

CASO CPA NO. 2011-17

GUARACACHI AMERICA, INC.

y

**RURELEC, PLC.
(Demandantes)**

-c-

**ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
(Demandada)**

**MEMORIAL DE OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN
DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

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

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

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

Representantes de la Demandada

17 de septiembre de 2012

INDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	- 1 -
2.	BOLIVIA NO HA DADO SU CONSENTIMIENTO AL PRESENTE ARBITRAJE	- 5 -
3.	EL TRIBUNAL NO TIENE JURISDICCIÓN <i>RATIONE PERSONAE</i> SOBRE LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR RURELEC BAJO EL TRATADO CON EL REINO UNIDO.....	- 9 -
3.1	Rurelec no adquirió una participación indirecta en EGSA en enero de 2006 sino, a lo sumo, el 29 de junio de 2009	- 10 -
3.1.1	Las Demandantes tienen la carga de la prueba en cuanto a cada uno de los hechos en que sustentan la jurisdicción del Tribunal Arbitral bajo los Tratados.....	- 11 -
3.1.2	Los documentos aportados por Rurelec demuestran, a lo sumo, una supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA el 29 de junio de 2009	- 13 -
3.2	Una participación indirecta en EGSA desde el 29 de junio de 2009 no es una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido	- 15 -
3.2.1	Principios de interpretación aplicables.....	- 16 -
3.2.2	Las Partes Contratantes limitaron el ámbito de protección del Tratado a las inversiones detentadas directamente en el territorio de una Parte Contratante por un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante	- 18 -
3.2.3	Rurelec no posee una inversión protegida por el Tratado con el Reino Unido	- 25 -
3.3	En cualquier caso, Rurelec no realizó ninguna inversión de capital dentro del territorio boliviano como requiere el Tratado con el Reino Unido.....	- 25 -
3.3.1	El Tratado con el Reino Unido limita las inversiones susceptibles de ser amparadas a las inversiones de capital dentro del territorio boliviano.....	- 25 -
3.3.2	Rurelec no realizó ningún aporte de capital dentro del territorio boliviano.....	- 32 -
4.	BOLIVIA DENIEGA LOS BENEFICIOS DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS A GUARACACHI AMERICA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO XII DE DICHO TRATADO	- 36 -
4.1	El Tratado permite a las Partes Contratantes denegar beneficios si se cumplen dos condiciones cumulativas	- 36 -
4.2	Las dos condiciones del artículo XII del Tratado entre Bolivia y los Estados Unidos se cumplen con respecto a Guaracachi America	- 37 -
4.3	Por lo tanto, este Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre todos los reclamos de Guaracachi America.....	- 38 -

5.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN SOBRE LOS NUEVOS RECLAMOS AL NO REUNIR LAS CONDICIONES QUE EXIGEN LOS TRATADOS.....	- 39 -
5.1	La existencia, carácter obligatorio y naturaleza jurisdiccional de las condiciones que imponen los Tratados relativas a la notificación y negociación previas no están en disputa.....	- 39 -
5.2	Los Nuevos Reclamos no fueron notificados previamente a Bolivia ni existió una oportunidad previa para que las Partes negociaran de forma amistosa su resolución, en violación de los Tratados.....	- 44 -
5.3	Debido al incumplimiento de las condiciones de los Tratados, el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para decidir sobre los Nuevo Reclamos.....	- 49 -
6.	LOS NUEVOS RECLAMOS SON RECLAMOS BAJO EL DERECHO BOLIVIANO QUE NO PUEDEN SER DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL BAJO LOS TRATADOS O EL DERECHO INTERNACIONAL	- 51 -
6.1	El consentimiento dado en los Tratados es limitado y excluye aquellos reclamos exclusivamente de Derecho boliviano	- 52 -
6.2	Los Nuevos Reclamos plantean, <i>prima facie</i> , disputas exclusivamente de Derecho boliviano y no genuinamente disputas bajo los Tratados o el Derecho internacional.....	- 55 -
6.2.1	El Tribunal Arbitral debe realizar su propia calificación de los Nuevos Reclamos.....	- 57 -
6.2.2	Los Nuevos Reclamos plantean, <i>prima facie</i> , disputas exclusivamente de Derecho boliviano y no genuinamente disputas bajo los Tratados o el Derecho internacional	- 59 -
6.3	En consecuencia, el Tribunal Arbitral deberá declarar que carece de jurisdicción <i>ratione materia</i> sobre los Nuevos Reclamos.....	- 86 -
7.	EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE JURISDICCIÓN PARA CONOCER SOBRE EL RECLAMO RELATIVO A LA REMUNERACIÓN POR POTENCIA O CAPACIDAD DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO IX(2) DEL TRATADO CON LOS ESTADOS UNIDOS	- 87 -
8.	EN CUALQUIER CASO, LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES RELATIVOS AL PRECIO <i>SPOT</i> Y LOS MOTORES <i>WORTHINGTON</i> SON PREMATUROS	- 96 -
8.1	El Derecho internacional considera un reclamo prematuro cuando el inversionista no ha dado al Estado la oportunidad de enmendar su conducta	- 96 -
8.2	Las Demandantes no han realizado esfuerzos razonables para impugnar los supuestos hechos internacionalmente ilícitos y permitirle al Estado enmendar su conducta	- 99 -
9.	EL TRIBUNAL DEBERÁ ORDERNAR LA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	- 101 -
10.	PETITORIO	- 102 -

1. De conformidad con el punto 6 de la Orden de Procedimiento No. 7 y los artículos 21 y 23 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tal y como fuera revisado en 2010 (el “**Reglamento**”), el Estado Plurinacional de Bolivia (“**Bolivia**” o el “**Estado**”) presenta sus Objeciones a la Jurisdicción del tribunal arbitral (las “**Objeciones**”) constituido para conocer de esta disputa (el “**Tribunal Arbitral**”) en respuesta al Escrito de Demanda de las Demandantes del 1 de marzo de 2012 (el “**Memorial de Demanda**”).
2. Estas Objeciones incluyen las declaraciones testimoniales de la Sra. Martha Lourdes Bejarano Hurtado (“**Bejarano**”) y el Dr. Carlos Quispe Lima (“**Quispe**”), así como los anexos documentales R-1 a R-36 y los anexos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) RL-29 a RL-69.

1. **INTRODUCCIÓN**

3. El Memorial de Demanda carece, entre otras muchas cosas, de imaginación y originalidad. Como, con seguridad, los miembros del Tribunal Arbitral han tenido la oportunidad de leer en otros expedientes de inversión, las Demandantes consumen tiempo y páginas intentando presentar, para comenzar, un marco jurídico muy favorable a sus intereses al momento de realizar la inversión; por lo general, el comienzo de la historia supone, en efecto, atracciones y atractivos (un mundo feliz) para invertir en el Estado receptor de la inversión; la muy trillada (y aburrida) historia continúa después con la meticulosa descripción de aquellas nubes que supuestamente empiezan a cubrir el cielo de dicho mundo: el Estado receptor de la inversión, se dice, decidió en algún momento cambiar ciertas normas, tributarias o regulatorias, según el caso, lo que, se agrega, afectó dramáticamente la inversión; “ese no fue el marco jurídico en el que decidimos invertir”, se alega; y la historia, tantas veces repetida en estos escritos, termina con alegaciones de expropiación, directa o indirecta, de la inversión; de repente, acciones estatales claramente aisladas se convierten en etapas de un complot fríamente calculado y específicamente destinado a retirarle todo el valor a la inversión.
4. A pesar de que este es un simple caso de nacionalización (en el que las Partes, como lo desea Bolivia, deberían estar negociando, de buena fe, una compensación), las Demandantes no han podido dejar el formato de aquella “increíble y triste historia de su expropiación” resumido más arriba y han, por ende, introducido en este asunto

alegaciones incorrectas, injustas y reclamos totalmente frívolos (los nuevos reclamos de los que se trata más adelante).

