Sinclair, <i>The Vienna Convention on the Law of Treaties</i> (2.º ed. 1984).....	15
Robert Ago, <i>State Responsibility: Fifth Report on State Responsibility, reimpresso en</i> II Y. B. Int’l L. Comm’n (1976).....	38

AFIRMACIONES PRELIMINARES

1. El presente caso forma parte de una estrategia más amplia por parte de la Demandante TCW Group, Inc. (“TCW”), que ha iniciado múltiples arbitrajes contra la República con el fin de obtener ganancias masivas e inmerecidas a partir de una compra de acciones por las que pagó tan solo US\$ 2 en 2004. En este arbitraje, las Demandantes alegan “pérdidas catastróficas” para su compañía subsidiaria Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. (“EDE Este”), provocadas presuntamente por las medidas adoptadas por la República Dominicana. Se trata de uno de los varios casos iniciados por la Demandante TCW o, a instancias de ésta, por una de sus compañías relacionadas en los que se formulan las mismas pretensiones.

2. Efectivamente, la Demandada y su agencia, la Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales (“CDEEEE”), enfrentan actualmente no menos de tres arbitrajes basados en hechos y argumentos prácticamente idénticos, y en los que se pretende obtener la misma reparación. A través de estos múltiples procedimientos arbitrales, TCW y sus compañías relacionadas solicitan el pago total de más de US\$ 1.800 millones respecto de su participación del 50% en EDE Este. Las Demandantes emprendieron estos actos abusivos cuando la República se negó a comprar las acciones de EDE Este de las Demandantes a un precio exorbitante.

3. Esta proliferación de procedimientos paralelos no solo resulta opresiva y ofensiva, sino que además excluye la jurisdicción del Tribunal respecto de las pretensiones del presente arbitraje. El Artículo 10.18 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos¹ (“CAFTA-DR” o “Tratado”) establece como condición previa para someter pretensiones a arbitraje y para que el Tribunal ejerza su jurisdicción que las Demandantes renuncien al derecho a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento respecto de cualquier medida que se alegue que ha constituido una violación del Tratado. De este modo, el Artículo 10.18 expresa el interés de las Partes Contratantes en que los Estados anfitriones no sean sometidos a circunstancias como las del presente caso, en las que la

¹ Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, 5 de agosto de 2004 (“CAFTA-DR”) (Referencia de la Demandada (“Ref. del Ddo.”) 2).

duplicación de procedimientos resulta intrínsecamente injusta y supone el riesgo de múltiples reparaciones por daños.

4. Las Demandantes han cumplido solo en apariencia el requisito de la renuncia, en tanto sus acciones están en abierta contradicción con la prohibición expresa del CAFTA-DR de iniciar procedimientos paralelos. Si bien en su Formulación de Pretensiones Modificada pretenden renunciar a su derecho de iniciar o continuar otros procedimientos, TCW y sus compañías relacionadas continúan impulsando otros dos arbitrajes basados *exactamente en las mismas medidas* que, según alegan en el presente caso, resultan violatorias de las disposiciones del Tratado. Por consiguiente, la renuncia ofrecida en la presentación de las Demandantes resulta inválida. Las disposiciones expresas del CAFTA-DR impiden a las Demandantes iniciar procedimientos múltiples con el fin de obtener reparaciones múltiples, y este argumento por sí solo habilita al Tribunal a desestimar estas pretensiones.

5. Asimismo, la participación de las Demandantes en EDE Este no constituye una inversión de conformidad con los términos del CAFTA-DR. Solo aquellos intereses que reúnan las características de una inversión genuina —un “compromiso de capitales”, una “expectativa de obtener ganancias o utilidades”, el “asumir riesgos”— se encuadran dentro de las protecciones del Tratado. En circunstancias en las que las Demandantes abonaron la cantidad insignificante de US\$ 2 para adquirir la participación en EDE Este, en un momento en que las dificultades que atravesaba el sector de la energía eléctrica en la República Dominicana eran de público conocimiento, en que las Demandantes no realizaron ningún aporte de capital para mejorar la situación de EDE Este, y en que TCW estructuró su adquisición de la parte de EDE Este específicamente para protegerse de cualquier tipo de riesgo, la afirmación de que las Demandantes mantienen una inversión que reúne los requisitos es insostenible. Por esta otra razón, el Tribunal debe desestimar las pretensiones de las Demandantes en su totalidad.

6. En caso de que el Tribunal decida proceder a evaluar otros argumentos sobre jurisdicción, el Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto del argumento de las Demandantes según el cual las acciones de la República constituyen una expropiación de conformidad con el Artículo 10.7 del CAFTA-DR. Las Demandantes no invocan en la Formulación de Pretensiones Modificada hechos que

puedan constituir una expropiación directa ni indirecta. Las Demandantes no afirman —ni pueden hacerlo— que se haya transferido su titularidad respecto de las acciones de EDE Este, por lo que no pueden sostener que se haya producido una expropiación directa. Tampoco pueden prosperar los intentos de las Demandantes de alegar una expropiación indirecta, ya que las Demandantes no pueden negar el hecho de que conservan la propiedad y el control plenos respecto de tales acciones. Por consiguiente, el Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de la supuesta violación del Artículo 10.7 del Tratado.

7. Por último, uno de los obstáculos principales que impiden que el Tribunal se declare competente respecto de las pretensiones de las Demandantes en virtud del CAFTA-DR es que los actos y eventos clave en los que se basan las Demandantes son anteriores a la entrada en vigencia del CAFTA-DR, el 1 de marzo de 2007. El Tratado establece expresamente que su aplicación no tendrá efectos retroactivos y, por lo tanto, el Tribunal no puede ejercer jurisdicción alguna respecto de dichos actos y eventos. Al advertir que la conducta en la que basan sus argumentos se produjo con anterioridad al 1 de marzo de 2007, las Demandantes intentan eludir la irretroactividad del Tratado caracterizando a las acciones como “conducta ilícita continua” y “violaciones constantes” que se extienden más allá de la entrada en vigencia del Tratado. Incluso en los términos en que se alega en la Formulación de Pretensiones Modificada, resulta evidente que tales actos y eventos no tienen carácter continuo ni conforman una red ininterrumpida que se extiende tanto antes como después de la entrada en vigor del Tratado. Por el contrario, las afirmaciones de las partes se refieren a actos y eventos aislados que se produjeron y finalizaron con anterioridad a que el CAFTA-DR entrara en vigencia. De conformidad con el principio de irretroactividad de los tratados, el Tribunal no puede ejercer su jurisdicción respecto de estos actos y eventos.

8. En conclusión, la Demandada señala que no le corresponde la carga de objetar en esta etapa jurisdiccional los hechos alegados por las Demandantes. Sin embargo, la Demandada sí advierte en esta instancia al Tribunal que la representación parcial de los actos y hechos por parte de las Demandantes en su Formulación de Pretensiones Modificada es inexacta y engañosa. En el supuesto de que el Tribunal determine que corresponde un pronunciamiento sobre el fondo de cualquiera de las pretensiones de las

Demandantes, la Demandada se opondrá enérgicamente a las afirmaciones de las Demandantes y demostrará que sus pretensiones carecen de fundamento.

ANTECEDENTES DE HECHO RELEVANTES

I. TCW ADQUIRIÓ UNA PARTICIPACIÓN CONTROLANTE EN EDE ESTE POR LA CANTIDAD NOMINAL DE US\$ 2

A. Las Demandantes adquirieron la participación accionaria en EDE Este en noviembre de 2004 por la cantidad nominal de US\$ 2

9. El arbitraje se basa en que TCW realizó una inversión en la República Dominicana el 12 de noviembre de 2004², mediante la cual adquirió en forma indirecta, por medio de DEH LP, una entidad con fines específicos, las acciones Clase B de EDE Este a AES Corporation³. AES, que había invertido originariamente en EDE Este en 1999⁴, había reducido el valor de su participación accionaria en EDE Este a cero antes de venderla⁵. En consonancia con el valor insignificante de las acciones de EDE Este, TCW pagó a AES la cantidad nominal de US\$ 2 por tales acciones⁶.

B. TCW realizó su adquisición a través de una cadena de subsidiarias internacionales

10. TCW estructuró la transacción mediante la cual adquirió una participación controlante en EDE Este a través de distintos niveles de entidades subsidiarias con sede en los Estados Unidos y las Islas Caimán⁷. A través de su cadena de subsidiarias internacionales, entre ellas la Demandante DEH LP, TCW adquirió una participación del 100% en una compañía de las Islas Caimán, AES Distribucion

² Como se indica a continuación, la Demandada niega que las Demandantes hayan realizado una inversión de conformidad con los términos del Tratado. *Ver* Argumentos, Parte II, *infra*. La mención por parte de la Demandada de “inversión”, “inversionista” e “invertir” se realiza sin perjuicio de los argumentos de la Demandada acerca de la existencia de una inversión que reúne los requisitos para que el Tribunal ejerza jurisdicción

³ *Ver* Anexo de la Demandada (“An. De la Dda.”) 5 (Contrato de Compra entre Dominican Energy Holdings L.P., como Comprador, y AES DR Holdings, Ltd., como Vendedor, 12 de julio de 2004 (“Contrato de Compra de Acciones”)). *Ver también* FDP Mod., párr. 3.c.

⁴ En 1999, como parte del proceso de capitalización que privatizó parcialmente el sector de la energía eléctrica en la República Dominicana, AES Corporation, una compañía estadounidense, a través de su subsidiaria AES Distribución Dominicana, Ltd., obtuvo una participación del 50% en EDE Este mediante la compra de las acciones Clase B. En noviembre de 2004, AES Corporation vendió su participación del 100% en AES Distribucion Dominicana, Ltd. a DEH LP. *Ver* FDP Mod. párr. 3.c. *Ver también* An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones).

⁵ *Ver* An. de la Dda. 9 (*TCW Group Buys AES’ Dominican Stake*, Electric Power Daily, 18 de noviembre de 2004, en 1) (donde se afirma que AES había reducido el valor de la inversión y había clasificado a EDE Este como una operación interrumpida).

⁶ *Ver* An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones), Art. II (que refleja el precio de compra de US\$ 2).

⁷ *Ver* An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones), Preámbulo y Art. II.

Dominicana, Ltd. (que posteriormente se llamó DR Energy Holdings Ltd. (“DREH”))— y, por este medio, una participación indirecta del 50% en EDE Este.

11. El Director Gerente del Grupo TCW, R. Blair Thomas, planificó la compra de las acciones de EDE Este por parte de TCW en 2004⁸. Thomas estructuró la transacción de forma tal que tanto él como otros ejecutivos de TCW obtendrían una participación económica personal en EDE Este significativa a través de una compañía que operaba con el nombre de Sosa Partners LLC —una sociedad constituida en Delaware con una participación del 49.9% en TCW Energy Advisors LLC— el socio con responsabilidad ilimitada de la Demandante DEH LP⁹.

12. Algunos documentos sobre la historia y la identidad de DEH LP demuestran que la Demandante DEH LP es tan solo el vehículo mediante el cual **TCW** realizó la transferencia de acciones¹⁰. A fin de evitar cualquier posible responsabilidad en relación con las acciones de EDE Este, TCW adquirió tales acciones mediante una compleja red de sociedades subsidiarias intermediarias y entidades con fines específicos con sede en los Estados Unidos y las Islas Caimán¹¹. DEH LP fue creada por TCW con el único

⁸ Ver An. de la Dda. 15 (Carta de T. Dickinson a R. Segura, 28 de febrero de 2007, a la que se adjunta la Declaración de R. B. Thomas, de fecha 26 de febrero de 2007, y el esquema de la estructura societaria de EDE Este como Anexo 2); ver también An. de la Dda. 7 (Presentación sobre Energía e Infraestructura de TCW, preparada por Thomas) (enviada al gobierno junto con la información sobre la composición accionaria de DEH LP). Es importante observar que este esquema fue adjuntado a una carta del 14 de octubre de 2004 de AES a la Superintendencia de Electricidad (“SIE”), en respuesta a un pedido del 30 de septiembre de 2004 formulado por la SIE en el que se solicitaba más información sobre las entidades adquirentes). Ver An. de la Dda. 8 (Carta de J. Nebreda a F. Méndez, 14 de octubre de 2004); An. de la Dda. 6 (Carta de F. Méndez a J. Nebreda, 30 de septiembre de 2004).

⁹ Ver *Société Générale v. The Dominican Republic* (Laudo sobre Objeciones preliminares a la jurisdicción), Caso LCIA N.º UN 7927 (19 de septiembre de 2008) (“*Société Générale*”), Anexo 1 (que refleja la participación del 49.9% de Sosa Partners LLC en TCW Energy Advisors LLC, el Socio con Responsabilidad Ilimitada de DEH LP) y párr. 118 (donde se reconoce que Sosa Partners LLC es propiedad de un grupo de empleados y ejecutivos de TCW, entre ellos Thomas) (Ref. de la Dda. 26). El interés personal de Thomas en el presente arbitraje equivale a una participación de no menos del 22% de una eventual indemnización por daños y perjuicios.

¹⁰ DEH LP no es más que una sociedad instrumental constituida el mismo día que se celebró el acuerdo de transferencia de acciones, el 30 de junio de 2004. Ver An. de la Dda. 2 (Certificado de Sociedad en Comandita de Dominican Energy Holdings L.P., 30 de junio de 2004) (que muestra que DEH LP fue constituida el 30 de junio de 2004).

¹¹ Ver *Société Générale*, Anexo 1 (Estructura societaria de la inversión que refleja los múltiples intermediarios existentes entre TCW y EDE Este, entre ellos DEH LP) (Ref. de la Dda. 26). En su trato con el Gobierno, TCW no ha sido en ningún caso transparente en relación con la titularidad de las acciones de EDE Este, pese a los reiterados pedidos por parte del Gobierno de conformidad con las leyes de la República Dominicana. El representante de TCW ofreció bajo juramento una descripción falsa de la estructura de titularidad a la CDEEE en febrero de 2007. Ver An. de la Dda. 15 (Carta de T. Dickinson a R. Segura, 28 de febrero de 2007, a la que se adjunta la Declaración de R. B. Thomas, de fecha 26 de febrero de 2007, y el esquema de la estructura societaria de EDE Este como Anexo 2).

fin de que actuara como intermediaria que limitara la responsabilidad entre TCW y EDE Este¹². TCW Energy Advisors LLC, en su calidad de único socio de responsabilidad ilimitada de DEH LP¹³, tiene plenas facultades para adoptar *todas* las decisiones en nombre de DEH LP¹⁴. Asimismo, el signatario autorizado del certificado de constitución de DEH LP es Thomas¹⁵.

13. Luego de celebrada la compra de acciones, Thomas se convirtió en Presidente de EDE Este, lo que le confirió el control administrativo *de facto* de EDE Este¹⁶. Bajo la dirección de Thomas, DREH —utilizando su control de la junta de EDE Este— obligó a partir de una resolución de la junta a que EDE Este iniciara un arbitraje sobre un acuerdo de concesión contra CDEEE, pese a las objeciones del otro accionista¹⁷. Thomas ha sido responsable del contacto de EDE Este con el Gobierno desde la adquisición¹⁸.

¹² Ver An. de la Dda. 3 (Delaware Division of Corporations, “Datos de la Entidad” correspondientes a Dominican Energy Holdings L.P., 30 de junio de 2004) (donde se demuestra que: (i) desde la constitución de DEH LP el 30 de junio de 2004, la entidad no ha realizado otras presentaciones, y (ii) que el agente inscripto de la Compañía es el mismo que el de TCW Energy Advisors LLC).

¹³ Ver An. de la Dda. 2 (Certificado de Sociedad en Comandita de Dominican Energy Holdings L.P., 30 de junio de 2004) (donde se demuestra que TCW Energy Advisors LLC es el socio con responsabilidad ilimitada de la sociedad en comandita). Ver también An. de la Dda. 4 (Delaware Division of Corporations, “Datos de la Entidad” correspondientes a TCW Energy Advisors LLC, 30 de junio de 2004).

¹⁴ Ver CÓDIGO ANOTADO DE DELAWARE, título 6 § 17—403(c) (que define los derechos transferibles del socio con responsabilidad ilimitada como la facultad de “administrar y controlar las actividades comerciales y los asuntos de la sociedad en comandita”) (Ref. de la Dda. 1).

¹⁵ Ver An. de la Dda. 2 (Certificado de Sociedad en Comandita de Dominican Energy Holdings L.P., 30 de junio de 2004).

¹⁶ Ver An. de la Dda. 12 (Actas de la Asamblea de Accionistas de EDE Este, 23 de febrero de 2005) (que señalan a R. B. Thomas como Presidente de EDE Este). Thomas conserva este cargo en la actualidad. Ver An. de la Dda. 24 (Actas de la Asamblea de Accionistas de EDE Este, 29 de julio de 2008) (que señalan a R. Blair Thomas como Presidente de EDE Este).

¹⁷ Ver An. de la Dda. 18 (Actas de la Junta de EDE Este, 28 de junio de 2007). Según el estatuto de EDE Este, DREH puede designar a la mayoría de los directores de la Junta Directiva de EDE Este.

¹⁸ Ver, p. ej., An. de la Dda. 14 (Carta de R. B. Thomas a L. Fernández Reyna, de fecha 24 de mayo de 2006).

C. TCW jamás tuvo el propósito de invertir en EDE Este ni en el sector de la energía eléctrica de la República

14. Desde un principio, TCW jamás tuvo el propósito de invertir en EDE Este ni en el sector de la energía eléctrica de la República¹⁹. TCW no solo pagó un precio de compra nominal por su participación en EDE Este²⁰, sino que además estructuró la transacción de forma tal de eludir cualquier tipo de compromiso real o a largo plazo en relación a la subsistencia o el progreso tanto de EDE Este en particular como del sector de la energía eléctrica de la República en general.

15. Específicamente, TCW estructuró la transacción con el fin de resguardarse de todo tipo de riesgos económicos, jurídicos o para su reputación que estuvieran asociados con la participación accionaria en EDE Este²¹. TCW admite haber implementado una estructura que la protege de la exposición al riesgo de absorber las pérdidas financieras que puede generar EDE Este²². Se hace evidente ahora que TCW consideró la compra de acciones como una oportunidad para conseguir una opción de US\$ 2, a cambio de un riesgo mínimo o nulo. Efectivamente, TCW ni siquiera se expuso a riesgos para su reputación, ya que AES, la anterior propietaria, continuaría siendo la imagen pública del negocio de distribución de la compañía en la República Dominicana.²³

¹⁹ Ver An. de la Dda. 21 (Carta de J. Bolinaga a F. Rosa, 15 de noviembre de 2007) (donde se confirma que los últimos aportes de capital a EDE Este se realizaron en junio de 2003, antes de que las Demandantes compraran las acciones de EDE Este). Ver también An. de la Dda. 1 (Actas de la Asamblea de Accionistas de EDE Este, 30 de junio de 2003) (donde se confirma un incremento de capital de más de 7,3 millones de pesos).

²⁰ Ver An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones), Art II (donde figura el precio de compra de US\$ 2).

²¹ Ver *Société Générale*, Anexo 1 (donde se señalan los distintos intermediarios que protegían a TCW de pérdidas), y párr. 25 (donde se explica que la Demandante recibiría pagos en virtud de un contrato de administración con TAMCO, sin ningún tipo de responsabilidad) (Ref. de la Dda. 26).

²² Ver *id.* en párr. 25 (donde se describe la postura de la Demandante según la cual optó por una estructura societaria que protegiera a *Société Générale* y TCW de la posibilidad de tener que consolidar las pérdidas de EDE Este en sus propios registros contables así como de otras consecuencias negativas en términos impositivos, contables o jurídicos) (Ref. de la Dda. 26).

²³ Ver An. de la Dda. 13 (Carta de R. B. Thomas y M. Dubuc a F. Méndez, 27 de octubre de 2005, a la que se adjunta un “Resumen de la venta por parte de AES de su participación indirecta en EDE Este a TCW”) (donde se incluye información sobre la compra de la participación en EDE Este y se indican las características clave de los acuerdos operativos y de administración mediante los cuales AES llevará a cabo “la administración diaria de E[DE] Este”); ver también An. de la Dda. 11 (*AES sells 50% of shares*, Caribbean Update, 1 de enero de 2005) (donde se indica que, pese a haber vendido su participación en EDE Este, AES continuaría operando la compañía); ver también An. de la Dda. 10 (*Electrifying the Electorate to Save the Government*, Noticieren: Central American & Caribbean Affairs, 16 de diciembre de 2004) (donde se señala que, pese a la venta de EDE Este a TCW, AES continuaría operando la compañía).

16. A su vez, TCW jamás tuvo el propósito de realizar —ni ha realizado— aportes de capital a EDE Este²⁴. Al idear los distintos niveles de protección contra responsabilidad, TCW creó una estructura en la que no le correspondía obligación alguna legal ni contractual de aportar capital a EDE Este²⁵.

Asimismo, TCW no ha asumido ningún otro compromiso en relación con el bienestar financiero de EDE Este. En consonancia con su intención de no realizar aportes a EDE Este, TCW se ha desvinculado de las operaciones de distribución de la compañía. En su lugar, TCW delegó a AES la responsabilidad de operar el negocio de distribución de la compañía²⁶.

17. La falta de compromiso de TCW respecto de EDE Este se refleja en el hecho —que ha sido admitido por TCW— de que ha realizado gestiones para que el Gobierno readquiera su participación en EDE Este²⁷.

II. TCW HA INICIADO OTROS ARBITRAJES BASADOS EXACTAMENTE EN LAS MISMAS MEDIDAS CONTROVERTIDAS EN EL PRESENTE ARBITRAJE

18. El presente arbitraje constituye uno de los tres casos en los que se exponen las mismas pretensiones. TCW, tanto en su nombre como a través de sus sociedades controlantes y subsidiarias, impulsa de manera ofensiva tres arbitrajes basados en hechos y argumentos prácticamente idénticos, y pretende obtener la misma reparación²⁸. En los otros dos arbitrajes, las pretensiones son presentadas (1) por

²⁴ Ver An. de la Dda. 21 (Carta de J. Bolinaga a F. Rosa, 15 de noviembre de 2007) (donde se confirma que los últimos aportes de capital a EDE Este se produjeron antes de que la Demandante adquiriera su participación accionaria). Además, TCW no ha realizado jamás ningún aporte de capital a DEH LP. Por el contrario, el socio de responsabilidad limitada de DEH LP, PESTE LLC —una sociedad constituida en Nevada que no está vinculada con TCW— es la única entidad que ha aportado capital a DEH LP.

²⁵ Ver *Société Générale*, Anexo 1 (Estructura societaria de la inversión que refleja los múltiples intermediarios entre TCW y EDE Este) (Ref. de la Dda. 26).

²⁶ Ver An. de la Dda. 11 (*AES sells 50% of shares*, Caribbean Update, 1 de enero de 2005) (donde se afirma que pese a haber vendido su participación en EDE Este, AES continuaría operando la compañía); ver también An. del Ddo.10 (*Electrifying the Electorate to Save the Government*, Noticen: Central American & Caribbean Affairs, 16 de diciembre de 2004) (donde se señala que, pese a la venta de EDE Este a TCW, AES continuaría operando la compañía).

²⁷ Ver FDP Mod., párr. 114.

²⁸ EDE Este y DR Energy Holdings Ltd. (“DREH”), subsidiarias de TCW, también presentaron otras dos demandas de arbitraje en relación con contratos de proyectos, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pese a que dichos contratos contemplan expresamente el arbitraje según el Reglamento de la CCI. TCW parece haber desistido de dichos arbitrajes, si bien no ha retirado las notificaciones de arbitraje. Ver Respuesta de la Demandada a la Notificación y la Formulación de Pretensiones Modificadas, párr. 3. Ver también An. de la Dda. 22 (Carta de J. Kerr a F. Orrego Vicuña, B. Cremades y R. Bishop, 8 de febrero de 2008). Tanto

TCW en nombre de su controlante Société Générale en virtud del Tratado Bilateral de Inversión entre Francia y la República Dominicana (“TBI Francia-RD”)²⁹, y (2) por EDE Este, subsidiaria de TCW, en virtud de su contrato de concesi n³⁰, cuya violación también se invoca en el presente caso³¹. Pese a que TCW inició posteriormente el presente arbitraje, Société Générale continúa impulsando en el marco del arbitraje según el TBI Francia-RD pretensiones casi idénticas sobre la base de las mismas medidas que las controvertidas en este arbitraje. Igualmente, y pese a que el presente arbitraje se encuentra pendiente, EDE Este plantea pretensiones casi idénticas en el arbitraje sobre el contrato de concesión sobre la base de las mismas medidas que son objeto de las pretensiones de las Demandantes en este caso.

EDE Este como DREH reconocieron que cada uno de estos arbitrajes se suscitó a partir de los mismos contratos que son objeto de los demás arbitrajes. Ver An. de la Dda. 19 (Notificación del Arbitraje y Formulación de Pretensiones, *Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Corporation Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales, Superintendencia de Electricidad, y la República Dominicana*, 9 de noviembre de 2007), TJT 11-15; An. de la Dda. 20 (Notificación del Arbitraje y Formulación de Pretensiones, *DR Energy Holdings Ltd. v. Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales, Superintendencia de Electricidad, y la República Dominicana*, 9 de noviembre de 2007), TJT 14-18. La Demandada incluye estas notificaciones de arbitraje y formulación de pretensiones como anexos al presente memorial con el único fin de que el Tribunal pueda comparar las medidas impugnadas en ellos con aquellas que, según se alega en la Formulación de Pretensiones Modificada, constituyen violaciones del CAFTA-DR.

²⁹ Ver An. de la Dda. 17 (Notificación del Arbitraje y Formulación de Pretensiones, *Société Générale v. The Dominican Republic*, 15 de marzo de 2007) (“FDP de Société Générale”). La Demandada incluye la FDP de Société Générale como anexo al presente memorial con el único fin de que el Tribunal pueda comparar las medidas que, según se alega, violan el arbitraje según el TBI Francia-RD con aquellas que, según se afirma en la Formulación de Pretensiones Modificada, constituyen violaciones del CAFTA-DR. La Demandada advierte que los abogados de Société Générale y las Demandantes se han rehusado a permitir que la Demandada se base para este memorial en documentos presentados por Société Générale en el marco del arbitraje según el TBI Francia-RD, pese a que dichos documentos ya se encuentran en poder de la Demandada y resultan relevantes para los argumentos de la Demandada sobre jurisdicción planteados en el presente caso. La mayoría de los documentos forman parte de los archivos de TCW. Las demandantes han adoptado la postura según la cual la Demandada solo puede usar esos documentos en este caso cuando las Demandantes los hayan presentado en el marco del mismo. La Demandada prevé solicitar estos documentos durante el próximo período de intercambio de documentos en la etapa jurisdiccional del presente caso, a fin de basarse en estos documentos para preparar su memorial sobre jurisdicción de contestación.

³⁰ Ver An. de la Dda. 23 (Solicitud de Arbitraje, *Empresa Distribuidora de Electricidad Del Este, S.A. v. Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales, como Sucesora de Corporación Dominicana de Electricidad*, 25 de julio de 2008) (“SDA de EDE Este”). La Demandada incluye la SDA de EDE Este como anexo al presente memorial con el único fin de que el Tribunal pueda comparar las medidas que, según se alega, violan el contrato de concesión en dicho arbitraje con aquellas que, según se afirma en la Formulación de Pretensiones Modificada, constituyen violaciones del CAFTA-DR.