5. Este no es el espacio para responder al fondo del Memorial de Demanda. Basta entonces, por el momento, señalar que este es un simple caso de nacionalización; que, dada la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, el monto de la compensación debida debe ser negociado entre las Partes o decidido por otro foro; que las Demandantes sabían que el marco jurídico del sector de la electricidad en Bolivia podía ser reformado como, en efecto, lo fue; que las Demandantes no negociaron la inclusión en ningún instrumento que las concierna de una cláusula de estabilización del derecho aplicable a las operaciones de la Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (“**EGSA**”); que las Demandantes escogieron plantear uno de sus nuevos reclamos ante las cortes bolivianas; que Bolivia no ha expropiado los motores que forman el sustento de uno de dichos reclamos; que Bolivia no ha tomado ninguna acción destinada a reducir el valor de la supuesta inversión de las Demandantes; que, más bien, las Demandantes no invirtieron en Bolivia todo lo que han debido y, en el caso de Rurelec, PLC (“**Rurelec**”) no invirtió nada; que, más bien, las Demandantes condujeron a y tenían a EGSA en un estado financiero lamentable; que Bolivia, en el proceso de nacionalización, respetó el Derecho boliviano en todo punto; y que las Demandantes han inflado de una manera extraordinaria el valor de su supuesta inversión en Bolivia, lo que ha impedido que las Partes se hayan puesto de acuerdo, como manda el sentido común, en una compensación justa y adecuada por la nacionalización.
6. El Memorial de Demanda también constituye, solamente desde la perspectiva jurisdiccional y sin perjuicio de lo que Bolivia tenga a bien decir más adelante (de ser necesario) sobre la responsabilidad y el *quantum*, un abuso del proceso. Las Demandantes, en resumen, no han establecido, a pesar de que la carga de la prueba al respecto les corresponde (*actori incumbit probatio*), las premisas básicas que le permitirían al Tribunal Arbitral tener jurisdicción y competencia sobre este asunto.
7. Las Demandantes, *en primer lugar*, pretenden acumular indebidamente en este caso controversias supuestamente resultantes de la violación de dos tratados distintos (que prevén la formación de dos tribunales arbitrales diferentes para conocer de cada una de las controversias) en un solo arbitraje y ante un solo tribunal arbitral. La estrategia de las Demandantes en este sentido es incorrecta y, por ende, abusiva. Tal y como será

explicado con detalle en la **Sección 2**, las Demandantes no han identificado (por la simple razón de que no pueden hacerlo) cómo, cuándo y dónde Bolivia habría dado su consentimiento para la acumulación de las controversias mencionadas. ¿Cómo, cuándo y dónde, en efecto, Bolivia habría consentido a que un supuesto inversionista inglés y un supuesto inversionista norteamericano presenten, sobre la base de dos tratados distintos, en un solo procedimiento y ante un solo tribunal arbitral, sus pretensiones resultantes de la nacionalización de EGSA? No sobra subrayar que motivos de oportunidad o supuesta economía procesal no pueden reemplazar la necesidad jurídica del consentimiento por parte de Bolivia a tal consolidación.

8. *En segundo lugar*, Bolivia demuestra en el presente escrito que el Tribunal Arbitral también carece de jurisdicción *ratione personae*, por varias razones, con relación Rurelec. Esta empresa, en realidad, no posee directamente una inversión en Bolivia. Como si esto fuera poco, Rurelec, además, no ha efectuado ningún aporte de capital en EGSA o en el territorio boliviano. Así las cosas, ni Rurelec es un “inversionista” ni detiene una “inversión” en Bolivia según lo dispuesto en el Tratado con el Reino Unido¹ (**Sección 3**).
9. *En tercer lugar*, Bolivia demuestra en lo que sigue que las condiciones para que puedan negarse los beneficios del Tratado con los Estados Unidos² a Guaracachi America se hallan reunidas en este caso (**Sección 4**).
10. Las tres primeras objeciones descritas más arriba son suficientes para que el Tribunal Arbitral declare su falta de jurisdicción para conocer de todas las reclamaciones formuladas por las Demandantes (esto es, incluido el reclamo por nacionalización). El hecho que dichas objeciones, de tener éxito (que lo deben tener), suponen el final de este asunto viene a reforzar la solicitud de bifurcación formulada por Bolivia en sus comunicaciones del 9 y 29 de agosto de 2012. El Tribunal, por lo tanto, deberá decidir que, a partir de este momento, el procedimiento debe ser bifurcado y que los plazos

¹ Convenio entre la República de Bolivia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital, suscrito el 24 de mayo de 1988 y vigente desde el 16 de febrero de 1990, (el “**Tratado con el Reino Unido**”), C-1.

² Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Bolivia relativo al Fomento y la Protección Recíproca de la Inversión, suscrito el 17 de abril de 1998 y vigente desde el 6 de junio de 2001 (el “**Tratado con los Estados Unidos**”), C-17.

(incluida la fecha del 5 de octubre de 2012 en la que Bolivia debería presentar su Memorial de Defensa) se deben tener por no escritos (**Sección 9**).

11. *En cuarto lugar*, las Demandantes, como también será detallado más adelante, han escogido, de forma manifiestamente tardía, introducir por primera vez nuevos reclamos (relativos a la supuesta violación de los Tratados en relación con (i) los precios *spot* de la electricidad, (ii) la remuneración por potencia o capacidad y (iii) los dos motores *Worthington*) (conjuntamente los “**Nuevos Reclamos**”) en su Memorial de Demanda. Este segundo abuso del proceso es contrario al texto claro de los Tratados y la jurisprudencia arbitral más reciente. Las Demandantes, en particular, nunca notificaron a Bolivia, antes de presentar su Notificación de Arbitraje y en violación de lo previsto sin ambigüedad en los Tratados, la existencia de dichos Nuevos Reclamos. Con relación a dichos Reclamos, por consiguiente, no pudo correr el período de “*cooling-off*” establecido en los Tratados para que (i) el Estado pueda, de ser el caso y contando con la intervención de todas las instancias de la Administración Pública implicadas, corregir su conducta y/o (ii) las partes puedan negociar un arreglo amistoso de su desavenencia. El Tribunal Arbitral, en definitiva, carece de jurisdicción sobre dichos Nuevos Reclamos al no reunir las condiciones que exigen los Tratados (**Sección 5**).

12. *En quinto lugar*, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre los Nuevos Reclamos mencionados más arriba. Dichos reclamos, en definitiva, pretenden que el Tribunal Arbitral revise el sistema de cálculo de ciertos precios establecidos en regulaciones técnicas emitidas por las autoridades competentes del sector eléctrico en Bolivia y resuelva una disputa puramente comercial entre dos sociedades bolivianas. Con ello, las Demandantes pretenden que este Tribunal Arbitral se convierta en el máximo regulador del sector eléctrico en Bolivia e, incluso, en jurisdicción contencioso-administrativa de revisión de las actuaciones de la Corte Suprema de Justicia. Las mismas Demandantes han reconocido mediante su conducta que el foro competente para conocer de dichos reclamos bajo el Derecho boliviano son las cortes bolivianas. A pesar de ello, las Demandantes intentan disfrazar pretensiones de Derecho boliviano en “*treaty claims*” para evitar, sin razones, la justicia boliviana y ganar acceso a este Tribunal Arbitral internacional. La jurisprudencia arbitral más reciente ha dejado muy en claro que estrategias parecidas de supuestos inversionistas son inaceptables (**Sección 6**).

13. El recurso intentado por las Demandantes ante las cortes bolivianas respecto del reclamo relacionado con la remuneración por potencia o capacidad mencionado tiene, *en sexto lugar*, una consecuencia jurídica adicional bajo el Tratado con los Estados Unidos. Dicho Tratado, en efecto, comprende una disposición de “*fork in the road*” o “elección de vía”. Su aplicación supone que, al haber llevado este Nuevo Reclamo ante las cortes bolivianas, Guaracachi America ha perdido la facultad jurídica de presentar el mismo reclamo a este Tribunal Arbitral (**Sección 7**).
14. Por todas las razones descritas más arriba, el Tribunal Arbitral, luego de bifurcar verdaderamente el procedimiento (**Sección 9**), deberá declarar que carece de jurisdicción para conocer de este asunto y condenar a las Demandantes a soportar todas las costas causadas por el mismo (**Sección 10**).
15. Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral retuviera, parcial o totalmente, jurisdicción sobre este asunto, es absolutamente claro en los hechos de este caso que, en cuanto a los Nuevos Reclamos relativos al precio *spot* y los motores *Worthington*, no se ha formado ningún hecho ilícito (o delito) internacional. Es por ello que Bolivia, de manera subsidiaria, solicita que el Tribunal Arbitral declare inadmisibles estos dos reclamos (**Sección 8**).

2. BOLIVIA NO HA DADO SU CONSENTIMIENTO AL PRESENTE ARBITRAJE

16. Bolivia no ha dado su consentimiento para que inversionistas norteamericanos y del Reino Unido sometan sus respectivas disputas con el Estado, bajo el Tratado con los Estados Unidos y el Tratado con el Reino Unido, respectivamente, en un mismo y único procedimiento arbitral y ante un solo tribunal arbitral.
17. A título preliminar, conviene recordar que las Demandantes tienen la carga de la prueba en cuanto a la jurisdicción³. Corresponde a las Demandantes probar con suficiente certeza (y no a Bolivia demostrar lo contrario) que todas y cada una de las condiciones para la jurisdicción del Tribunal Arbitral, entre las que destaca el consentimiento de las Partes, se encuentran reunidas. La falta de prueba conlleva necesariamente la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral. En efecto:

³ Ver Sección 3.1.1 *infra*.

La carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre un demandante determinado que la invoque contra un demandado determinado. Cuando el demandante no logre probar el consentimiento con suficiente certeza, la competencia será rechazada⁴.

18. En este caso, las Demandantes no han probado el supuesto consentimiento de Bolivia para la consolidación o acumulación de acciones distintas, de partes distintas y bajo tratados distintos en un único procedimiento de arbitraje y ante un solo tribunal arbitral.
19. Es significativo que, tras haber reconocido la existencia de dos disputas bajo tratados diferentes (como muestra el hecho que cada Demandante haya notificado por separado a Bolivia la existencia de su disputa relativa a la nacionalización⁵), las Demandantes han decidido ignorar el necesario consentimiento de Bolivia a la acumulación de esas disputas. Es un hecho que, ya sea en la Notificación de Arbitraje o el Memorial de Demanda, las Demandantes no mencionan cuál sería la base del supuesto consentimiento de Bolivia para la acumulación.
20. Los únicos instrumentos que invocan las Demandantes como base del consentimiento de Bolivia a este arbitraje son los artículos IX del Tratado con los Estados Unidos y VIII del Tratado con el Reino Unido⁶. Sin embargo, ninguno de ellos contiene el consentimiento de Bolivia para resolver *conjuntamente* disputas con inversionistas de otra nacionalidad y bajo un tratado distinto.
21. A diferencia de los Tratados con el Reino Unido y los Estados Unidos (conjuntamente los “**Tratados**”), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“**TLCAN**”) prevé el establecimiento de un tribunal especial para decidir sobre la solicitud de acumulación de procedimientos⁷. La existencia de esta disposición expresa en el

⁴ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina*, (Caso CNUDMI, CPA No. 2010-9), decisión sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 280, **RL-29**.