³¹ Ver, p. ej., FDP Mod. párrs. 76, 80, 96.

A. TCW controla y planifica los tres arbitrajes

19. Si bien los tres arbitrajes se inician en nombre de distintas Demandantes, incluso un análisis superficial de las presentaciones de las partes permite concluir que se trata de un intento deliberado de una de las partes —TCW—, a través de la duplicación de pretensiones, de obtener múltiples indemnizaciones por daños sobre la base de exactamente las mismas medidas. Hay numerosos párrafos copiados casi textualmente en La Formulación de Pretensiones Modificada, La Formulación de Pretensiones correspondiente al arbitraje según el TBI Francia-RD y la Solicitud de Arbitraje del contrato de concesión³². Esto no resulta sorprendente, ya que el mismo estudio de abogados, Paul, Hastings, Janofsky & Walker LLP, representa a todas las Demandantes.

20. TCW ha admitido estar detrás del arbitraje según el TBI Francia-RD. En un comunicado de prensa de octubre de 2008, *TCW* anunció que “[u]n tribunal arbitral constituido en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones entre Francia y la República Dominicana dictó un laudo. . . en el marco de una pretensión *presentada por TCW* y su sociedad controlante”³³. A continuación, el comunicado de prensa señala que “*TCW* y la sociedad controlante Société Générale han aceptado que la República Dominicana divulgue el laudo en su totalidad”³⁴. Curiosamente, no fue un ejecutivo de Société Générale sino el *Director Gerente del Grupo TCW*, R. Blair Thomas, quien realizó el único comentario relativo al laudo en dicho comunicado de prensa. Thomas —un ejecutivo de TCW— fue además el único testigo presencial que prest  declaración en nombre de Société Générale en el arbitraje del TBI Francia-RD. No resulta en absoluto sorprendente que TCW y Thomas sean quienes controlan estos arbitrajes múltiples, dado el papel central que tuvieron en la adquisición y la posterior administración de EDE Este³⁵.

³² Cf., p. ej., An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale) párrs. 47-60 con FDP Mod., párrs. 59-73 y An. de la Dda. 23 (SDA de EDEEste) párrs. 49-63 (que repite argumentos de hecho prácticamente textuales sobre los contratos básicos); An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale) párrs. 73-79 con FDP Mod. párrs. 90-96 y An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este) párr. 72 (que repite argumentos de hecho prácticamente textuales acerca de las resoluciones sobre tarifas).

³³ Ver An. de la Dda. 25 (*International Tribunal Allows US\$680 Million Investment Claim Against Dominican Government to Proceed to Final Hearing*, PR-Insider.com, 6 de octubre de 2008). Notablemente, el comunicado de prensa concluye con una descripción detallada de *TCW* y sus negocios, en lugar de los de Société Générale.

³⁴ * d.*

³⁵ Ver Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.B, *supra*.

B. Las Demandantes pretenden usar el presente caso y los otros dos arbitrajes para asegurarse ganancias injustificadas

21. Las Demandantes reclaman en este arbitraje más de **US\$ 600 millones** en concepto de indemnización por daños correspondiente a una “inversión” en acciones a las que su anterior propietario atribuyó un valor equivalente a cero al momento en que fueron adquiridas por TCW³⁶. TCW pagó, según ha reconocido, el insignificante valor de **US\$ 2** por su participación del 50% en EDE Este³⁷. TCW pretende ahora convertir estas acciones en una fortuna, no mediante la inversión de recursos en EDE Este para mejorar la compañía, sino presentando esta pretensión en virtud del CAFTA-DR recientemente ratificado, según un claro criterio oportunista.

22. Luego de adquirir las acciones de EDE Este por la cantidad nominal de US\$ 2, TCW pretende ahora, tan solo en este caso, obtener una ganancia injustificada de US\$ 600 millones, lo que representa más de **300 millones de veces** el precio de compra. Además, la iniciación de tres arbitrajes por parte de TCW sobre la base de las mismas medidas, en los que se pretende obtener concretamente la misma indemnización por daños, constituye una “triple estrategia” mediante la cual TCW busca recibir, en total, más de US\$ 1.800 millones por una participación en EDE Este que, cuatro años antes, compró por tan solo US\$ 2 por medio de una transacción cuya estructura fue diseñada en forma deliberada para que no implicara riesgo alguno³⁸.

³⁶ Ver FDP Mod., párr. 152; ver también An. de la Dda. 9 (*TCW Group Buys AES' Dominican Stake*, Electric Power Daily, 18 de noviembre de 2004, en 1) (donde se afirma que AES había reducido la inversión y clasificado a EDE Este como una operación interrumpida).

³⁷ Ver An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones), Art II.

³⁸ FDP Mod. párr. 152(b)(i), (d) (donde se piden no menos de US\$ 606 millones); An. de la Dda. 17 (FDP de Sociéte Générale), Mod.) párr. 135(b)(2) (donde se piden no menos de US\$ 680 millones); An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 112(b) (donde se piden no menos de US\$ 680 millones). La Formulación de Pretensiones Modificada de las Demandantes no supedita la indemnización reclamada a las cantidades que se obtengan en otros arbitrajes. Ver FDP Mod., párr. 152. Tampoco la Formulación de Pretensiones de Sociéte Générale ni la Solicitud de Arbitraje de EDE Este supeditan las indemnizaciones reclamadas a cualquier posible cantidad que se obtenga en este arbitraje. Ver An. de la Dda. 17 (FDP de Sociéte Générale), párr. 135; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 112.

III. LA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES DE LAS DEMANDANTES SE BASA EN AFIRMACIONES VAGAS Y ESPECULATIVAS QUE ELUDEN IDENTIFICAR LAS FECHAS EN QUE PRESUNTAMENTE SE PRODUJERON LOS HECHOS

23. La Formulación de Pretensiones de las Demandantes se basa en afirmaciones que claramente eluden especificar las fechas en que presuntamente se produjeron los hechos y eventos en cuestión. En los pocos casos en que las Demandantes indican las fechas específicas de los presuntos incumplimientos, se refieren a actos y eventos ocurridos con anterioridad al 1 de marzo de 2007, fecha en que entró en vigencia el CAFTA-DR.

24. La mayoría de las afirmaciones de “hecho” de las Demandantes son vagas y no coinciden con ninguna de las características de los supuestos actos y eventos en los que se basan las presuntas violaciones del Tratado. Muchas de las afirmaciones ni siquiera señalan un acto o evento específico que se haya producido en una fecha concreta, de modo que resulta imposible establecer qué es lo que presuntamente hizo la Demandada ni cuándo. A modo de ejemplo, las Demandantes formulan afirmaciones generalizadas, sin identificar las fechas, sobre supuestos actos y eventos³⁹ en los que se basan las Demandantes para sustentar su argumento de que se violó el CAFTA-DR:

- “[L]a República no ha aportado las cantidades necesarias ni la titularidad plena de todos los bienes a EDE Este”⁴⁰.
- “La República no ha exigido el cumplimiento de las leyes que penalizan el robo de energía eléctrica”⁴¹.
- La República se niega a “pagar a EDE Este las cantidades correspondientes que se adeudan como resultado del consumo de energía en establecimientos del gobierno en los que no se permitió que EDE Este interrumpiera el servicio”⁴².
- “La República ha rechazado o ignorado la solicitud de reconsideración planteada por EDE Este”⁴³.

³⁹ La ausencia de fechas y argumentos concretos constituye una falencia fundamental, ya que las Demandantes no pueden fundar sus pretensiones en eventos que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia del CAFTA-DR. *Ver* Argumentos, Parte IV, *infra*.

⁴⁰ *Ver* FDP Mod., párr. 99.

⁴¹ *Ver* FDP Mod., párr. 102.

⁴² *Ver* FDP Mod., para 105(i).

⁴³ *Ver* FDP Mod., párr. 94.

- “Las vías de reparación de la República no responden a los numerosos pedidos de EDE Este”⁴⁴.

25. En los casos en que las Demandantes sí indican las fechas específicas en que se produjeron los supuestos incumplimientos, se refieren a actos y eventos individuales que se produjeron *antes* de que el CAFTA-DR entrara en vigencia el 1 de marzo de 2007. Por ejemplo, las Demandantes argumentan que la Demandada:

- Al promulgar la Ley 125-01, “*derogó* el régimen regulatorio sancionado a fines de 1990”⁴⁵; sin embargo, como lo admiten las Demandantes, este supuesto acto ocurrió en *julio de 2001*⁴⁶.
- Al dictar el Decreto Presidencial 749-02, “concedió inmunidad retroactiva a miles de personas que habían incumplido sus contratos por los cuales debían pagar a EDE Este facturas de electricidad e interfirió indebidamente en las cuentas de EDE Este con estos consumidores”⁴⁷; sin embargo, como lo admiten las Demandantes, este supuesto acto ocurrió en *2002*;
- Al promulgar la SIE 31-2002, “anunció que implementaría una ‘Tarifa de Transición’ distinta de la que se había garantizado anteriormente”⁴⁸; sin embargo, como lo admiten las Demandantes, este supuesto acto ocurrió en *septiembre de 2002*⁴⁹; y
- En una declaración, “instó a la población a no pagar sus facturas de electricidad”⁵⁰; sin embargo, como lo admiten las Demandantes, este supuesto acto ocurrió el *30 de julio de 2002*⁵¹.

Cada una de estas afirmaciones se basa en supuestos actos que se produjeron *antes* de que el Tratado entrara en vigencia, respecto de los cuales el Tribunal no puede ejercer su jurisdicción en virtud del Tratado.⁵²

⁴⁴ Ver FDP Mod., párr. 109.

⁴⁵ Ver FDP Mod., párr. 79.

⁴⁶ Ver *íd.*

⁴⁷ Ver FDP Mod., párr. 105.h.

⁴⁸ Ver FDP Mod., párr. 81.

⁴⁹ *Íd.*

⁵⁰ Ver FDP Mod., párr. 105.e.

⁵¹ Ver *íd.*

⁵² Ver Argumentos, Parte IV, *Infra*.

DERECHO APLICABLE

26. El Artículo 33(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que el Tribunal “aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio”⁵³. En su Formulación de Pretensiones Modificada, las Demandantes reconocen que el Artículo 10.22 del CAFTA-DR establece el derecho aplicable a esta controversia⁵⁴. Del mismo modo, las partes aceptaron que, de conformidad con el Artículo 10.22(1), “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con [el CAFTA-DR] y con las normas aplicables del derecho internacional”⁵⁵.

27. Asimismo, el Artículo 31 de la Convención de Viena exige que el CAFTA-DR sea interpretado “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Específicamente, al determinar el sentido corriente de las disposiciones del CAFTA-DR, el Tribunal debe tomar en cuenta el contexto del Tratado, incluido su preámbulo⁵⁶, en el que se exponen sus objetivos⁵⁷.

28. Por lo tanto, la “principal tarea” del Tribunal al interpretar las disposiciones del Tratado “puede definirse como la obligación de reconocer la voluntad expresada de las partes, es decir, su voluntad según se expresa en los términos utilizados por ellas a la luz de las circunstancias relevantes”⁵⁸. Si bien el Tribunal debe interpretar las disposiciones del CAFTA-DR en forma acorde con su “sentido corriente”⁵⁹,

⁵³ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Art. 33(1) Ref. de la Dda. 3); FDP Mod., párr. 31.

⁵⁴ FDP Mod., párr. 32. *Ver también WenaHotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/98/4 (8 de diciembre de 2000), párr. 79, 41 I.L.M. 896, 911 (donde se señala que las disposiciones del tratado “son las primeras normas que debe aplicar el Tribunal”), *Confirmado, Procedimiento de Anulación*, 41 I.L.M. 933 (28 de enero de 2002) (Ref. de la Dda. 28).

⁵⁵ CAFTA-DR, Art. 10.22 (Ref. de la Dda. 2).

⁵⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 1155 U.N.T.S. 322 (“Convención de Viena”), Art. 31(2) (“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos . . .”) (Ref. de la Dda. 5).

⁵⁷ *Ver, p. ej.*, Convención de Viena, Art. 31(1) Ref. de la Dda. 5); Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 116 (2d ed. 1984) (“Cada texto, por más claro que resulte a la vista, debe ser analizado minuciosamente en su contexto y a la luz del objeto y el propósito que debe cumplir.”) (Ref. de la Dda. 38); Arnold Duncan McNair, *The Law of Treaties* 365 (1969) (“[L]a principal tarea de cualquier tribunal al que se le requiera aplicar o interpretar un tratado. . . puede expresarse en una única oración: puede definirse como la obligación de reconocer la voluntad expresada de las partes, es decir, su voluntad según se expresa en los términos utilizados por ellas a la luz de las circunstancias relevantes.”) (bastardillas en el original) (Ref. de la Dda. 30).

⁵⁸ McNair en 365 (Ref. de la Dda. 30).

⁵⁹ *Ver, p. ej.*, Convención de Viena, Art. 31(1) (“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido

no puede permitirse que esta regla de interpretación “obstaculice el objeto fundamental de la aplicación de los tratados, es decir, buscar la verdadera intención de las partes contratantes al utilizar un determinado lenguaje”⁶⁰.

ARGUMENTOS

I. LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDANTES NO SE SOMETIERON ADECUADAMENTE A ARBITRAJE, DADO QUE LAS DEMANDANTES INCUMPLEN EL REQUISITO DE RENUNCIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 10.18(2) DEL CAFTA-DR

29. Según el Artículo 10.18(2) del CAFTA-DR, “[n]inguna reclamación podrá someterse a arbitraje” a menos que las Demandantes renuncien a iniciar o continuar “cualquier actuación respecto de *cualquier medida* que se alegue ha constituido una violación” del Tratado⁶¹. En su Formulación de Pretensiones Modificada, TCW y DEH LP pretenden renunciar a su derecho a iniciar cualquier otro procedimiento respecto de cualquier medida que se alegue en este caso que ha constituido una violación del CAFTA-DR⁶². Sin embargo, pese a su supuesta renuncia, TCW y sus compañías relacionadas continúan impulsando otros dos arbitrajes basados *exactamente en las mismas medidas* controvertidas en el presente. Por consiguiente, la renuncia ofrecida en la presentación de las Demandantes resulta inválida. El hecho de que las Demandantes incumplan este requisito previo fundamental para someter una pretensión a arbitraje establecido en el Artículo 10.18 del CAFTA-DR impide que el Tribunal se declare competente respecto de esta controversia.

corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. . . .”) (Ref. de la Dda. 5).

⁶⁰ McNair en 366 (Ref. de la Dda. 30).

⁶¹ Ver CAFTA-DR, Art. 10.18.2, Art. 10.18.2(b) (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 2).

⁶² FDP Mod., párr. 24 (“. . . Por el presente, las Demandantes consienten someterse a arbitraje y renuncian a su derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o judicial, conforme a las leyes de cualquiera de las Partes, o en virtud de cualquier otro procedimiento de resolución de controversias a disposición de las demandantes, cualquier procedimiento relacionado con medidas que constituyan una violación del Capítulo 10 del CAFTA-DR.”).

A. La jurisdicción del Tribunal está supeditada a la renuncia por parte de las Demandantes en virtud del Artículo 10.18(2) al derecho de iniciar otros procedimientos respecto de medidas que, según alegan, constituyen una violación del CAFTA-DR

30. El consentimiento de la República para someter las disputas en el marco del CAFTA-DR a arbitraje está sujeto a determinadas condiciones que deben cumplir las Demandantes a fin de poder someter una pretensión a arbitraje en virtud del Tratado. En especial, el Artículo 10.18(2) del Tratado, denominado “Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes”, dispone lo siguiente:

Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: . . .

- (b) la notificación de arbitraje se acompañe,
 - (i) de la renuncia por escrito del Demandante a las pretensiones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y
 - (ii) de las renunciaciones por escrito de la Demandante y de la empresa a las pretensiones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b)

de cualquier derecho *a iniciar o continuar* ante *cualquier* tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u *otros procedimientos de solución de controversias*, cualquier actuación respecto de *cualquier medida* que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16⁶³.

Por consiguiente, el Artículo 10.18(2)(b) instituye como condición previa para someter las pretensiones en virtud del Tratado a arbitraje que las Demandantes renuncien a su derecho de iniciar o continuar *cualquier* procedimiento conforme a *cualquier* procedimiento de solución de controversias que surja en relación con *cualquier* medida controvertida en este caso⁶⁴.

⁶³ CAFTA-DR, Art. 10.18.2 (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 2).

⁶⁴ *Ver Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Laudo), Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2 (2 de junio de 2000), párrs. 13-14, 17 (énfasis en el original) (en el que se analiza el requisito de renuncia prácticamente idéntico previsto en el Artículo 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) y se establece que: “La Sección B, Capítulo XI del TLCAN establece en su Artículo 1121 una serie de condiciones previas al sometimiento de una pretensión al procedimiento arbitral. . . . El Artículo 1121 del TLCAN permite a un inversionista contendiente el sometimiento al procedimiento arbitral, cita textual, “*solo sí*” se da cumplimiento a determinados requisitos, en términos generales, consentimiento y renuncia a determinados derechos. A tenor de este artículo, el cumplimiento por parte del inversionista afectado de las condiciones previas del Artículo 1121 del TLCAN, permitirá a este Tribunal conocer de la pretensión objeto del arbitraje. . . el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos como condiciones previas al sometimiento de una pretensión a arbitraje establecidas en el Artículo 1121 del TLCAN debe considerarse con extrema atención ya que su cumplimiento permite, *ipso facto*, el acceso a un procedimiento arbitral de acuerdo con el compromiso adquirido por las partes al suscribir el [TLCAN.]”) (Ref. de la Dda. 27). *Ver también International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*

31. Esta cuestión en particular fue analizada en *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“*Waste Management*”) en el marco de un requisito de renuncia casi idéntico del Artículo 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”)⁶⁵. En ese caso, la Demandante sostuvo que la renuncia exigida por el TLCAN no se aplicaba a litigios ni a procedimientos arbitrales en los que no se alegara una violación del TLCAN o del derecho internacional, sino que “involucre alegaciones de que [México] haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley”⁶⁶.

32. El tribunal, que rechazó el argumento del Demandante, reconoció en *Waste Management* que “una misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de pretensiones en diferentes foros”⁶⁷, y confirmó que el Artículo 1121 no se limitaba a una renuncia a pretensiones que supusieran o estuvieran basadas en violaciones del TLCAN⁶⁸. Por el contrario, el Artículo 1121 se extiende a *cualquier tipo de*

(Laudo), CNUDMI (TLCAN) (26 de enero de 2006), párr. 115 (“El Artículo 1121 del TLCAN regula las condiciones previas al sometimiento de una pretensión al procedimiento arbitral. Por consiguiente, no puede restarse importancia al incumplimiento de estas condiciones por una de las partes”). (Ref. de la Dda. 14).

⁶⁵ *Ver también Railroad Development Corp. v. Republic of Guatemala* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/07/23 (17 de noviembre de 2008), párrs. 55-56, 73 (donde se afirma que “resulta evidente que el Artículo 10.18 del CAFTA y el Artículo 1121 del TLCAN están inspirados por la misma lógica y propósito”, que tales disposiciones tienen efectos similares y que las “diferencias de redacción [entre ambas disposiciones] son irrelevantes”). (Ref. de la Dda. 25).

⁶⁶ *Ver Waste Management*, párrs. 4-5 (Ref. de la Dda. 27). En *Waste Management*, Acaverde S.A. de C.V., la subsidiaria mexicana de la Demandante estadounidense, presentó dos demandas en México contra el banco del estado mexicano Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (Banobras) e inició un arbitraje interno contra el Municipio de Acapulco (Acapulco) en virtud del contrato de concesión otorgado por Acapulco al demandante Waste Management y a Acaverde. Los hechos controvertidos en el procedimiento ante el TLCAN incluían actos de Banobras y Acapulco. Mediante una presentación ante el tribunal del TLCAN, Waste Management renunció a su derecho a “iniciar o continuar. . . procedimientos de resolución de disputas con respecto a las medidas tomadas por [México] que se aleguen ser una violación del Capítulo 11 del TLCAN o las normas aplicables del derecho internacional”, pero señaló que la renuncia “no aplica a ningún procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que [México] haya violado las obligaciones impuestas por cualquier fuente de ley, incluyendo las leyes de México, salvo del Capítulo 11 del TLCAN”. *Ver Waste Management*, párrs. 4-5 (Ref. de la Dda. 27). Luego de considerar los procedimientos judiciales internos y las pretensiones arbitrales de Acaverde, la subsidiaria de Waste Management, el tribunal determinó que tenían por objeto las mismas medidas que “también se alegan en el presente procedimiento arbitral como presuntas violaciones del TLCAN”. *Ver id.* párr. 27. Al impulsar distintas pretensiones en forma paralela respecto de las mismas medidas que eran objeto del procedimiento del TLCAN, Waste Management incumplió el requisito de renuncia del Artículo 1121, y llevó al tribunal a desestimar las pretensiones en virtud del TLCAN por falta de jurisdicción. *Ver id.* en 31.

⁶⁷ *Id.* en párr. 27(a).

⁶⁸ *Id.* (“Es claro que una misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de pretensiones en diferentes foros. De este modo, lo que de acuerdo con la legislación mexicana constituiría una serie de incumplimientos contractuales cifrados en el impago de determinadas facturas, infracción de cláusulas de exclusividad de un contrato de concesión etc., bajo las normas del TLCAN podría interpretarse como una falta de trato justo y equitativo de una inversión extranjera por parte de un gobierno (Artículo 1105 del TLCAN) o como medidas constitutivas de una “expropiación” de acuerdo con el Artículo 1110 del TLCAN”).

pretensiones, independientemente de su fundamento jurídico, derivadas de las *medidas* que conforman la base de la pretensión en virtud del tratado de inversión, o vinculadas con estas.

33. Efectivamente, el Artículo 1121 del TLCAN y el Artículo 10.18(2) del CAFTA-DR reflejan la voluntad expresada por las Partes Contratantes de evitar la duplicación de procedimientos en forma ofensiva que resultaría injusta para el Estado anfitrión y supondría el riesgo de múltiples indemnizaciones por daños⁶⁹. Tal como fue reconocido por el tribunal de *Waste Management*:

En efecto, es posible contemplar que existan acciones iniciadas ante [otro] foro que no se refieran a las medidas presuntamente violatorias del TLCAN por un Estado parte del TLCAN, en cuyo caso sería factible que estas acciones convivieran en forma simultánea con un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN. Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente *riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños*. Esto último es *precisamente lo que pretende evitar el Artículo 1121 del TLCAN*⁷⁰.

34. Por ende, la tarea que enfrenta el Tribunal al interpretar el Artículo 10.18(2) es simple: debe indagar únicamente si las mismas medidas constituyen el fundamento de las pretensiones en este caso y de distintos procedimientos que las Demandantes impulsan en forma paralela⁷¹. Una vez que el Tribunal ha determinado que se configura esta situación, la jurisdicción arbitral en virtud del CAFTA-DR podrá

⁶⁹ Ver Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger y Loukas Mistelis, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* 109 (2007) (énfasis agregado) (“... la formulación del Artículo 1121 se centra en la medida del Estado —el acto gubernamental— que ha dado lugar a la controversia, y no en las pretensiones que pueden suscitarse como consecuencia de dicha medida. Este lenguaje puede incluir tanto pretensiones en virtud de las leyes municipales como de las normas internacionales. Esta postura también parece ser acorde con la política del Artículo 1121: *impedir que otro foro considere la pretensión del inversionista al mismo tiempo que el tribunal del TLCAN; y asegurar que no se produzca una doble reparación*”) (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 31).

⁷⁰ *Waste Management*, párr. 27(b) (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 27). Ver también *id.*, párr. 28; *Thunderbird*, párr. 118 (“Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN, debe tenerse en cuenta la lógica y el propósito de dicho artículo. Los requisitos de consentimiento y renuncia establecidos en el Artículo 1121 cumplen un fin específico, el cual es impedir que una parte intente hacer valer recursos en el ámbito interno e internacional en forma simultánea, lo que podría dar lugar a resultados conflictivos (así como a incertidumbre legal) o a que se produzca una doble compensación por una misma conducta o medida.”) (Ref. de la Dda. 14); Christopher F. Dugan, Don Wallace, Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration* 370 (2006) (donde se señala que “la finalidad principal de las disposiciones sobre renuncia... es prevenir la duplicación de la resolución de controversias, que se percibe como potencialmente abusiva e injusta para el estado anfitrión.”) (Ref. de la Dda. 33).

⁷¹ Ver *Waste Management*, párr. 27(b) (Ref. de la Dda. 27); *Railroad Development Corp.*, párr. 48 (“Las cuestiones clave que deberá plantearse el Tribunal son si las medidas objeto de los arbitrajes internos son las mismas que ‘presuntamente constituyen una violación del Artículo 10.16’, y, en ese caso, cuál es el efecto respecto de la validez de la renuncia y la jurisdicción del Tribunal.”) (Ref. de la Dda. 25).

existir *solo si* las Demandantes han renunciado efectivamente a su derecho de impulsar cualquier otra pretensión en relación con tales medidas, independientemente del fundamento legal de tales pretensiones⁷².

Como se establece a continuación, las Demandantes no demuestran que esta sea la situación.

B. La supuesta renuncia de las Demandantes a su derecho de impulsar otros procedimientos con respecto a las medidas controvertidas en el presente caso es inválida

35. El párrafo 24 de la Formulación de Pretensiones Modificada de las Demandantes pretende incluir una renuncia escrita según el Artículo 10.18(2) del CAFTA-DR y dispone que las Demandantes renuncian al “derecho a iniciar o continuar. . . en virtud de cualquier otro procedimiento de resolución de controversias a disposición de las Demandantes, cualquier procedimiento relacionado con medidas que constituyan una violación del Capítulo 10 del CAFTA-DR”⁷³. Sin embargo, la conducta de las Demandantes posterior a la renuncia ignora los requisitos sustanciales del Artículo 10.18(2) del CAFTA-DR. Específicamente, las Demandantes y sus compañías relacionadas no han “**ni formalmente, ni en los hechos, realizado actos**. . . que impliquen abandonar o desistir de iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales o foros”⁷⁴.

36. Por el contrario, las Demandantes y sus compañías relacionadas **no han demostrado ninguna intención de abandonar** su derecho a iniciar o continuar procedimientos ante otros tribunales o foros en relación con las medidas objeto del presente caso; en lugar de esto, continúan impulsando otros dos procedimientos arbitrales prácticamente idénticos⁷⁵. Según se señaló precedentemente, TCW, a través de Société Générale, su sociedad controlante, continúa impulsando un procedimiento arbitral en virtud del

⁷² Ver *Waste Management*, párr. 18 (“La exigencia de renuncia en cualquier contexto implica una abdicación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente, que es la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico”). (Ref. de la Dda. 27).

⁷³ Ver FDP Mod., párr. 24.