⁵ Notificación de Disputa de Guaracachi America, Inc. (“**Guaracachi America**”) al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, pág. 3 (“*Como resultado de las medidas implementadas por el Gobierno, ha surgido una controversia entre Bolivia y Guaracachi America con respecto a las inversiones de esta última en Bolivia, en los términos establecidos en el artículo IX del Tratado [con los Estados Unidos]*”), **C-39**; y Notificación de Disputa de Rurelec Plc. al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, pág. 3 (“*Como resultado de las medidas implementadas por el Gobierno, ha surgido una controversia entre Bolivia y Rurelec con respecto a las inversiones de esta última en Bolivia, en los términos establecidos en el artículo VIII del Tratado [con el Reino Unido]*”), **C-40**.

⁶ Notificación de Arbitraje, párrs. 57-63; y Memorial de Demanda, párrs. 135-141.

⁷ Artículo 1126 del TLCAN: “*Artículo 1126: Acumulación de procedimientos. 1. Un tribunal establecido conforme a este artículo se instalará con apego a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y*

TLCAN constituye el consentimiento a la acumulación de procedimientos por orden de dicho tribunal especial.

22. Es oportuno notar, *ex abundante cautela*, que el Reglamento tampoco contiene disposición alguna que constituya la aceptación de Bolivia para someter dos disputas distintas, con partes distintas y basadas en tratados distintos, a un mismo arbitraje.
23. Como reconocen los tribunales internacionales, “*el consentimiento de un Estado al arbitraje no se presumirá en el caso de ambigüedad. El consentimiento a la competencia de un organismo judicial o cuasi-judicial en virtud del derecho internacional se demuestra o no de conformidad con las normas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados*”⁸ (como aquellas recogidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**CVDT**”)).
24. La doctrina internacional también reconoce, como afirma el Prof. Schreuer, que “*in the absence of an express provision in the relevant treaty – consolidation requires the consent of the parties and this cannot always be easily achieved”⁹. Del mismo modo, la doctrina en materia de arbitraje CNUDMI afirma que bajo el Reglamento, en su versión de 1976 (que no ha sido modificada respecto a la consolidación) “*consolidation is possible only where the parties specifically agree*”¹⁰.*
25. Por ejemplo, la consolidación de los casos iniciados por *Pan American Energy* y *BP Argentina Exploration Company* contra la República Argentina solamente fue posible

*procederá de conformidad con lo contemplado en dichas Reglas, salvo lo que disponga esta sección. 2. Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las Partes contendientes, podrá ordenar que: (a) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta; o (b) asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras. [...]”, **R-1**.*

⁸ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. República Argentina*, (Caso CNUDMI, CPA No. 2010-9), decisión sobre jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 280 (el resaltado es nuestro), **RL-29**.

⁹ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, 2ª ed., pág. 386, párr. 131 (el resaltado es nuestro), **RL-30**.

¹⁰ J. Paulsson and G. Petrochilos, *REVISION OF THE UNICITRAL ARBITRATION RULES*, pág. 68, <http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf> (consultado el 13 de agosto de 2012), **RL-31**.

porque existió un acuerdo expreso de las partes al respecto. Al presentar su solicitud de arbitraje, el grupo BP pidió expresamente que su solicitud fuera considerada conjuntamente con la solicitud de arbitraje presentada anteriormente por Pan American. En su decisión sobre las excepciones preliminares, el tribunal resaltó que:

Mediante cartas de fecha 17 y 18 de marzo de 2004, el Demandado y los Primeros y los Segundos Demandantes (en adelante denominados en forma colectiva "las Demandantes") conviniéron que el Tribunal debería estar constituido por los mismos miembros que integraron el Tribunal en el caso del CIADI No. ARB/03/13 y que ambos casos, es decir, los casos del CIADI No. ARB/03/13 y No. ARB/04/8 deberían consolidarse¹¹.

26. De forma similar, en el caso *CME c. República Checa*, los inversionistas solicitaron al Estado la consolidación de los reclamos presentados por CME (con base en el tratado con los Países Bajos) y su accionista principal (un nacional estadounidense, actuando bajo el tratado con los Estados Unidos). Ante la falta de consentimiento de la República Checa, sin embargo, no fue posible la acumulación de acciones:

The Czech Republic did not agree to consolidate the Treaty proceedings, a request raised by the Claimant (again) during these arbitration proceedings. The Czech Republic asserted the right to have each action determined independently and promptly. This has the consequence that there will be two awards on the same subject which may be consistent with each other or may differ¹².

27. No cabe duda, por lo tanto, que, para que este Tribunal Arbitral pueda afirmar su jurisdicción, debe existir un consentimiento *expreso* de Bolivia a la acumulación o consolidación de acciones de Guaracachi America y Rurelec.
28. Las Demandantes ni siquiera solicitaron a Bolivia (como sí hicieron los inversionistas en los casos mencionados) su acuerdo para la acumulación de reclamos bajo los Tratados en un solo procedimiento. Las Demandantes decidieron simplemente forzar una consolidación *de facto* ignorando el requisito del consentimiento de Bolivia.
29. Por último, las disposiciones para el arreglo de disputas entre inversionista y Estado en los dos Tratados son, por ejemplo, incompatibles. Bajo el Tratado con los Estados

¹¹ *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/13), decisión sobre las excepciones preliminares del 27 de julio de 2006, párr. 4 (el resaltado es nuestro), **RL-32**.

¹² *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, (Caso CNUDMI), laudo parcial del 13 de septiembre 2001, párr. 412, **RL-33**.

Unidos, únicamente el nacional o la sociedad que sea parte en una diferencia con el Estado puede someterla a arbitraje internacional¹³. Bajo el Tratado con el Reino Unido, las diferencias serán sometidas a arbitraje internacional “*si así lo deseara cualquiera de las Partes en la diferencia*”¹⁴. Por lo tanto, Bolivia podría plantear reclamos reconventionales contra inversionistas del Reino Unido bajo el Tratado con el Reino Unido, mientras que dicha posibilidad no le es permitida expresamente por el Tratado con los Estados Unidos.

30. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral deberá declarar que carece de jurisdicción *ratione voluntatis* para decidir sobre los reclamos presentados conjuntamente por las Demandantes y ordenarles compensar integralmente a Bolivia por todos los gastos ocasionados por su defensa en este arbitraje.

3. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TIENE JURISDICCIÓN RATIONE PERSONAE SOBRE LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR RURELEC BAJO EL TRATADO CON EL REINO UNIDO

31. El consentimiento escrito del Estado para someter esta diferencia a arbitraje CNUDMI, en el que basa su reclamo Rurelec, se encuentra en el artículo VIII del Tratado con el Reino Unido, según el cual:

1. [L]as diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo, serán sometidas a arbitraje internacional si así lo deseara cualquiera de las Partes en la diferencia. (El resaltado es nuestro).

32. Como se detallará a continuación, Rurelec no puede prevalecerse del consentimiento del Estado por cuanto, a pesar de ser una “*sociedad de una Parte Contratante*” (es decir, una sociedad incorporada o constituida en virtud de las leyes vigentes en el Reino

¹³ El artículo IX(2) del Tratado con los Estados Unidos dispone que “[e]l nacional o la sociedad que sea parte en una diferencia relativa a inversiones podrá someterla para su resolución a uno u otro de los procedimientos siguientes [...] el arbitraje vinculante”, **C-17**.

¹⁴ El artículo VIII(1) del Tratado con el Reino Unido dispone que “*las diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante [...] serán sometidas a arbitraje internacional si así lo deseara cualquiera de las Partes en la diferencia*”, **C-1**.

Unido)¹⁵, no tiene una diferencia con Bolivia “*en relación con una inversión*” conforme al Tratado puesto que no posee una inversión protegida bajo el Tratado. Concretamente:

- Pese a que la carga de la prueba recae sobre Rurelec, ésta no ha aportado ningún documento que pruebe la supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA en enero de 2006. Los documentos aportados por Rurelec demuestran, a lo sumo, una supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA el 29 de junio de 2009 pero sin prueba alguna del pago que hubiese realizado para tal adquisición **(3.1)**;
- Incluso si Rurelec tuviera una participación indirecta en EGSA, no es una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido **(3.2)**; y
- En todo caso, Rurelec no realizó ninguna inversión de capital dentro del territorio boliviano como requiere el Tratado con el Reino Unido **(3.3)**.