⁷⁴ Ver *Waste Management*, párr. 20 ( nfasis en el original). Ver también *id.* en párr. 24 (es claro que la renuncia en virtud del Artículo 1121 del TLCAN requiere una manifestación de voluntad por parte de quien la emite en cuanto a la renuncia a iniciar o continuar cualesquiera procedimientos ante otros foros respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el TLCAN. Asimismo, esta abdicación de derechos debió hacerse efectiva a partir de la fecha de la presentación de la renuncia . . .”) (Ref. del Dda. 27).

⁷⁵ Ver *supra* Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte II.

TBI Francia-RD, sobre la base de las mismas supuestas medidas, en el que se pretende obtener básicamente la misma reparación⁷⁶. Además, *después* de que se iniciara el presente arbitraje según el CAFTA-DR y se efectuara la supuesta renuncia, EDE Este— la compañía subsidiaria de las Demandantes en la República Dominicana— presentó una pretensión en el marco del contrato de concesión, fundamentada en prácticamente las mismas medidas adoptadas por exactamente las mismas entidades (incluida, especialmente, la República) que son objeto de las pretensiones en el presente caso⁷⁷.

37. Aún un análisis superficial de las Formulaciones de Pretensiones y la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes en estos tres procedimientos revela que cada caso es prácticamente una copia de los demás⁷⁸. Por lo tanto, en cada uno de estos arbitrajes las Demandantes presentan pretensiones basadas en las mismas supuestas medidas que constituyen el objeto principal de las pretensiones en la presente controversia. Por ejemplo, en cada uno de esos arbitrajes:

- Las Demandantes alegan que la Demandada no implementó las Tarifas de Primera y Segunda Fase. Específicamente, en los tres casos las Demandantes sustentan esta pretensión en la misma afirmación, según la cual la sanción de la Ley 125-01 por el gobierno supuestamente derogó el régimen regulatorio establecido a fines de 1990, y que la sanción de la SIE 31-2002 presuntamente estableció tarifas diferentes de las que anteriormente se habían garantizado⁷⁹;
- Los argumentos de las Demandantes de que el Demandando supuestamente no indemnizó a EDE Este luego de negarse a implementar las Tarifas de Primera y Segunda Fase se basan en (1) la afirmación de que la Demandada incumplió distintos acuerdos que, aparentemente, disponían que se compensaría a EDE Este por no poder cobrar las tarifas establecidas en 1998, incluido el Acuerdo de Pagos y Retenciones de julio de 2000, los Puntos del Acuerdo Marco de febrero de 2004 para la Sostenibilidad de la Generación de Electricidad en la República, y el Acuerdo General del Sector de marzo de 2005, así como (2) el supuesto incumplimiento por

⁷⁶ Ver *supra* *id.*

⁷⁷ Ver *supra* Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte II. Llamativamente, *Waste Management* también supuso un intento por parte de Acaverde, el vehículo de inversión de la Demandante estadounidense en el Estado anfitrión, de impulsar procedimientos en el marco del derecho interno respecto de medidas controvertidas en el arbitraje del TLCAN. Efectivamente, en ese caso —al igual que en este— Acaverde inició un arbitraje separado *después* de que la Demandante comenzó el arbitraje del TLCAN. El Tribunal de *Waste Management* determinó que esta conducta vulneraba los requisitos de renuncia previstos en el Artículo 1121 del TLCAN. Ver *Waste Management*, párrs. 6, 25-31 (Ref. de la Dda. 27).

⁷⁸ Ver Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte II, *supra* (donde se identifican numerosos párrafos copiados casi textualmente en cada Formulación de Pretensiones Modificada, la Formulación de Pretensiones correspondiente al arbitraje según el TBI Francia-RD y la Solicitud de Arbitraje del contrato de concesión). Efectivamente, la inequívoca similitud entre los índices de las tres presentaciones revela claramente que estas pretensiones se basan en las mismas medidas.

⁷⁹ FDP Mod., párrs. 79-81; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párrs. 66-68; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párrs. 69-71.

parte de la Demandada del Decreto Presidencial N.º 302-03 que, según las Demandantes, formalizó la promesa de la Demandada de indemnizar a EDE Este⁸⁰;

- Las Demandantes afirman que el incumplimiento de la Demandada de su promesa de mantener los requisitos mínimos de demanda de los usuarios no regulados se basa en la sanción de la Ley 125-01 que, según ellos, otorgó unilateralmente a la SIE la facultad de modificar estos requisitos, y en las reglamentaciones sancionadas de conformidad con la Ley 125-01, que establecía que los requisitos se reducirían paulatinamente⁸¹;
- Las Demandantes afirman que la Demandada no realizó los aportes de capital obligatorios a EDE Este, y que este incumplimiento infringió el Acuerdo de Suscripción⁸²;
- Las Demandantes alegan que la Demandada no exigió el cumplimiento de las leyes de la República ni protegió a EDE Este y a sus representantes al adoptar medidas como la supuesta declaración de la Demandada de que los ejecutivos de los copropietarios de EDE Este debían ser “deportados” de la República, al instar a los consumidores a no cumplir en forma plena y oportuna el pago de sus facturas de electricidad, y al no impedir que una oficina de cobro de EDE Este fuera incendiada por manifestantes⁸³; y
- Las Demandantes afirman que la Demandada no ofreció reparación a las pretensiones de EDE Este, por las mismas razones por las que supuestamente no respondió a las apelaciones presentadas en virtud de la Ley 1494 y la Ley 1494 de Procedimiento Administrativo⁸⁴.

Al impulsar tres procedimientos arbitrales paralelos en relación con las mismas medidas que son objeto del presente procedimiento en virtud del CAFTA-DR, las Demandantes y sus compañías relacionadas han generado exactamente el tipo de situación que supone un riesgo de duplicación de procedimientos y reparaciones múltiples que las Partes Contratantes quisieron impedir mediante el Artículo 10.18(2).

38. La conducta de las Demandantes por la cual continuaron un arbitraje anterior e iniciaron un nuevo procedimiento indica una intención diferente de la manifestada en la supuesta renuncia⁸⁵. Este

⁸⁰ FDP Mod., párr. 83; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párr. 63; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 74.

⁸¹ FDP Mod., párrs. 91-93; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párrs. 74-76; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párrs. 81-83.

⁸² FDP Mod., párrs. 97-98; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párr. 89; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 92.

⁸³ FDP Mod., párr. 105; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párr. 93; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 101.

⁸⁴ FDP Mod., párr. 109; An. de la Dda. 17 (FDP de Société Générale), párr. 97; An. de la Dda. 23 (SDA de EDE Este), párr. 107.

⁸⁵ *Ver Waste Management*, párr. 30 (“es claro que la parte demandante, emitió una declaración de voluntad distinta de la solicitada en la renuncia exigida por el Artículo 1121 del TLCAN, ya que continuó con los procedimientos iniciados contra BANOBRAS con posterioridad a la fecha de presentación de la renuncia . . . Asimismo, también se ha demostrado que con posterioridad al sometimiento de esta pretensión a arbitraje, ACAVERDE inició un procedimiento arbitral contra ACAPULCO que a la fecha de hoy todavía sobrevive. . .”) (Ref. de la Dda. 27);

incumplimiento de los requisitos de renuncia del Artículo 10.18(2) implica necesariamente que las Demandantes no satisfacen una de las condiciones previas necesarias para someter a arbitraje sus pretensiones en virtud del Tratado⁸⁶. Por lo tanto, no existe jurisdicción arbitral en virtud del Capítulo 10 del CAFTA-DR y el Tribunal debe desestimar el presente caso.

II. LAS DEMANDANTES NO POSEEN UNA INVERSIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA RESPECTO DE LA CUAL EL TRIBUNAL PUEDA EJERCER SU JURISDICCIÓN.

A. El Tribunal puede ejercer su jurisdicción únicamente respecto de pretensiones vinculadas con una inversión que tenga las características de una inversión

39. El CAFTA-DR protege únicamente a aquellas inversiones que tengan “las características de una inversión”⁸⁷. Por consiguiente, el Tribunal debe “mirar más allá de la ‘forma’ para dar prioridad a la esencia económica de la inversión”⁸⁸. No basta con que las Demandantes establezcan que ostentan la clase de interés que podría constituir una inversión. Más bien, las Demandantes deben demostrar que su interés particular reúne las características de una inversión⁸⁹. Y esto es imposible.

B. La supuesta inversión de las Demandantes no tiene las características de una inversión exigidas por el CAFTA-DR

40. El Artículo 10.28 del CAFTA-DR dispone expresamente que para que exista una inversión que se encuadre en las protecciones del CAFTA-DR, debe tener las características de una inversión. El Artículo 10.28 menciona estas tres características, a saber: “el compromiso de

Railroad Development Corp., párr. 54 (“El hecho de que existan dos procedimientos arbitrales internos que se superponen con este arbitraje, como lo determinó el Tribunal, es lo que da lugar a un defecto en la renuncia”). (Ref. de la Dda. 25).

⁸⁶ Tal como escribieron los abogados de las Demandantes en este caso acerca del laudo en *Waste Management*, “luego de analizar las pretensiones de Waste Management ante los tribunales mexicanos y en los arbitrajes locales, el tribunal concluyó que se basaban en la misma medida gubernamental que inspiraba el arbitraje del TLCAN. Por lo tanto, al continuar el litigio y el arbitraje interno luego de iniciar el arbitraje en virtud del TLCAN, Waste Management incumplió el requisito de renuncia establecido en el Artículo 1121 del TLCAN”. Ver Dugan *et al.*, *Investor-State Arbitration* en 378-79 (Ref. de la Dda. 33).

⁸⁷ CAFTA-DR, Art. 10.28 (Ref. de la Dda. 2).

⁸⁸ Gilbert Gagne y Jean-Frederic Morin, “The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT”, 9 J. Int’l Econ. L. 357, 368-69 (2006) (donde se analiza la redacción similar de la definición de inversión en el TBI Modelo de EE. UU.) (Ref. de la Dda. 37).

⁸⁹ Como consecuencia necesaria en relación con el CAFTA-DR, resulta aplicable el criterio contenido en el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Singapur según el cual “cuando un activo no posea las características de una inversión, entonces no se trata de una inversión, independientemente de la forma que revista”. Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Singapur, 6 de mayo de 2003, Nota 15-1 (Ref. de la Dda. 4).

capitales u otros recursos”, “la expectativa de obtener ganancias o utilidades” y “el asumir riesgo”.

La “inversión” de las Demandantes no tiene ninguna de estas características⁹⁰.

1. La “inversión” de las Demandantes no supone el compromiso de capitales ni de otros recursos

41. A diferencia de otros casos ante los tribunales en los que se ha analizado si se ha realizado un compromiso suficiente para que el interés en cuestión pueda reunir las condiciones de inversión, las Demandantes no han efectuado un compromiso “extenso” ni “sustancial” de capital u otros recursos⁹¹. El gasto inicial de las Demandantes consistió en la cantidad nominal de US\$ 2. Desde entonces, las Demandantes no han realizado *ningún* aporte de capital a EDE Este ni han asumido *ningún* otro compromiso en relación con el bienestar financiero de EDE Este⁹².

2. Las Demandantes no tenían una expectativa razonable de obtener ganancias o utilidades en relación con su “inversión”

42. En su voto separado en *CME v. Czech Republic*, el Profesor Brownlie sugirió que la expectativa de obtener ganancias o utilidades constituye un elemento indispensable de cualquier inversión genuina, “como forma de gasto o transferencia de fondos con el objeto específico de obtener un retorno”⁹³.

⁹⁰ La “inversión” de las Demandantes tampoco presenta otras características generalmente aceptadas de las inversiones. El CAFTA-DR establece una lista no taxativa de ejemplos de las características de las inversiones. CAFTA-DR, Art. 10.28 (“...las formas que puede adoptar una inversión *incluyen*...”) (énfasis agregado). Otras características generalmente aceptadas de las inversiones son que tengan (1) una determinada duración y (2) relevancia para el desarrollo del Estado anfitrión. Ver Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 140 (2001) (Ref. de la Dda. 32); ver también *Fedax N.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/96/3 (11 de julio de 1997), párr. 43 (en el que se adopta este criterio) (Ref. de la Dda. 12). En relación con la segunda de estas otras características generalmente aceptadas, la Demandada destaca el lenguaje expreso del Preámbulo del CAFTA-DR, que indica que el objeto del CAFTA-DR es “[c]rear nuevas oportunidades para el desarrollo económico y social en la región”. Ver CAFTA-DR, Preámbulo (Ref. de la Dda. 2). La “inversión” de las Demandantes no tiene ninguna de estas otras características generalmente aceptadas.

⁹¹ Ver *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia* (Laudo), Caso CIADI N.º ARB/83/2 (31 de marzo de 1986), 2 ICSID Rep. 343, 350 (1994) (“Los propios documentos de Liberia indican que LETCO pagó importantes cantidades por el desarrollo de la concesión. Por lo tanto, no hay duda de que, sobre la base del Contrato de Concesión, de las cantidades desembolsadas para desarrollar la concesión, así como otros emprendimientos, esta controversia jurídica se suscitó directamente de una “inversión” según el uso que se asigna al término en la Convención.”) (Ref. de la Dda. 16); *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/00/5 (27 de septiembre 27, 2001), párr. 101 (“En efecto, el cumplimiento del Contrato, que implica comprometer recursos importantes durante períodos prolongados, califica claramente como una inversión . . .”) (Ref. de la Dda. 6).

⁹² Ver An. de la Dda. 21 (Carta de J. Bolinaga a F. Rosa, 15 de noviembre de 2007) (donde se confirma que los últimos aportes de capital a EDE Este se produjeron antes de que la Demandante adquiriera su participación accionaria). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.C, *supra*.