3.1 Rurelec no adquirió una participación indirecta en EGSA en enero de 2006

33. A título preliminar, conviene recordar que la carga de la prueba sobre cada una de las afirmaciones de las Demandantes y, especialmente, sobre la existencia de una “inversión” y su supuesta calidad de “inversionistas” recae, única y exclusivamente, sobre las Demandantes **(3.1.1)**.

34. Sin embargo, Rurelec no ha aportado ningún documento que pruebe su supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA por medio de una cadena de sociedades en enero 2006. Los documentos aportados por Rurelec demuestran, a lo sumo, una supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA el 29 de junio de 2009 pero sin prueba alguna del pago que habría realizado (si existe dicho pago) **(3.1.2)**.

¹⁵ El artículo I(4) del Tratado con el Reino Unido dispone que “4. *el concepto “sociedades” designa: a) en relación con el Reino Unido: corporaciones, firmas, o asociaciones incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que el presente Convenio se extienda conforme a las disposiciones del artículo 11”, C-1.*

3.1.1 Las Demandantes tienen la carga de la prueba en cuanto a cada uno de los hechos en que sustentan la jurisdicción del Tribunal Arbitral bajo los Tratados

35. Por aplicación del principio *actori incumbit probatio* y según han confirmado numerosos tribunales internacionales, quien afirma la competencia de un tribunal internacional debe demostrar que concurren los elementos que permiten afirmar tal competencia¹⁶.
36. Por ejemplo, en el caso *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, el tribunal señaló que:

*In accordance with accepted international (and general national) practice, a party bears the burden of proof in establishing the facts that he asserts. Claimant accordingly bears the burden of proving to the satisfaction of the Tribunal that [...] he belongs to the class of investors in respect of whom the Respondent has consented to ICSID jurisdiction*¹⁷.

37. La prueba de la existencia de la “inversión” y la supuesta calidad de “inversionistas” bajo los Tratados debe ser satisfecha por las Demandantes en la fase de jurisdicción. Como lo indicó un tribunal CIADI:

[i]f jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven at the jurisdictional stage. For example, in the present case, all findings of the Tribunal to the effect that there exists a protected investment must be proven, unless the question could not be ascertained at that stage, in which case it should be joined to the merits [...]

[I]f, on the contrary, the alleged facts are facts on which the jurisdiction of the tribunal rests, it seems evident that the tribunal has to decide on those facts, if

¹⁶ Por ejemplo, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania* (Caso Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) No. 80/2005), laudo final de 26 de marzo de 2008, párr. 64 (“*The burden of proof of an allegation in international arbitration rests on the party advancing the allegation, in accordance with the maxim onus probandi actori incumbit. In application of this principle, a claimant has the burden to prove that it satisfies the definition of an Investor so as to be entitled to the Part III protections and the right to arbitrate disputes in Article 26. On the same basis, the claimant would be expected to have the burden of proof that it controls, directly or indirectly, an Investment for which protection is sought*”), **RL-34**; *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), laudo del 31 de enero de 2006, párr. 71 (“*[Actori incumbit probatio] has been recognized in international law more than one century ago by arbitral tribunals. Thus in 1872, such a Tribunal stated that ‘On doit suivre comme règle générale de solution, le principe de jurisprudence consacré par la législation de tous les pays, qu’il appartient au réclamant de faire la preuve de sa prétention’*”), **RL-35**; G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Editions Bruylant – Editions de l’Université de Bruxelles, 2005, párr. 50, **RL-36**.

¹⁷ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirados Arabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7), laudo del 7 de julio de 2004, párr. 58, **RL-37**.

*contested between the parties, and cannot accept the facts as alleged by the claimant*¹⁸.

38. En este caso, Rurelec debería probar que adquirió una participación directa en EGSA antes de la disputa. Asumiendo, *quod non*, que una participación indirecta es suficiente para efectos del Tratado con el Reino Unido, Rurelec debería probar que adquirió, a través de la cadena de sociedades mencionada por las Demandantes en su Memorial¹⁹, una participación indirecta en EGSA.
39. Ante la falta de prueba sobre los elementos que configuran la jurisdicción de un tribunal CNUDMI bajo el Tratado con el Reino Unido, este Tribunal Arbitral deberá rechazar su competencia.
40. Por último, ante la posibilidad de que las Demandantes traten de eludir la carga de la prueba, conviene mencionar algo que debería ser obvio: no se puede exigir al Estado que demuestre algo que no ha ocurrido (por ejemplo, que Rurelec no ha pagado precio alguno por la adquisición de las acciones que alega). Lo contrario equivaldría a imponerle una prueba diabólica, algo que rechaza la jurisprudencia: *“la carga de la prueba no puede ser invertida al [...] obligar [al demandado] a probar el hecho negativo de la inexistencia de los contratos”*²⁰.

¹⁸ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), laudo del 15 de abril de 2009, párr. 61 y 63, **RL-38**. Igualmente, *Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/3), decisión sobre las excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del Centro del 2 de febrero de 2009, párrs. 65 y 68 (*“La manera en que un tribunal debe abordar los hechos dependerá en gran medida de la función que cumplen esos hechos y la prueba de su existencia en las diferentes etapas del procedimiento. En opinión del Tribunal, los hechos pueden cumplir tres funciones distintas: i) hechos que constituyen la base para atribuir responsabilidad; ii) hechos que constituyen la base para decidir acerca de la jurisdicción; y iii) hechos que, aunque se prueben, no pueden servir de base para decidir acerca de la jurisdicción ni de la atribución de responsabilidad. [...] [si] los hechos alegados son hechos en los que se basa la jurisdicción de un tribunal, es al parecer evidente que el tribunal debe decidir acerca de ellos, si son objeto de controversia entre las partes, y no puede aceptar los hechos según los alega la demandante. El tribunal debe tener en cuenta los hechos y su interpretación según los alega la demandante, así como también los hechos y su interpretación según los alega la demandada, y debe resolver acerca de su existencia y debida interpretación”*), **RL-39**. Igualmente, ver *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26), laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 155, **RL-40**.

¹⁹ Memorial de Demanda, párrs. 67 y 131.

²⁰ *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. la República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/05/21), laudo sobre la declinación de competencia y admisibilidad de 29 julio de 2008, párr. 42 (traducción no oficial de “[...] la charge de

3.1.2 Los documentos aportados por Rurelec demuestran, a lo sumo, una supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA el 29 de junio de 2009

41. En su Memorial de Demanda, las Demandantes afirman que:

In December 2005, Rurelec contracted to acquire Guaracachi America for US\$41.2 million through its wholly-owned subsidiary Birdsong Overseas Limited. The transaction closed on 6 January 2006. As a result, Rurelec acquired a controlling stake of 50.001 percent in Guaracachi.

Since Rurelec's acquisition of a majority stake in Guaracachi in 2006, Guaracachi has built 185 MW of new high-efficiency power plant capacity to meet increased demand, investing approximately US\$110 million.

Prior to the expropriation of the Claimants' investments by Bolivia, Rurelec, through Guaracachi America, owned a 50.001% shareholding in Guaracachi, a company established under the laws of Bolivia. As illustrated in the diagram below, Rurelec held its 50.001% interest in Guaracachi indirectly through its 100% stake in Birdsong Overseas Limited, BIE and Guaracachi America²¹.

42. Sin embargo, Rurelec ha sido incapaz de aportar la prueba más elemental de su supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA por medio de un complejo montaje societario en enero de 2006.

43. Los únicos documentos que las Demandantes aportaron al expediente para demostrar la supuesta inversión de Rurelec²² son:

- Certificado de Constitución de Birdsong Overseas Limited, del 7 de diciembre de 2005, **C-29**;

*la preuve ne peut pas être renversée en [...] obligeant [le Défendeur] à prouver le fait négatif de l'inexistence des contrats”), **RL-41**.*

²¹ Memorial de Demanda, párrs. 67, 70 y 131.

²² Las Demandantes aportaron, además, documentos relativos a la propiedad *directa* de 50,001% de las acciones de EGSA por Guaracachi America. Dichos documentos son: Comprobante de la suscripción de 50% de las acciones de Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.M. por parte de Guaracachi America por US\$47,131 millones, del 28 de julio de 1995, **C-12**; Registro de Acciones y Certificados de Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.M., de 1995, **C-6**; Memoria Anual 2009 de EGSA, **C-36**, p. 57, que evidencia la titularidad, en nombre de Guaracachi America, de 1.679.184 acciones de un total de 3.358.284 acciones. Bolivia no está discutiendo la propiedad *directa* de 50,001% de las acciones de EGSA por Guaracachi America, sino la supuesta inversión *indirecta* de Rurelec en enero de 2006 mediante la adquisición de indirecta, por medio de dos sociedades de las Islas Vírgenes Británicas (Birdsong Overseas Limited y Bolivia Integrated Energy Limited) de una participación en Guaracachi America y, por lo tanto, en EGSA.