⁹³ *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic* (Dictamen por separado de Ian Brownlie Q.C.) CNUDMI (14 de

Además, el Profesor Brownlie consideró necesario para la aplicación de las disposiciones de los tratados de inversión “un elemento de razonabilidad”⁹⁴.

43. Las Demandantes no pueden haber tenido una expectativa razonable de obtener ganancias o utilidades en relación con su interés en EDE Este. En primer lugar, las Demandantes comprendían cabalmente que estaban adquiriendo acciones de una compañía cuyo valor había sido reducido a cero por su anterior dueño, AES⁹⁵, antes de ser transferidas a las Demandantes. Asimismo, las Demandantes adquirieron la participación accionaria en EDE Este en un momento en que las dificultades que atravesaba el sector de la energía eléctrica en la República Dominicana eran de público conocimiento. El precio de compra que TCW pagó a AES —la insignificante cantidad de US\$ 2— reflejaba la devaluación del precio y de las perspectivas de EDE Este⁹⁶.

marzo de 2003), párr. 34 (Ref. de la Dda. 9).

⁹⁴ *Íd.*

⁹⁵ Ver An. de la Dda. 9 (*TCW Group Buys AES' Dominican Stake*, Electric Power Daily, 18 de noviembre de 2004, en 1) (donde se afirma que AES había reducido el valor de la inversión y había clasificado a EDE Este como una operación interrumpida). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.A, *supra*.

⁹⁶ Ver An. de la Dda. 5 (Contrato de Compra de Acciones, Art. II). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.A, *supra*.

3. La “inversión” de las Demandantes no supone asumir riesgos

44. Los Tribunales que han analizado la naturaleza de los riesgos asociados con una inversión han indagado las “razones por las que los riesgos asumidos. . . no eran los riesgos comerciales normales”⁹⁷. En el presente caso, resulta claro que, lejos de asumir siquiera los riesgos comerciales normales, TCW estructuró la transacción con el fin de resguardarse de *todo tipo de riesgos* en relación con las acciones de EDE Este⁹⁸. TCW se protegió de cualquier *riesgo económico* más allá del pago nominal de US\$ 2 que efectuó por las acciones, y para ello estructuró la transacción de forma tal de no absorber ninguna de las pérdidas financieras de EDE Este⁹⁹. TCW también eludió cualquier tipo de *riesgo jurídico* al cerciorarse de que existieran varios niveles de entidades intermediarias —entre ellas, y en el extremo de la cadena, DEH LP— que la protegieran de cualquier responsabilidad que pudiera surgir en relación con las acciones de EDE Este¹⁰⁰. A su vez, los niveles corporativos por debajo de DEH LP también protegen a esta organización de dicha responsabilidad. Por último, las Demandantes se resguardaron de cualquier *riesgo para su reputación* al designar a AES como operador de EDE Este e imagen pública del negocio de distribución de EDE Este en la República¹⁰¹.

⁹⁷ Ver, p. ej., *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malaysia* (Laudo sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB/05/10 (17 de mayo de 2007), párr. 112 (Ref. de la Dda. 18).

⁹⁸ Ver *Société Générale*, Anexo 1 (donde se señalan los distintos intermediarios que protegían a TCW de pérdidas), y párr. 25 (donde se explica que la Demandante recibiría pagos en virtud de un contrato de administración con TAMCO, sin ningún tipo de responsabilidad) (Ref. de la Dda. 26). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.C, *supra*.

⁹⁹ Ver *Société Générale*, párr. 25 (donde se describe la postura de la Demandante según la cual optó por una estructura societaria que protegiera a Société Générale y TCW de la posibilidad de tener que consolidar las pérdidas de EDE Este en sus propios registros contables así como de otras consecuencias negativas en términos impositivos, contables o jurídicos) (Ref. de la Dda. 26). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.C, *supra*.

¹⁰⁰ Ver *Société Générale*, Anexo 1 (Estructura societaria de la inversión que refleja los múltiples intermediarios existentes entre TCW y EDE Este, entre ellos DEH LP) (Ref. de la Dda. 26). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.C, *supra*.

¹⁰¹ Ver An. de la Dda. 13 (Carta de R. B. Thomas y M. Dubuc a F. Méndez, 27 de octubre de 2005, a la que se adjunta un “Resumen de la venta por parte de AES de su participación indirecta en EDE Este a TCW”) (donde se incluye información sobre la compra de la participación en EDE Este y se indican las características clave de los acuerdos operativos y de administración mediante los cuales AES llevará a cabo “la administración diaria de E[DE] Este”); ver también An. de la Dda. 11 (*AES sells 50% of shares*, Caribbean Update, 1 de enero de 2005) (donde se indica que, pese a haber vendido su participación en EDE Este, AES continuaría operando la compañía); ver también An. de la Dda. 10 (*Electrifying the Electorate to Save the Government*, Noticiero: Central American & Caribbean Affairs, 16 de diciembre de 2004) (donde se señala que, pese a la venta de EDE Este a TCW, AES continuaría operando la compañía). Ver también Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I.C, *supra*.

45. Dado que no posee ninguna de las características de una inversión exigidas por el Artículo 10.28 del CAFTA-DR, el interés de las Demandantes en EDE Este no constituye una “inversión” de conformidad con los términos del Tratado. Por consiguiente, no se encuadra en el régimen del CAFTA-DR ni en la jurisdicción del presente Tribunal.

III. EL TRIBUNAL NO PUEDE EJERCER SU JURISDICCIÓN RESPECTO DE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10.7 DEL CAFTA-DR, YA QUE LOS HECHOS ALEGADOS POR LAS DEMANDANTES NO SE ENCUADRAN EN EL ARTÍCULO 10.7

A. El Tribunal puede ejercer su jurisdicción únicamente respecto de presuntas violaciones que puedan encuadrarse en las disposiciones del Tratado que han sido supuestamente violadas

46. Como pauta general, el Tribunal debe llegar a la conclusión de si tiene o no jurisdicción en razón de la materia respecto de las pretensiones presentadas por las Demandantes¹⁰². La facultad del Tribunal de determinar su jurisdicción se establece en el CAFTA-DR y el Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁰³.

47. La Sección B del CAFTA-DR asigna jurisdicción al Tribunal respecto de “controversias relativas a una inversión”, y dispone que el Tribunal “decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con [el CAFTA-DR] y con las normas aplicables del derecho internacional”¹⁰⁴. Según el Artículo 31 de la Convención de Viena, este reconocimiento de jurisdicción en el CAFTA-DR debe interpretarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos”, en tanto el Tratado en su totalidad —incluidas sus disposiciones de fondo sobre protecciones a las inversiones— constituye el contexto principal¹⁰⁵. Por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción únicamente

¹⁰² *Ver, p. ej., Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/03/3 (22 de abril de 2005), párr. 237 (“Al evaluar su jurisdicción para entender las Pretensiones en Virtud del Tratado, el Tribunal considera que no debe extraer conclusiones sobre los fundamentos de las pretensiones, que aún deben argumentarse; en cambio, debe determinar si tiene jurisdicción sobre la controversia, tal como la ha presentado el Demandante. Esto ha sido reconocido por la CIJ y por tribunales arbitrales en numerosas oportunidades.”) (Ref. de la Dda. 13).

¹⁰³ *Methanex v. United States of America* (Primer laudo parcial), CNUDMI (TLCAN) (7 de agosto de 2002), párr. (“La facultad del Tribunal de resolver las objeciones por parte de EE. UU. [a la jurisdicción] se deriva necesariamente del Capítulo 11 del TLCAN.”) (Ref. de la Dda. 20); Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Artículo 21(1) (“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de jurisdicción. . . .”) (Ref. de la Dda. 3).

¹⁰⁴ CAFTA-DR, Art. 10.22.1 (Ref. de la Dda. 2).

¹⁰⁵ Convención de Viena, Art. 31(1) y (2) (Ref. de la Dda. 5).

respecto de controversias sobre inversiones que se encuadran en las disposiciones específicas del CAFTA-DR que asignan protecciones sustanciales a las inversiones.

48. Esta postura ha sido confirmada por varios tribunales de derecho internacional. La CIJ, en su decisión sobre las objeciones preliminares en el *Caso de las Plataformas de Petróleo*, que ha sido ampliamente receptada por la jurisprudencia, elaboró la forma adecuada de determinar la jurisdicción respecto de pretensiones basadas en tratados:

[La Corte] debe determinar si las violaciones del Tratado de 1955 alegadas por Irán se encuadran o no en las disposiciones del Tratado y si, por lo tanto, la Corte es competente *ratione materiae* para conocer la controversia de conformidad con el Artículo XXI, párrafo 2¹⁰⁶.

49. La postura de la CJI sobre determinación de jurisdicción ha sido adoptada inmediatamente por tribunales arbitrales que entienden en controversias en el marco de tratados de inversión. En *Impregilo v. Pakistan*, el tribunal manifestó expresamente que compartía la postura de la CJI¹⁰⁷. De manera similar, en *Bayindir v. Pakistan*, el tribunal confirmó que:

La primera tarea del Tribunal es determinar el significado y el alcance de las disposiciones que, según sostiene Bayindir, habilitan la jurisdicción, y evaluar si los hechos invocados por Bayindir se encuadran en esas disposiciones o si, en caso de ser probados, pueden violar las obligaciones a las que hacen referencia¹⁰⁸.

50. Por consiguiente, la prueba que debe aplicar el presente Tribunal al determinar si tiene jurisdicción respecto de las pretensiones de las Demandantes consiste en determinar si los hechos alegados por las Demandantes pueden constituir incumplimientos de la disposición del CAFTA-DR

¹⁰⁶ *Caso de las Plataformas de Petróleo (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Objeción preliminar, Sentencia, 1996 I.C.J. Rep. 803, 810, párr. 16 (2 de diciembre de 1996) (en la que se analizan las objeciones a la jurisdicción respecto de las pretensiones de Irán en virtud del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre Irán y los Estados Unidos) (Ref. de la Dda. 23). Ver también *Legalidad del Uso de la Fuerza (Yugoslavia v. Italy)*, Medidas Provisionales, Providencia, 1999 I.C.J. Rep. 481, 490 párr. 25 (2 de junio de 1999) (“A fin de determinar, aun *prima facie*, si existe una controversia con el alcance del Artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, la Corte no puede limitarse a señalar que una de las Partes afirma que esta se aplica, en tanto la otra lo niega; . . . la Corte considera que ha de averiguar si las infracciones de la Convención denunciadas por Yugoslavia pueden quedar abarcadas por las disposiciones de ese instrumento y si, de resultas de ello, la Corte puede tener jurisdicción *ratione materiae* sobre la controversia de conformidad con el Artículo IX”). (Ref. de la Dda. 15).

¹⁰⁷ *Impregilo S.p.A.* párr. 254 (que cita *Legalidad del Uso de la Fuerza* y señala que “el presente Tribunal comparte plenamente la postura que surge claramente de esta jurisprudencia”) (Ref. de la Dda. 13).

¹⁰⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanyai A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB/03/29 (14 de noviembre de 2005), párr. 197 (Ref. de la Dda. 7).

invocada por ellos. Corresponde a las Demandantes la carga de demostrar que se configura esta situación¹⁰⁹.

B. Los hechos alegados por las Demandantes para sustentar su pretensión en virtud del Artículo 10.7 no pueden encuadrarse en el ámbito de dicha disposición

51. El Artículo 10.7 del CAFTA-DR establece protecciones contra la expropiación directa e indirecta¹¹⁰. Las partes contratantes del CAFTA-DR confirmaron expresamente que aceptaban que una *expropiación directa* conforme al Artículo 10.7 exige “la transferencia formal del título o del derecho de dominio”¹¹¹. De igual manera, las partes contratantes aceptaron que una *expropiación indirecta* requiere un acto o una serie de actos que tengan “un *efecto equivalente al* de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o el derecho de dominio”¹¹². En su Formulación de Pretensiones Modificada, las Demandantes no invocan hechos que puedan constituir una expropiación directa ni indirecta según los términos del CAFTA-DR.

¹⁰⁹ Ver *íd.*, párrs. 190, 192 (“Según la práctica internacional (y nacional general) aceptada, las partes tienen la obligación de probar los hechos que alegan . . . El Tribunal entiende que . . . corresponde a Bayindir la carga de demostrar que sus pretensiones se encuadran en la jurisdicción del Tribunal”). Ver también *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (Laudos), Caso CIADIN.º ARB/99/6 (12 de abril de 2002), párr. 89 (“A fin de aceptar una pretensión en virtud del TBI, debe existir un incumplimiento de sus disposiciones por parte de la Demandada que hayan dado lugar a una pretensión, por ejemplo, de conformidad con el Art. 4 (Expropiación) (Ref. de la Dda. 21). Las disposiciones correspondientes del TBI confirman lo que puede considerarse un principio general de procedimiento internacional —y, posiblemente, de casi todas las leyes procesales de los distintos países—: que es la Demandante quien tiene la carga de probar que se cumplen los requisitos establecidos en las normas de fondo para establecer la pretensión”).

¹¹⁰ CAFTA-DR, Art. 10.7.1 (“Ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización . . .”) (Ref. de la Dda. 2).

¹¹¹ CAFTA-DR, Anexo 10-C (Ref. de la Dda. 2). Esto es coherente con el concepto de expropiación directa del derecho internacional en general. Ver, p. ej., *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica* (Laudos Definitivos), Caso CIADIN.º ARB/96/1 (17 de febrero de 2000), párr. 18 (el decreto de expropiación exigía la transferencia a Costa Rica de la titularidad del terreno adquirido por el inversionista para el desarrollo de un centro turístico y una comunidad residencial) (Ref. de la Dda. 11). Ver también CAFTA-DR, Anexo 10-C (donde se confirma que el Artículo 10.7.1 “intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación”) (Ref. de la Dda. 2).