- Certificado de Acciones que, según lo alegado por las Demandantes, “*demuestra la titularidad, en cabeza de Rurelec, del 100% de Birdsong Overseas Limited*”, del 8 de diciembre de 2005, **C-30**;
 - Certificado de Constitución de Bolivia Integrated Energy Limited, del 22 de agosto de 2002, **C-25**;
 - Certificado de Acciones que, según lo alegado por las Demandantes, “*demuestra la titularidad, en cabeza de Birdsong Overseas Limited, del 100% de Bolivia Integrated Energy Limited*”, del 29 de junio de 2009, **C-35**;
 - Certificado de Constitución de Rurelec PLC, del 19 de julio de 2004, **C-28**; y
 - Certificado de Acciones y Registro de Acciones que, según lo alegado por las Demandantes, “*demuestra la titularidad, en cabeza de Bolivia Integrated Energy Limited, del 100% de Guaracachi America*”, del 11 de diciembre de 2003, **C-27**.
44. Los documentos aportados son claramente insuficientes para demostrar la alegada inversión de Rurelec en enero de 2006.
45. *Primero*, dichos documentos no demuestran (i) que Rurelec haya adquirido una participación indirecta en EGSA por medio de un contrato en diciembre de 2005; (ii) que Rurelec haya realizado un pago (a favor de no se sabe quién) de un monto de US\$ 41,2 millones por dicha adquisición²³; o (iii) que la operación se haya concretado el 6 de enero de 2006.
46. *Segundo*, los Registros de incorporación aportados indican la fecha y el lugar de incorporación de Rurelec, Birdsong Overseas Limited y Bolivia Integrated Energy Limited, lo que, por sí solo, no es suficiente para probar una inversión de Rurelec en EGSA.

²³ Por correo electrónico del 13 de septiembre de 2012 enviado a los abogados de Bolivia, los abogados de las Demandantes informaron que, por error, hicieron referencia en el párrafo 67 de su Memorial al monto de US\$ 41,2 millones, cuando en realidad el contrato de adquisición de acciones menciona US\$ 35 millones. Pese a esta corrección, no existe en el expediente prueba alguna del pago de un monto cualquiera. Ver Correo electrónico del 13 de septiembre de 2012, **R-2**.

47. *Tercero*, aunque los documentos aportados por las Demandantes fueran suficientes para probar la supuesta participación indirecta de Rurelec en EGSA por medio de Birdsong Overseas Limited, Bolivia Integrated Energy Limited y Guaracachi America, dicha participación indirecta sólo existió, según los documentos aportados por las Demandantes, a partir del 29 de junio de 2009, fecha del Certificado de Acciones que muestra la titularidad de Birdsong Overseas Limited de acciones en Bolivia Integrated Energy Limited.
48. Sólo el 29 de junio de 2009, en efecto, la cadena de control accionario que supuestamente liga EGSA a Rurelec habría sido establecida, y no el 6 de enero 2006 como alegan las Demandantes.
49. Dicho hecho es relevante para el caso presente. Si Rurelec sólo adquirió una participación indirecta en EGSA el 29 de junio de 2009, Rurelec no tenía ninguna participación en EGSA cuando se realizaron las principales inversiones que alega (esto es, cuando EGSA adquirió siete motores usados *Jenbacher* y una tercera turbina GE 6FA a gas, entre 2006 y 2008). Según las Demandantes, dichos hechos constituirían supuestas inversiones “*sponsored by the Claimants*”²⁴ y realizadas “*since Rurelec’s acquisition of a majority stake in Guaracachi in 2006*”²⁵. Las Demandantes simplemente no prueban que Rurelec tuviera una participación indirecta en EGSA en las fechas en que EGSA adquirió e instaló dichos equipos. Por lo tanto, Rurelec no podría haber “*sponsored*” dichas inversiones en EGSA.
50. En cualquier caso, independientemente de la fecha de la supuesta adquisición indirecta de una participación en EGSA, las Demandantes no han probado pago alguno de Rurelec.

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

51. Como las Demandantes reconocen en su Notificación de Arbitraje y Memorial de Demanda, Rurelec únicamente detendría acciones de EGSA de manera indirecta por intermedio de Birdsong Overseas Limited, Bolivia Integrated Energy Limited y

²⁴ Memorial de Demanda, párr. 71.

²⁵ Memorial de Demanda, párr. 70.

Guaracachi America²⁶. Si bien las Demandantes han evitado mencionar la nacionalidad de Birdsong Overseas Limited y Bolivia Integrated Energy Limited en sus memoriales, la documentación que han adjuntado demuestra que están constituidas bajo las leyes de las Islas Vírgenes Británicas²⁷. Esto es relevante por cuanto el Tratado con el Reino Unido no es aplicable a inversionistas indirectos ni a sociedades constituidas en las Islas Vírgenes (territorio al que no ha sido extendido de conformidad con el artículo XI del Tratado).

52. No está en disputa que Rurelec detendría únicamente una participación *indirecta* en EGSA.
53. Bolivia disputa, sin embargo, la alegación de las Demandantes de que esta supuesta inversión de Rurelec “*fall[s] within the definition of “investment” under the Treaties and [is] thus protected by the Treaties*”²⁸.
54. El Tratado con el Reino Unido, interpretado correctamente, de conformidad con la CVDT (3.2.1), protege únicamente las inversiones directas de nacionales o sociedades del Reino Unido en Bolivia (3.2.2). Por lo tanto, de ser probada, la participación *indirecta* de Rurelec en EGSA no sería una inversión protegida por el Tratado con el Reino Unido (3.2.3).

3.2.1 Principios de interpretación aplicables a la definición de “inversión” protegida por el Tratado con el Reino Unido

55. De acuerdo con el artículo 31 de la CVDT, un tratado debe ser interpretado de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. De acuerdo con el artículo 32, se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de

²⁶ Notificación de Arbitraje, párr. 25; y Memorial de Demanda, párrs. 67 y 131.

²⁷ Certificado de Incorporación de Birdsong Overseas Limited, del 7 de diciembre de 2005, C-29; y Certificado de Incorporación de Bolivia Integrated Energy Limited, del 22 de agosto de 2002, C-25.

²⁸ Memorial de Demanda, párrs. 134 y 121; y Notificación de Arbitraje, párr. 55. Como será discutido en la Sección 3.3 *infra*, Bolivia también disputa que Rurelec haya realizado “inversiones considerables” en Bolivia por medio de las sociedades que integran la cadena de control accionario que supuestamente vincula a Rurelec con EGSA.

la aplicación del artículo 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 sea claramente absurda o irrazonable.

56. La aplicación de estos principios de interpretación fue descrita por el Juez Simon en *República Checa c. European Ventures S.A.*²⁹. En el caso presente, a Bolivia le bastaría añadir lo siguiente:
57. *Primero*, el artículo 31 de la CVDT instruye al intérprete a seguir el sentido corriente de los términos de un tratado, en el contexto en que se encuentren. La referencia al “contexto” se refiere al “*context of the terms of the Treaty, i.e. the internal consistency of the text as one whole*”³⁰. Un análisis de conformidad con el artículo 31 conduce, pues, al intérprete a adoptar el sentido natural y razonable del texto del tratado, considerado como un todo³¹.
58. *Segundo*, al interpretar el Tratado con el Reino Unido, como cualquier otro tratado, “*it is generally to be assumed that the parties have included the terms which they wished to include and on which they were able to agree, omitting other terms which they did not wish to include and on which they were not able to agree*”³². Esta inferencia resulta especialmente aplicable al considerar las disposiciones detalladas contenidas en tratados bilaterales como el presente, contrariamente a tratados multilaterales que poseen un lenguaje mucho más general.
59. *Tercero*, en relación con el artículo 32 de la CVDT, la prueba de la práctica de las Partes Contratantes en materia de celebración de tratados contemporánea con la celebración del tratado a ser interpretado puede ser debidamente considerada por el tribunal como un aspecto de las circunstancias de su celebración³³.

²⁹ *República Checa c. European Media Ventures S.A.*, [2007] EWHC 2851 (Comm), [2008] 1 Lloyds Rep. 186 del 5 de diciembre de 2007, **RL-42**.

³⁰ *Hrvatska Elektroprivreda D.D. c. Eslovenia* (Caso CIADI No. ARB/05/24), decisión sobre la interpretación del tratado, opinión disidente de Jan Paulsson del 12 de junio de 2009, párr. 44, **RL-43**.

³¹ *Caso Anglo-Iranian Oil Co.* (Reino Unido c. Irán), 1952 I.C.J. Reports 93 del 22 de julio del 1952, párr. 104, **RL-44**.

³² *Brown c. Scott*, [2003] 1 AC 681 (PC), por Lord Bingham of Cornhill, pág. 703, **RL-45**.

³³ *Caso de las Plataformas de Petróleo* (Irán c. Estados Unidos), 1996 I.C.J. Reports 803, por Juez Schwebel del 12 de diciembre de 1996, **RL-46**; *República Checa c. European Media Ventures S.A.*, [2007] EWHC 2851 (Comm), [2008] 1 Lloyds Rep. 186 del 5 de diciembre de 2007, **RL-42**; *Telenor*

3.2.2 Las Partes Contratantes limitaron el ámbito de protección del Tratado con el Reino Unido a las inversiones directas en el territorio de una Parte Contratante por un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante

60. Las Demandantes eluden las diferencias esenciales en la redacción del Tratado con los Estados Unidos y del Tratado con el Reino Unido con el objetivo de ampliar de manera inapropiada el ámbito de protección de este último.
61. En efecto, las Demandantes afirman que la definición de “*inversión*” en el Tratado con el Reino Unido usa “*términos similarmente amplios*” a los empleados en la definición contenida en el Tratado con los Estados Unidos³⁴. Esta afirmación ignora los términos del Tratado con el Reino Unido.
62. El Tratado con los Estados Unidos contiene, es cierto, una definición amplia de inversión. Dicha definición incluye “*cualquier tipo de inversión que posea o controle directa o indirectamente ese nacional o sociedad*”³⁵ del otro Estado Contratante. Estos términos, sin embargo, no se encuentran en el Tratado con el Reino Unido.
63. El artículo I (1) de dicho Tratado define “*inversión*” sin hacer referencia a la forma de posesión o propiedad de la inversión por los nacionales o sociedades de las Partes Contratantes. Ese artículo no define la relación que debe existir entre la “*inversión*” y la “*sociedad*” de la Parte Contratante que permitiría calificar a esta última de “*inversionista*” protegido bajo el Tratado.
64. Tampoco el artículo I(1) del Tratado con el Reino Unido menciona el concepto de control (es de notar que la noción de “*control*” no aparece en ninguna disposición del Tratado).

Mobile Communications c. Hungría (Caso ICSID ARB/04/15), laudo del 13 de septiembre de 2006, párr. 95, **RL-47**; *Mafezzini c. España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), decisión sobre objeciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrs. 58-61, **RL-48**; *República del Ecuador c. Occidental Exploration & Production Co.*, [2006] EWHC 345 (Comm), decisión del 2 de marzo de 2006 párrs. 100-101, **RL-50**.

³⁴ Memorial de Demanda, párr. 130.

³⁵ Artículo I (4) del Tratado con los Estados Unidos: “*Por “inversión” de un nacional o sociedad, cualquier tipo de inversión que posea o controle directa o indirectamente ese nacional o sociedad, lo que comprende las inversiones que adopten las siguientes formas o consistan en ellas: [...]*”, **C-17**.

65. El artículo (I)(4)(a) del Tratado con el Reino Unido contiene, por su parte, la definición de “sociedades” en relación con el Reino Unido. Dicho artículo prevé que, para los fines de este Tratado, una sociedad del Reino Unido es una sociedad (i) incorporada en dicho territorio o (ii) en un territorio del que el Reino Unido es responsable de las relaciones internacionales siempre y cuando el Tratado haya sido extendido expresamente a dicho territorio de conformidad con el artículo XI del Tratado. Este artículo, sin embargo, no hace referencia alguna a sociedades incorporadas en Bolivia o en terceros países que sean controladas “directa o indirectamente” por sociedades en el Reino Unido. Por lo tanto, una sociedad incorporada en Bolivia o en un tercer país (como, por ejemplo, los Estados Unidos), así sea propiedad de o controlada directa o indirectamente por sociedades del Reino Unido, no podrá ser considerada como una “sociedad” del Reino Unido para efectos del Tratado.
66. Por otra parte, los artículos II a V del Tratado con el Reino Unido determinan, de manera consistente, que las inversiones bajo el Tratado tienen que ser “de” nacionales o sociedades de cada Parte Contratante para poder ser protegidas por el Tratado. El uso de esa preposición implica una relación de posesión o pertenencia entre la “inversión” en el territorio de la Parte Contratante y el nacional o la sociedad de la otra Parte Contratante que pretende calificar como “inversionista”.
67. En efecto, el término “de”, conforme lo define el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Española, es una preposición que denota los conceptos de “posesión” o “pertenencia”³⁶, los cuales se definen como el “acto de poseer o tener una cosa”³⁷ y “la relación de una cosa con quien tiene derecho a ella”³⁸. El sentido corriente y natural de los términos “posesión” y “pertenencia” denotan por lo tanto el vínculo directo entre el objeto y aquél que lo posee o detiene un derecho sobre el mismo.

³⁶ “De – adj. Denota posesión o pertenencia. La casa de mi padre. La paciencia de Job”, Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, 22º ed., **RL-50**.

³⁷ “Posesión. (Del lat. *possessio*, -ōnis). I. f. Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro”, Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, 22º ed., **RL-50**.

³⁸ “Pertenencia. (Del b. lat. *pertinentia*). I. f. Relación de una cosa con quien tiene derecho a ella”, Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, 22º ed., **RL-50**.

68. La misma idea es transmitida por la versión inglesa del Tratado que, al referirse a la relación entre “sociedades” e “inversiones”, emplea la preposición “of”, la cual, como su equivalente castellano, denota una relación de propiedad: “*an association between two entities, typically one of belonging, in which the first is the head of the phrase and the second is something associated with it*”³⁹.
69. Cualquier duda que pudiera permanecer queda despejada por el artículo V (2) del Tratado con el Reino Unido el cual emplea el verbo transitivo directo “*tener*” y el adjetivo “*propietario*” con relación a acciones de una sociedad local, sin calificar dichos términos con el adverbio o adjetivo “indirecto”. Según dicha disposición:

En el caso de que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en las que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tengan acciones, la misma asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el párrafo (1) de este Artículo, en lo que respecta a garantizar la puntual, adecuada y efectiva compensación en lo referente a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones”. (El resaltado es nuestro)

70. El sentido corriente del verbo “*tener*” en español es sinónimo de poseer y el adjetivo “*propietario*” se define como aquel “*que tiene derecho de propiedad sobre algo*”⁴⁰. En la versión en inglés del Tratado, los términos correspondientes son “*own*” and “*owner*”. En inglés, “*owner*” es “*one who has the right to possess, use, and convey something*”⁴¹. En el contexto en que son usados, dichos términos denotan titularidad, propiedad o el derecho legal de poseer las acciones sin ninguna calificación.
71. El Tratado con el Reino Unido no se refiere a una tenencia “directa o indirecta”. La presencia de una referencia a tenencia “directa o indirecta” de inversiones tiene un carácter modificadorio del sentido corriente del término “tenencia” que crea la

³⁹ “‘Of’ – indicating an association between two entities, typically one of belonging, in which the first is the head of the phrase and the second is associated with it,’ *Oxford Dictionaries* en [www.oxforddictionaries.com], **RL-51**.

⁴⁰ “*Propietario, ria. (Del lat. proprietarius). 1. adj. Que tiene derecho de propiedad sobre algo, y especialmente sobre bienes inmuebles*”, Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, 22º ed., **RL-50**. “‘Propiedad’ – f. Derecho o facultad de poseer algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”, Real Academia Española, Diccionario de Lengua Española, 22º ed., **RL-50**.

⁴¹ “Owner,” Garner, Bryan A. [2004], *Black’s Law Dictionary – Eighth Edition*, West Publishing Co., pág. 1137, **RL-52**.

posibilidad de que el tratado se extienda a una nueva clase de nacionales o sociedades que detienen inversiones.

72. La jurisprudencia internacional confirma que la expresión “directa o indirectamente” tiene dicho efecto modificadorio. Así, en *Anglo Iranian Oil*, el Juez Read consideró el significado y alcance de una declaración por parte de Irán para aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte “[...] with regard to situations or facts relating directly or indirectly to the application of the treaties or conventions accepted by Persia”⁴². En cuanto al significado de las palabras “directa o indirectamente”, explicó:

*[T]here can be no real doubt as to what the draftsman had in mind when he deliberately interpolated the expression “directly or indirectly” in the middle of the text. He certainly meant to ensure that the scope of the Declaration should be broadened so as to cover disputes and facts having an indirect relationship with the treaties or conventions in question*⁴³.

73. Luego, el Juez Read añadió:

*If the words “directly or indirectly” had been omitted from the declaration, it would have been possible to assume that the jurisdiction was restricted to facts which related directly to treaties or conventions accepted by Persia*⁴⁴.

74. En el caso del Tratado entre Bolivia y el Reino Unido, la ausencia de esta frase produce exactamente el mismo resultado. Si hubieran querido extender el ámbito del Tratado a inversiones indirectas de nacionales o sociedades de una Parte Contratante, las Partes Contratantes habrían usado la frase citada. No lo hicieron.

75. La jurisprudencia arbitral también ha confirmado que, ante la falta de referencia al “control directo o indirecto”, la inversión debe ser directa por el inversionista que actúa como demandante. En *Aguas del Tunari*, por ejemplo, el tribunal explicó que la frase “directa o indirectamente” produce el efecto modificadorio señalado:

El hecho de que una entidad esté controlada directamente implica inexistencia de un intermediario entre las dos entidades, en tanto que el hecho de que una entidad esté controlada indirectamente implica que entre las dos existe por lo menos una entidad intermediaria.

⁴² Caso *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, 1952, C.I.J. Reports 93 del 22 de julio de 1952, pag.113-114, **RL-44**.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

El Tribunal comparte la opinión del Demandante. La frase “directa o indirectamente”, al modificar el término “controladas”, crea la posibilidad de que exista simultáneamente un controlador directo y uno o más controladores indirectos. El TBI no limita la categoría de demandantes legitimados exclusivamente al que ejerce el control final⁴⁵.

76. El no incluir una referencia a detención “directa o indirecta” de inversiones fue una decisión de las Partes Contratantes que debe producir efectos jurídicos. De lo contrario, no habría necesidad de incluir la referencia a la detención “directa o indirecta” de inversiones en tratados para extender su ámbito de protección y dicha frase quedaría desprovista de todo *effet utile*, lo que es contrario a la interpretación de buena fe de los tratados. Como explica el Prof. Zachary Douglas:

Investment treaties generally either permit the claimant to exercise control over its investment directly or indirectly, or are silent on the question. The principle verba aliquid operari debent as a canon of treaty interpretation requires that effect be given to the expansive terms ‘directly and indirectly’ so that treaties with this stipulation can be meaningfully distinguished from treaties without it. The reference to ‘direct or indirect control’ extends the tribunal’s ratione personae jurisdiction to claimants who exercise indirect control by holding their investment through intermediate companies, with or without the nationality of the claimant and thus the relevant contracting state party. [...]