¹¹² CAFTA-DR, Anexo 10-C (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 2). Ver, p. ej., *CMS Gas Transmission Company v. Argentina* (Laudos), Caso CIADIN.º ARB/01/8 (12 de mayo de 2005), *anulado parcialmente sobre la base de otros fundamentos*, Decisión del Comité Ad Hoc sobre Anulación de la República Argentina (25 de septiembre de 2007), párrs. 262-63 (que determinó que no existía expropiación indirecta cuando “el inversionista ejerce el control de la inversión; el Gobierno no administra las operaciones diarias de la empresa; y el inversionista tiene la propiedad y el control plenos de la inversión”) (Ref. de la Dda. 10).

52. Las Demandantes no alegan —ni pueden hacerlo— que haya existido una *expropiación directa* de su supuesta inversión, ya que no ha habido transferencia del título ni del derecho de dominio de las Demandantes respecto de EDE Este¹¹³. En cambio, las Demandantes alegan que:

- Se exigió a EDE Este que distribuyera energía eléctrica a un precio inferior al de sus costos reales¹¹⁴;
- La República priva a las Demandantes del valor de su inversión al considerar los pagos efectuados a EDE Este como préstamos u otro tipo de créditos¹¹⁵;
- La República incumplió su promesa de mantener el límite para usuarios no regulados en dos megavatios, “expropiando de esta manera a sus mejores clientes”¹¹⁶; y
- La República interfirió en la utilización por parte de EDE Este de los pagos recibidos de la República en concepto de indemnización y controló el proceso presupuestario de EDE Este¹¹⁷.

53. Estos hechos tampoco pueden constituir una *expropiación indirecta*, ya que no tienen —ni pueden tener— efectos equivalentes a la expropiación directa.

54. En cambio, las afirmaciones de las Demandantes se refieren al supuesto perjuicio económico causado a EDE Este por determinados actos del Gobierno. Estas afirmaciones resultan claramente insuficientes para encuadrar a las Demandantes en el ámbito del Artículo 10.7 del CAFTA-DR¹¹⁸. Por el contrario, al igual que en *CMS v. Argentina*, en el que el tribunal determinó que no había expropiación indirecta¹¹⁹, las Demandantes conservan la propiedad y el control pleno de las acciones de EDE Este¹²⁰.

¹¹³ TCW y DEH LP no solo continúan manteniendo su participación controlante en EDE Este, sino que además utilizan ese control para adoptar decisiones sobre EDE Este en forma unilateral, sin consultar a FONPER, uno de los accionistas minoritarios de EDE Este, ni obtener su consentimiento. *Ver también* Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte I, *supra*.

¹¹⁴ FDP Mod., párr. 126.

¹¹⁵ FDP Mod., párr. 127.

¹¹⁶ FDP Mod., párr. 128.

¹¹⁷ FDP Mod., párr. 129.

¹¹⁸ CAFTA-DR, Anexo 10-C (“el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”) (Ref. de la Dda. 2).

¹¹⁹ CMS, párrs. 262-63 (Ref. de la Dda. 10).

¹²⁰ *Ver* Antecedentes de Hecho Relevantes, Parte III.B, *supra*.

55. Por consiguiente, el Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de la presunta violación del Artículo 10.7 del CAFTA-DR.

IV. EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER PRETENSIONES BASADAS EN EVENTOS QUE SE PRODUJERON CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CAFTA-DR

56. Todos los actos y omisiones clave alegados por las Demandantes como fundamento de sus pretensiones de violación del CAFTA-DR ocurrieron muchos años antes del 1 de marzo de 2007, fecha en que entró en vigencia en la República el CAFTA-DR¹²¹. El CAFTA-DR no tiene efectos retroactivos que permitan al Tribunal ejercer su jurisdicción respecto de estos actos y eventos.

A. El CAFTA-DR establece expresamente que carece de efectos retroactivos

57. Existe un principio de derecho internacional de gran influencia según el cual los tratados, si no existen disposiciones que establezcan lo contrario, carecen de efectos retroactivos. La Convención de Viena confirma que:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo¹²².

¹²¹ Lo que resulta más importante, el valor de las acciones de EDE Este había sido reducido a cero en 2004 —varios años antes de que el Tratado entrara en vigencia en marzo de 2007— en una época anterior a que las Demandantes adquirieran las acciones.

¹²² Convención de Viena, Art. 28) (Ref. de la Dda. 5); *ver también* Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10, Ch. IV.E.1 (“Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado”), Art. 13 (2001) (“Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho”) (Ref. de la Dda. 36); *Fosfatos en Marruecos (Italy v. France)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, 1938 CPJI Ser. A/B, N.º 74, p. 10, 23 (14 de junio de 1938) (“En este caso, los términos en los que se basa la objeción *ratione temporis* presentada por el gobierno francés son perfectamente claros: las únicas situaciones o hechos que se encuadran en la jurisdicción obligatoria son aquellos posteriores a la ratificación . . .”) (Ref. de la Dda. 24); *Caso Relativo al Derecho de Paso por el Territorio de la India (Portugal v. India)*, Sentencia, 1960 I.C.J. Rep. 6, 34-36 (12 de abril de 1960) (donde se confirma que la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia se extiende únicamente a “situaciones o hechos posteriores” a la fecha estipulada por India en su declaración mediante la cual acepta la jurisdicción de la Corte) (Ref. de la Dda. 8); *Société Générale*, párr. 80 (“según el principio general, el Tribunal no tendría jurisdicción respecto de violaciones del tratado vinculadas con actos y eventos ocurridos antes de que el Tratado entrara en vigencia”) (Ref. de la Dda. 26).

58. CAFTA-DR incorpora este principio del derecho internacional, ampliamente receptado, y *establece expresamente* que sus obligaciones se aplican únicamente a futuro, a partir de la fecha de entrada en vigencia.

Para mayor certeza, este Capítulo no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado¹²³.

59. El CAFTA-DR entró en vigencia en la República el 1 de marzo de 2007¹²⁴.

Por consiguiente, el CAFTA-DR no obliga a la Demandada en relación con actos u omisiones anteriores al 1 de marzo de 2007¹²⁵.

B. El presente Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de actos u omisiones alegados por las Demandantes que se produjeron con anterioridad al 1 de marzo de 2007

60. Como se alega en la Formulación de Pretensiones Modificada, todos los actos y omisiones clave identificados por las Demandantes como fundamento de sus pretensiones sobre violaciones del CAFTA-DR se produjeron años *antes del 1 de marzo de 2007*. Por ejemplo:

- La adopción por la República del Decreto Presidencial 749-02, que supuestamente impidió que las compañías de distribución cobraran el importe total de las facturas impagas a clientes que habían cometido fraude en el consumo de energía eléctrica, se produjo en el 2002¹²⁶;
- La supuesta negación por parte de la República del derecho de EDE Este de contabilizar el costo total de distribución de energía eléctrica fue aparentemente resultado de la promulgación de la SIE 31-2002 en 2002¹²⁷;
- La supuesta privación por parte de la República de la posibilidad de EDE Este de ajustar sus tarifas fue aparentemente una consecuencia de la sanción de la Ley 125-01

¹²³ Ver CAFTA-DR, Art. 10.1.3 (Ref. de la Dda. 2).

¹²⁴ Ver An. de la Dda. 16 (Declaración de la Representante de Comercio de EE. UU., Susan S. Schwab, sobre la entrada en vigencia del CAFTA-DR para la República Dominicana, de fecha 1 de marzo de 2007) (“Me complace que el Presidente haya emitido una proclama con el fin de implementar el CAFTA-DR para la República Dominicana el 1 de marzo de 2007”).

¹²⁵ Ver *Impregilo S.p.A.*, párr. 311 (“Impregilo denuncia una serie de actos y alega que Pakistán es responsable. Debe determinarse la legalidad de dichos actos, en cada caso, de conformidad con el derecho aplicable al momento de su ejecución. El TBI entró en vigencia el 22 de junio de 2001. Por lo tanto, solo aquellos actos concretados después de esa fecha se adecuan a sus disposiciones”). (Ref. de la Dda. 13).

¹²⁶ FDP Mod., párr. 105.h. Pese al intento de las Demandantes de encuadrar este acto individual y aislado como parte de un “patrón” de la Demandada, ver *íd.* párr. 105, resulta claro que en este caso no están en cuestión actos continuos. Ver Parte IV.C, *infra*

¹²⁷ FDP Mod., párr. 81.

en 2001 que, según alegan las Demandantes, “derogó” el régimen de tarifas instaurado a fines de 1990¹²⁸;

- La reducción de los requisitos mínimos de demanda de los usuarios no regulados en forma unilateral por la República fue causada presuntamente por la sanción de la Ley 125-01 en 2001¹²⁹;
- La supuesta falta de pago por parte de la República de los aportes de capital exigidos durante la capitalización de EDE Este se produjo en 1999¹³⁰; y
- La supuesta negativa de la República a implementar las Tarifas de Primera Fase ocurrió en 1999¹³¹.

61. Como señaló el tribunal en *M.C.I. Power v. Ecuador*, los argumentos de las Demandantes “en cuanto a la relevancia de eventos anteriores que se consideran violaciones del Tratado suponen una contradicción, ya que antes de la entrada en vigencia del [Tratado], no había posibilidad alguna de infringir sus disposiciones”¹³². Por consiguiente, todos estos actos y omisiones no se incluyen dentro de la jurisdicción del Tribunal¹³³.

¹²⁸ FDP Mod., párr. 79.

¹²⁹ FDP Mod., párr. 91.

¹³⁰ FDP Mod., párr. 97.

¹³¹ FDP Mod., párr. 83.a.

¹³² *M.C.I. Power Group L.C and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador* (Laudo), Caso CIADI N.º A1213/03/6 (31 de julio de 2007), párr. 93 (Ref. de la Dda. 17).

¹³³ Aún en el caso de que estos actos y omisiones constituyeran una violación del derecho internacional consuetudinario (hecho que la Demandada niega), “la existencia de una violación de una norma del derecho internacional consuetudinario con anterioridad a que un TBI entre en vigencia no habilita el derecho a recurrir a la jurisdicción arbitral del TBI”, *Ver íd.* en párr. 96.

C. No deben prosperar los intentos de la Demandante por encuadrar determinados actos y omisiones dentro de la jurisdicción del Tribunal alegando una conducta continua

1. Los actos y omisiones que alegan las Demandantes son actos individuales y aislados que no tienen un carácter continuo

62. Al reconocer que los hechos y eventos en los que se basan sus afirmaciones se produjeron antes del 1 de marzo de 2007, las Demandantes pretenden eludir la aplicación del principio de irretroactividad invocando lo que denominan un “patrón” o una “conducta”, e insinúan que la supuesta conducta se encuadra plenamente en el marco del CAFTA-DR. Pese a las numerosas referencias concluyentes incluidas en la Formulación de Pretensiones Modificada a la “conducta ilícita continua”¹³⁴ de la Demandada y a las “constantes violaciones del CAFTA-DR”,¹³⁵ las Demandantes no invocan en ningún caso ningún hecho que suponga una violación continua.

63. El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado establece que una violación de un tratado por un hecho del Estado “tiene carácter continuo [si] se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”.¹³⁶ Los Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado confirman que “la distinción clave a efectos del Artículo 14 es entre el incumplimiento que es continuo y el que ya se ha consumado”.¹³⁷

64. Los tribunales internacionales han reconocido la distinción entre actos continuos e individuales, y han excluido de su jurisdicción en virtud de los tratados de inversiones a los actos que se produzcan con anterioridad a la entrada en vigencia de un tratado y que no revistan un carácter continuo. Por ejemplo, en *Impregilo v. Pakistan*, el tribunal consideró que las pretensiones vinculadas con

¹³⁴ FDP Mod., párr. 6. Ver también *íd.*, párr. 74 (“conducta ilícita continua”); *íd.* párr. 121 (“actos ilícitos continuos”).

¹³⁵ FDP Mod., párr. 10. Ver también *íd.*, párr. 19 (“violaciones constantes, intencionales, ilícitas y dolosas”); párr. 124 (“violaciones continuas”).

¹³⁶ Proyecto de Art. 14(2) (Ref. de la Dda. 36).

¹³⁷ *Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado*, en James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* (2002) (“Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado”), Comentario al Art. 14, párr. 2 (Ref. de la Dda. 34).

supuestos actos y omisiones por parte de las autoridades del gobierno de Pakistán ocurrieron tanto antes como después de la entrada en vigencia del tratado de inversión en cuestión. La Demandante pretendió encuadrar todos estos actos dentro del alcance del tratado de inversión, afirmando que formaban parte de un patrón de conducta sistemático y continuo que se extendía más allá de la entrada en vigencia del tratado y que equivalía a una violación continua del tratado.¹³⁸ El tribunal no aceptó la posición de la Demandante, y determinó en cambio que:

Para el Tribunal, el presente caso no se encuadra en el Artículo 14 [del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado]. Los actos atribuidos a Pakistán y perpetrados anteriormente [a la entrada en vigencia del TBI] podrían sin duda tener consecuencias con posterioridad a dicha fecha. Sin embargo, tales actos no tenían ‘carácter continuo’ según el significado del Artículo 14; se produjeron en un momento determinado y su legalidad debe determinarse en ese momento, y no en relación con un Tratado que entró en vigor en una fecha posterior.¹³⁹

65. Dejando a un lado la retórica de las Demandantes, resulta claro que en este caso no están en cuestión actos continuos. Más bien, como se alegó en La Formulación de Pretensiones Modificada, es evidente que los supuestos actos y eventos en los que pretenden basarse las Demandantes son actos individuales y aislados que no forman parte de una red ininterrumpida que se extiende desde 1999 hasta 2008. Por ejemplo, las Demandantes alegan que la sanción de la Ley 125-01 por la Demandada en julio de 2001 “derogó el régimen regulatorio sancionado a fines de 1990”.¹⁴⁰ Según sus afirmaciones, mediante la sanción de la Ley 125-01 la Demandada derogó el régimen regulatorio que supuestamente se había prometido a la antecesora de TCW a fines de 1990. Si bien la República rechaza cualquier afirmación de que la Ley 125-01 haya causado un incumplimiento de cualquier obligación, ya sea basada en un contrato o

¹³⁸ *Impregilo S.p.A.*, 11 297-98 (Ref. de la Dda. 13).