In contrast, a great number of investment treaties do not contain a provision of the type under consideration and hence there must be a concomitant limitation upon the tribunal’s jurisdiction ratione personae: the claimant must exercise effective control directly over the investment⁴⁶.

77. La práctica de Bolivia en materia de celebración de tratados de inversión también demuestra que Bolivia estableció muy claramente la distinción entre tratados que incluían la referencia a la detención o control “directa o indirectamente” de la inversión y tratados, como con el Reino Unido, que guardan silencio al respecto.
78. Bolivia ha negociado 22 tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, de los cuales 18 se encuentran en vigor⁴⁷. De estos 22 tratados, 13 contienen la

⁴⁵ *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción del 21 de octubre de 2005, párrs. 236 y 237 (el resaltado es nuestro), **RL-28**.

⁴⁶ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párrs. 578-580 (el resaltado es nuestro), **RL-21**.

⁴⁷ De acuerdo con el listado publicado por el sitio de web de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“CNUCED/UNCTAD”): (<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>), **R-3**. Los tratados negociados y

expresión “directa o indirectamente”, extendiendo su ámbito de protección a inversiones indirectas, mientras que 8 tratados no contienen dicha frase⁴⁸. En el primer grupo de tratados, la expresión “directa o indirectamente” es utilizada para calificar la definición de “inversión” o la definición de “sociedad” protegida bajo el tratado. Esto produce, en la práctica, el mismo resultado, es decir, la extensión de la protección del tratado a inversiones indirectas.

79. La práctica de Bolivia en materia de celebración de tratados bilaterales de inversión contemporánea con la celebración del Tratado con el Reino Unido demuestra que Bolivia acostumbraba a distinguir entre tratados con la expresión “directa o indirectamente” y tratados sin ella. Así, antes del Tratado con el Reino Unido, Bolivia ya había celebrado dos tratados (con Alemania y Suiza) en 1987. Al igual que en el caso del Tratado con el Reino Unido, el tratado con Alemania no contiene la frase “directa o indirectamente”. En cambio, el tratado con Suiza sí incluye dicha frase en la definición de sociedades suizas protegidas. El artículo 1(b)(aa) de dicho tratado dispone que:

(b) El término “sociedad” significa:

*(aa) con respecto a la Confederación Suiza, las personas jurídicas o sociedades de personas sin personalidad jurídica, pero capaces de tener un patrimonio, en el que existe, directa o indirectamente, un interés suizo preponderante*⁴⁹.

80. Así las cosas, en 1987, Bolivia ya había aceptado expresamente proteger las inversiones en su territorio de sociedades incorporadas en cualquier territorio pero cuyo patrimonio tuviese, indirectamente, un interés suizo preponderante. Por consiguiente, al no haber

celebrados con Uruguay (2000), Venezuela (2000), Costa Rica (2002) y con Paraguay (2001) no están todavía en vigor.

⁴⁸ Tratados celebrados por Bolivia que comprendan la frase “directa o indirectamente” o su equivalente: EEUU (1998), **C-17** y Suiza (1987), Francia (1989), Bélgica – Luxemburgo (1990), Suecia (1990), Italia (1992), Países Bajos (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Chile (1994), Cuba (1995), Austria (1997), Uruguay (2000), Venezuela (2000), **R-4** a **R-16**. Tratados celebrados por Bolivia que no contienen la frase “directa o indirectamente”: Reino Unido (1988), **C-1** y Alemania (1987), China (1992), Ecuador (1995), Corea (1996), España (2001), Costa Rica (2002), **R-17** a **R-22**. El texto del tratado celebrado con Dinamarca no está disponible en el sitio de la CNUCED/UNCTAD.

⁴⁹ Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991 (Traducción no oficial del original en francés: “(b) On entend par «sociétés»: (aa) en ce qui concerne la Confédération suisse, les personnes morales ou sociétés de personnes sans personnalité juridique mais capables de posséder un patrimoine, dans lesquelles existe, directement ou indirectement, un intérêt suisse prépondérant”), **R-4**.

hecho, un año después, referencia a dicha extensión en el Tratado con el Reino Unido, la posibilidad de proteger inversiones de sociedades incorporadas en terceros países (pero detentadas o controladas indirectamente por un interés británico) o inversiones indirectas de sociedades incorporadas en el Reino Unido quedó excluida de la protección del Tratado con el Reino Unido.

81. Después de haber celebrado el Tratado con el Reino Unido, Bolivia siguió distinguiendo entre tratados que incluyen la referencia a la detención o control “directa o indirectamente” de la inversión y tratados que omiten dicha frase. Así, por ejemplo, en el tratado celebrado con Francia en 1989, es decir, un año después del Tratado con el Reino Unido, Bolivia y Francia incluyeron la referencia expresa a participaciones, aunque minoritarias o indirectas, en sociedades locales como inversión protegida por el tratado⁵⁰ y también utilizaron la expresión “directa o indirectamente” para calificar la definición de “sociedad” protegida bajo el tratado⁵¹. Por lo tanto, siempre que Bolivia aceptó proteger inversiones indirectas, lo hizo de manera expresa añadiendo los términos correspondientes en los tratados que celebró. Este no es el caso del Tratado con el Reino Unido.

⁵⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 25 de octubre de 1989 y en vigor desde el 12 de octubre de 1996 (artículo 1(1)(b): “*El término “inversión” designa los activos como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza, y de manera particular aunque no exclusiva: [...] (b) Les acciones, premios de emisión y otras formas de participación, aunque minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes*”. Traducción no oficial del original en francés: “*Le terme « investissement » désigne les avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toute natures, et plus particulièrement mais non exclusivement [...] (b) Les actions, primes d’émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l’une des Parties Contractantes*”), **R-5**.

⁵¹ *Id.*, (artículo 1(3) “*El término “sociedades” designa toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes contratantes, de conformidad con la legislación de dicha Parte y que posee la sede en el territorio de dicha Parte, o controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes contratantes, o por personas jurídicas que poseen la sede en el territorio de una de las Partes contratantes y que son constituidas de conformidad con la legislación de dicha Parte*”. Traducción no oficial del original en francés: “*Le terme « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l’une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directe ou indirectement par des nationaux de l’une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l’une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci*”).

3.2.3 Rurelec no posee una inversión protegida por el Tratado con el Reino Unido

82. Como las Demandantes reconocen en su Notificación de Arbitraje y Memorial de Demanda, Rurelec únicamente detiene acciones de EGSA “*de manera indirecta*” por intermedio de otras tres sociedades interpuestas, entidades legales independientes, incorporadas en las Islas Vírgenes Británicas y los Estados Unidos⁵².

83. Por las razones señaladas más arriba, Rurelec no posee una inversión en el territorio de Bolivia de conformidad con el sentido de ese término bajo el Tratado con el Reino Unido. En consecuencia, las disposiciones del Tratado no se aplican a Rurelec y el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción *ratione personae* sobre los reclamos planteados por ésta.

3.3 En cualquier caso, Rurelec no realizó ninguna inversión de capital dentro del territorio boliviano como requiere el Tratado con el Reino Unido

84. El texto del Tratado con el Reino Unido limita las inversiones susceptibles de ser protegidas a las inversiones de capital dentro del territorio boliviano (3.3.1). Rurelec no realizó ninguna inversión de capital dentro del territorio boliviano de conformidad con el Tratado (3.3.2).

3.3.1 El Tratado con el Reino Unido limita las inversiones susceptibles de ser protegidas a las inversiones de capital dentro del territorio boliviano

85. El Tratado con el Reino Unido limita su protección a las “*inversiones de capital*” realizadas “*en el territorio*” de las Partes Contratantes. En efecto, el artículo I (Definiciones), al definir la noción de “*inversión*”, establece que será “*toda clase de bienes capaces de producir rentas*”, añadiendo un listado de activos que están comprendidos en esta definición general:

Para los fines del presente Convenio:

1. [E]l concepto “inversiones” significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende:

a) bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;

⁵² Notificación de Arbitraje, párr. 25; y Memorial de Demanda, párr. 67.

b) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades;

c) derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico;

d) derechos de propiedad intelectual y goodwill;

e) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivación, extracción o explotación de recursos naturales. (El resaltado es nuestro)

86. El párrafo 2, a su vez, define el concepto de “rentas” “para los fines del presente Convenio”. Según dicho párrafo:

2. El concepto de “rentas” designa las cantidades que corresponde [sic.] a una inversión de capital y en particular, aunque no exclusivamente, comprende beneficios, intereses, ganancias de capital, dividendos, cánones y honorarios. (El resaltado es nuestro)

87. Cada vez que el Tratado con el Reino Unido emplea el término “rentas”, dicho término debe ser entendido de conformidad con la definición prevista en el párrafo 2 del artículo I arriba citada.