¹³⁹ *Íd.* en párr. 312. Ver también *Mondev International, Ltd. v. United States of America* (Laudo), Caso CIADI N.º ARB (AF)/99/2 (11 de octubre de 2002), párrs. 61, 70 (“En cuanto a la pérdida de... los derechos de Mondev en el proyecto en su totalidad, este hecho se produjo en la fecha de ejecución y tuvo carácter definitivo. La expropiación, si se produjo, debe haber ocurrido a más tardar en 1991. Dadas las circunstancias, resulta difícil aceptar que haya existido una expropiación continua del proyecto en su totalidad después de dicha fecha.”) (Ref. de la Dda. 22); *íd.* en párr. 73 (“En cuanto a estos derechos o intereses, no hubo acto ilícito continuo violatorio (o potencialmente violatorio) del Artículo 1110 en la fecha en que entró en vigencia el TLCAN”).

¹⁴⁰ FDP Mod., párr. 74.

en un tratado, sin duda la sanción de la Ley 125-01, como alegan las Demandantes, se trató de un acto individual que se concretó en 2001.¹⁴¹

66. Como demuestran las pretensiones controvertidas, estos y otros actos que se alegan —entre ellos, la sanción de leyes y la abolición de un esquema de tarifas— son actos aislados o eventos que se produjeron y finalizaron en una fecha y hora anterior a la entrada en vigor del CAFTA-DR.¹⁴² En consonancia con el principio de irretroactividad de los tratados, el Tribunal no tiene —ni puede hacer valer— jurisdicción alguna respecto de estos actos y eventos.

2. Debe efectuarse una distinción entre actos continuos y actos con efectos continuos

67. Las Demandantes no distinguen los actos y omisiones continuos de los actos y omisiones con efectos continuos. Algunos de los actos que se invocan en la Formulación de Pretensiones Modificada pueden, como mucho, constituir actos que se produjeron en un determinado momento antes de la entrada en vigencia del CAFTA-DR y cuyos *efectos* perduraron después de esa fecha.

68. El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado estableció el principio según el cual “[l]a violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren”.¹⁴³ Los Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado aclaran que:

De conformidad con el *párrafo 1* [del Artículo 14], un acto finaliza ‘en el momento en que se lleva a cabo el acto’, aun cuando sus efectos o consecuencias continúen. Las palabras ‘en el momento’ pretenden ofrecer una descripción más precisa del marco temporal en el que se finaliza un acto ilícito, sin que sea necesario que el acto se complete en un único instante . . . ***Un acto no tiene carácter continuo tan solo***

¹⁴¹ Ver Dictionary.com, <http://dictionary.reference.com/browse/abrogate> (última consulta el 21 de noviembre de 2008) (que define “derogar” como “1. abolir por medios formales u oficiales; anular mediante un acto de autoridad; suprimir; *abrogar una ley*. 2. dejar sin efecto; cancelar”). (Ref. de la Dda. 35).

¹⁴² Así, por ejemplo, en el caso *Fosfatos en Marruecos*, la CPJI determinó que un monopolio, que había sido implementado mediante leyes de 1920 pero que continuaba operando al momento de la decisión de la Corte en 1938, constituía “una posición jurídica producto de la legislación de 1920. . . y . . . no puede ser considerada en forma aislada de las leyes que la generaron. . . . Los hechos esenciales que configuran el presunto monopolio deben buscarse en estas leyes, al igual que los hechos que concretamente dieron lugar a la controversia sobre este monopolio”. *Fosfatos en Marruecos*, en 25-26 (Ref. de la Dda. 24).

¹⁴³ Proyecto de Art. 14(1) (Ref. de la Dda. 36).

porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Lo que debe continuar es el acto ilícito en sí.¹⁴⁴

69. Por lo tanto, como ha sido confirmado por los tribunales, un acto no se convierte en continuo tan solo porque sus efectos o consecuencias sean continuos. Por ejemplo, en *Impregilo v Pakistan*, el tribunal, al determinar que lo que se presentaba como una serie de actos constituía en realidad un único acto, estableció que:

[L]a presente controversia debe compararse con casos de expropiación. . . en los que los efectos pueden ser prolongados, en tanto el acto en sí se produjo en un momento específico y debe ser evaluado en relación con el derecho aplicable en ese entonces.¹⁴⁵

70. Varias de las afirmaciones de las Demandantes equivalen a admitir que los actos que se invocan no son continuos, sino actos que se producen en un determinado momento antes de la entrada en vigencia del CAFTA-DR y que tienen efectos continuos. Por ejemplo, las Demandantes invocan la reducción por parte de la República de los requisitos mínimos de demanda de los usuarios no regulados en agosto de 2006.¹⁴⁶ En un intento por evadir la naturaleza aislada y previa al tratado de esta reducción, las Demandantes afirman que la reducción “ha tenido y tendrá un *impacto* financiero y estructural significativo en EDE Este”.¹⁴⁷ Del mismo modo, las Demandantes alegan que la sanción de la SIE 31-2002 en septiembre de 2002 ha causado “*daños constantes*” a las Demandantes¹⁴⁸.

71. Las palabras empleadas por las propias Demandantes revelan, por lo tanto, que sus pretensiones no se refieren a actos continuos, sino a los efectos perdurables de actos que ocurrieron antes del 1 de marzo de 2007. El hecho de que las Demandantes afirmen que algunos actos producen efectos que

¹⁴⁴ *Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado*, Comentario al Art. 14, párrs. 2, 6 (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 34).

¹⁴⁵ *Impregilo S.p.A.*, párr. 313 (Ref. de la Dda. 13). Ver también *X. v. The United Kingdom*, Apelación N.º 7379/76 Eur. Comm’n H. R. Dec. & Rep. 211, 212 (1977) (donde se compara un acto continuo con un “acto que se produce en un momento determinado” y cuyos “efectos son perdurables” (citando a *De Becker v. Belgium*, Apelación N.º 214/56, 1962 Y. B. Eur. Conv. H. R. 215 (Eur. Comm’n H. R.)) (Ref. de la Dda. 29).

¹⁴⁶ FDP Mod., párr. 95 (énfasis agregado).

¹⁴⁷ FDP Mod., párr. 96.

¹⁴⁸ FDP Mod., párr. 81 (énfasis agregado).

continúan después de la entrada en vigencia del CAFTA-DR no los convierte en violaciones continuas del Tratado.

3. Es un hecho indiscutible que los actos que comienzan antes de la entrada en vigencia de un tratado, y que continúan con posterioridad a esta, no pueden dar lugar a un incumplimiento del Tratado, hasta después de la entrada en vigencia

72. Aún caracterizando a un acto como continuo, no puede eludirse el principio de irretroactividad de las obligaciones en virtud del derecho internacional. Por consiguiente, los actos que se consideran continuos en razón de que comienzan antes de la vigencia de una obligación internacional y continúan luego de esa fecha, no constituyen —ni pueden constituir— una violación de dicha obligación antes de que esta entre en vigor.

73. El Relator Especial Ago, en su *Fifth Report on State Responsibility* [Quinto Informe sobre Responsabilidad del Estado] describió este principio de manera sucinta:

Existirá una violación de la obligación internacional respecto de la cual la conducta del Estado se encuentra en conflicto, siempre que, al menos por un período determinado, la continuidad del acto del Estado y la existencia de la obligación que le corresponde sean simultáneas. Si la conducta se inició antes de que la obligación entrara en vigencia para el Estado y continuó con posterioridad, se configurará una violación de la obligación ***desde el momento en que comenzó a existir para el Estado***¹⁴⁹.

74. Los Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado también confirman que:

De conformidad con el *párrafo 2* [del Artículo 14 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado], un acto ilícito continuo... se extiende durante todo el período en el cual el acto continúa infringiendo la obligación internacional, ***siempre que el Estado esté sujeto a la obligación internacional durante ese período***¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Robert Ago, *State Responsibility: Fifth Report on State Responsibility*, reimpreso en II Y. B. Int'l L. Comm'n (1976), U.N. Docs. A/CN.4/291, A/CN.4/291/Add.1, A/CN.4/291/Add.2, U.N. Sales No. E.77.V.5 (Parte 1), párr. 62 (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 39).

¹⁵⁰ Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Art. 14, párr. 3 (énfasis agregado) (Ref. de la Dda. 34).

75. El principio según el cual los actos continuos no pueden obstar la irretroactividad se encuentra reconocido en el ámbito del arbitraje en virtud de tratados de inversión. En *Feldman v. Mexico*, el tribunal explicó que:

[s]i ha habido un curso permanente de acción de la parte Demandada iniciado antes del 1 de enero de 1994 y continuado después de esa fecha y que, por lo tanto, ‘se convirtieron en violaciones’ de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN en esa fecha (1 de enero de 1994), esa parte posterior al 1 de enero de 1994 de la supuesta actividad de la parte Demandada *sí está* sujeta a la jurisdicción del Tribunal. . . . Toda actividad anterior a esa fecha, aunque de otro modo fuera idéntica a su continuación después de la entrada en vigor del TLCAN, no está sujeta a la jurisdicción del Tribunal en función del tiempo¹⁵¹.

76. Esta postura fue confirmada en *M.C.I v. Ecuador*, en el que el tribunal determinó que “para que un acto u omisión ilícitos constituyan una violación de una obligación internacional, debe haber ocurrido una infracción de una norma de derecho internacional que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el acto o la omisión”¹⁵².

77. Por lo tanto, aún en el caso de que algunos de los actos alegados por las Demandantes pudieran describirse como actos continuos que se extienden más allá del 1 de marzo de 2007 (si bien no es así), no puede corresponder a la Demandada responsabilidad alguna por los actos o eventos (independientemente de su carácter) ocurridos antes de la entrada en vigencia del CAFTA-DR, así como tampoco por los daños que presuntamente resultaren de estos.

¹⁵¹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1 (6 de diciembre de 2000), párr. 62 (Ref. de la Dda. 19). Ver también *Mondev International Ltd.*, párr. 70 (“Aquellos eventos o conductas anteriores a la entrada en vigencia de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes para la determinación de si el Estado ha cometido posteriormente una violación de la obligación. Sin embargo, debe ser posible señalar una conducta del Estado posterior a dicha fecha que constituya en sí una violación”). (Ref del Ddo. 22).

¹⁵² *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc.*, párrs. 90, 97, 136 (Ref. de la Dda. 17). Ver también *Société Générale*, párr. 88 (donde se establece que aun cuando un acto es continuo, “su materialización jurídica como incumplimiento se produce una vez que el Tratado ha entrado en vigor”) (Ref. de la Dda. 26).

CONCLUSIÓN

78. Deben desestimarse las afirmaciones de las Demandantes en este arbitraje, ya que su supuesta renuncia en virtud del Artículo 10.18.2 del CAFTA-DR es inválida, y las Demandantes no pueden, de conformidad con el CAFTA-DR, iniciar otros arbitrajes en relación con las medidas que presuntamente constituyen una violación del CAFTA-DR.

79. A todo evento, el Tribunal debe declinar su jurisdicción, ya que la supuesta “inversión” de las Demandantes no reúne las características propias de una inversión exigidas por el Artículo 10.28 del CAFTA-DR para encuadrar a una inversión en el ámbito del Tratado.

80. Si el Tribunal no desestimara las pretensiones de las Demandantes sobre la base de la falta de presentación de una renuncia válida y de las deficiencias en cuanto a la jurisdicción propias de su supuesta “inversión”, el Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de la presunta violación del Artículo 10.7 en razón de que ninguno de los hechos alegados por la Demandante para sustentar su pretensión de “expropiación”, en caso de que se demostraran, puede constituir una violación del Artículo 10.7.

81. Si el Tribunal no desestimara las pretensiones de las Demandantes sobre la base de la falta de presentación de una renuncia válida y de las deficiencias en cuanto a la jurisdicción propias de su supuesta “inversión” y de su pretensión de expropiación, el Tribunal debe declinar su jurisdicción respecto de cualquier acto o eventos que presuntamente violan el CAFTA-DR y que ocurrieron con anterioridad al 1 de marzo de 2007 (la fecha en que entró en vigencia el CAFTA-DR).

82. La Demandada solicita que el Tribunal (1) dicte un laudo por el cual rechace las pretensiones de la Demandante en su totalidad con efecto de cosa juzgada, y (2) de conformidad con los párrafos 1 y 2 del Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Artículo 10.20.6 del CAFTA-DR, imponga a la Demandante los costos del presente arbitraje, incluidos los costos de representación y asistencia letrada de la Demandada.

Fecha: 21 de noviembre de 2008

[firma]

SIMPSON THACHER & BARTLETT LLP

John J. Kerr, Jr.
Janet Whittaker
Julissa Reynoso
Emma Lindsay
Andrea M. Griswold
Michelle Hertz

425 Lexington Avenue
New York, New York 10017-3909
Teléfono: (212) 455-2000
Fax: (212) 455-2502

Peter C. Thomas
601 Pennsylvania Avenue, N.W.
North Building, 10th Floor
Washington, D.C. 20004
Teléfono: (202) 220-7700
Fax: (202) 220-7702

Abogados de la República Dominicana