88. Una lectura armónica de estos párrafos indica, sin ambages, que *el concepto “inversiones” significa toda clase de bienes capaces de producir rentas [es decir] las cantidades que corresponde[n] a una inversión de capital.*

89. El concepto de “inversión” según el Tratado con el Reino Unido requiere, por lo tanto, que se realice una “inversión de capital” (la acción de invertir) por medio de los bienes o derechos enumerados en el listado del párrafo 1 del artículo I (es decir, los objetos invertidos).

90. Dicha definición sería tautológica si el Tratado no estuviese refiriéndose a “inversión de capital” como una noción distinta del mero listado de bienes y derechos del párrafo 1 de artículo I. El Tratado, sin embargo, no define la noción de “inversión de capital”.

91. En casos similares, tribunales arbitrales reconocen que existe una noción objetiva de “inversión” “*that embodies specific criteria corresponding to the ordinary meaning of*

the term ‘investment’”⁵³. Ese entendimiento es explicado claramente por el tribunal del caso *Romak* que, actuando bajo este Reglamento, dispuso:

*The term “investment” has a meaning in itself that cannot be ignored when considering the list contained in Article 1(2) of the BIT*⁵⁴.

92. Más adelante, dicho tribunal explicó que el sentido inherente (“*the meaning in itself*”) del término “inversión” es:

The point of departure for the Arbitral Tribunal remains the ordinary meaning of the term “investment” [...], which entails expenditure or contribution, as well as the purpose of obtaining an economic benefit the existence and extent of which is, by definition, uncertain [...].

The Arbitral Tribunal therefore considers that the term “investments” under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk. [...] By their nature, asset types enumerated in the BIT’s non-exhaustive list may exhibit these hallmarks. But if an asset does not correspond to the inherent definition of “investment,” the fact that it falls within one of the categories listed in Article 1 does not transform it into an “investment.” In the general formulation of the tribunal in Azinian, “labeling... is no substitute for analysis”⁵⁵.

93. El análisis del tribunal *Romak* fue confirmado por otros tribunales posteriores, los cuales, de forma unánime, aceptaron que una de las características del sentido inherente del término “inversión” es inexorablemente una la existencia de “contribución” o “aporte” de capital⁵⁶.

94. La doctrina internacional también señala que:

Given that the stated objective of investment treaties is to stimulate flows of private capital into the economies of the contracting states, the claimant must

⁵³ *Saba Fakes c. Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), laudo del 14 de julio de 2010, párr. 110, **RL-53**.

⁵⁴ *Romak S.A. c. Uzbekistán* (Caso CNUDMI - PCA No. AA280), laudo del 26 de noviembre de 2009, párr. 180, **RL-54**.

⁵⁵ *Id.*, párrs. 206-207.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/08/16), laudo del 31 de marzo de 2011, párr. 141, **RL-55** y *Alps Finance and Trade AG c. Eslovaquia*, (Caso CNUDMI), laudo del 5 de marzo de 2011, párrs. 238 y 240 (“*the BIT definition of investment is not an entirely self-standing concept, but refers to a more general concept given by international law rules*”), **RL-56**.

*have contributed to this objective in order to attain the rights created by the investment treaty. This contribution must be clearly ascertained by the tribunal if its existence is challenged by the host state; for otherwise the procedural privilege conferred by the investment treaty might be utilized by a claimant who has not fulfilled its side of the bargain*⁵⁷.

95. Existe, por lo tanto, consenso en torno al requisito de un aporte en dinero o en otros valores económicos para que una inversión pueda ser protegida como tal por el Tratado con el Reino Unido.
96. Respaldada por la vasta jurisprudencia arbitral en la materia⁵⁸ y la doctrina, Bolivia sostiene que las “inversiones de capital” protegidas bajo el Tratado con el Reino Unido requieren una “contribución” o un “aporte” por parte del supuesto inversionista, en este caso Rurelec.
97. Ello significa que si, *par impossible*, la participación indirecta de Rurelec en EGSA pudiese ser calificada como una “inversión” (lo que es imposible, puesto que el Tratado con el Reino Unido no protege inversiones indirectas), Rurelec debe demostrar también, de conformidad con el artículo I(1) de dicho Tratado, que su participación en esta empresa resulta de un aporte en dinero u otros valores económicos en el territorio de Bolivia⁵⁹.

⁵⁷ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press (2009), págs. 161-163, **RL-57**.

⁵⁸ Además de los casos citados más arriba, existe una vasta jurisprudencia sobre la noción de inversión que confirma que dicha noción requiere, entre otros elementos, una contribución o un aporte. Ver, por ejemplo: *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. c. Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/4), decisión sobre la jurisdicción del 23 de julio de 2001, párr. 52: (“[T]he doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [...]”), **RL-58**; *Jan de Nul N.V. & Dredging National N.V. c. República de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13), decisión sobre jurisdicción del 16 de junio de 2006, párr. 91: (“The ICSID Convention contains no definition of the term “investment”. The Tribunal concurs with ICSID precedents which, subject to minor variations, have relied on the so-called “Salini test”. Such test identifies the following elements as indicative of an “investment” for purposes of the ICSID Convention: (i) a contribution [...]”), **RL-12**; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), laudo del 15 de abril de 2009, párr. 114: (“To summarize all the requirements for an investment to benefit from the international protection of ICSID, the Tribunal considers that the following six elements have to be taken into account: 1 – a contribution in money or other assets [...]”), **RL-38**.

⁵⁹ Z. Douglas considera, por su parte, que la presencia de ciertos criterios económicos objetivos son igualmente necesarios de conformidad con los tratados de inversión. Según dicho autor, los criterios económicos deben existir junto con los criterios jurídicos relativos a la definición de la inversión en el tratado: “[...] an investment, in order to qualify for investment treaty protection, must incorporate certain legal and economic characteristics. The economic characteristics derive from the common

98. Lo contrario inevitablemente implicaría una decisión rechazando la jurisdicción. En el caso *Phoenix*, por ejemplo, a pesar de que una empresa israelí era titular de las acciones de dos empresas checas y que el tratado aplicable calificaba las acciones como inversión, el tribunal consideró que no se trataba de una inversión protegida por el Convenio por cuanto no satisfacía los criterios objetivos de “inversión”⁶⁰. En el caso *Saba Fakes*, igualmente, el tribunal rechazó su jurisdicción al constatar el carácter artificial de la supuesta propiedad nominal de las acciones de una empresa local basándose, entre otras cosas, en el precio demasiado bajo de las acciones y la inexistencia de aporte alguno por el supuesto inversionista extranjero (elemento objetivo de la definición de “inversión”)⁶¹.
99. Como se demuestra a continuación, Rurelec no ha aportado prueba alguna de aporte o contribución que le permita sustentar su alegada inversión en Bolivia.
100. Por último, es menester recordar que, además de requerir una “inversión de capital” por medio de un aporte o contribución del inversionista (lo que Rurelec no ha podido demostrar), el Tratado con el Reino Unido también requiere que dicha contribución sea realizada dentro del territorio de Bolivia. Esto se explica por tres razones.
101. *Primero*, el preámbulo del Tratado con el Reino Unido (que constituye el contexto en el cual las disposiciones del Tratado deben ser interpretadas⁶²) dispone claramente que:

El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia animados del deseo de crear condiciones

economic conception of foreign direct investment [...] they are codified as the transfer of resources into the economy of the host state and the assumption of risk in expectation of a commercial return. The legal characteristics derive from the non-exhaustive examples of an ‘asset’ that constitute ‘investments’ in investment treaties [...]. It is essential that an investment have both the requisite legal and economic characteristics”), Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press (2009), págs. 161-163, **RL-57**.

⁶⁰ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), laudo del 15 de abril de 2009, párrs. 114-147, **RL-38**.

⁶¹ *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), laudo del 14 de julio de 2010, párrs. 139-140, **RL-53**.

⁶² La regla general de interpretación de tratados establecida en el artículo 31 de la CVDT dispone que: “*Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos*”, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 (el resaltado es nuestro), **RL-59**.

favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado;

Reconociendo que el fomento y la protección recíproca mediante acuerdos internacionales de esas inversiones de capital pueden servir para estimular la iniciativa económica privada y aumentará la prosperidad de ambos Estados;

Han acordado lo siguiente [...]. (El resaltado es nuestro)

102. Por lo tanto, el Tratado con el Reino Unido, desde su Preámbulo, ya indica que la inversión debe ser realizada en el territorio de la otra Parte Contratante.
103. Segundo, las disposiciones del Tratado con el Reino Unido confirman este entendimiento al referirse explícitamente a la noción de inversión de capital *dentro del territorio de la Parte Contratante* (en nuestro caso, Bolivia).
104. Todas las disposiciones sustantivas del Tratado que conciernen el fomento, la protección, el trato y la expropiación de la inversión se refieren a las inversiones de capital en el territorio de una Parte Contratante.
105. El artículo II (Fomento y protección de inversiones), por ejemplo, establece que:

1. Cada Parte Contratante fomentará y creará condiciones favorables para nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante para realizar inversiones de capital dentro de su respectivo territorio y, conforme a su derecho de ejercer los poderes conferidos respectivas leyes, admitirá dicho capital.

2. A las inversiones de capital de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante se les concederá en toda ocasión un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna de las dos Partes Contratantes de ningún modo podrá perjudicar mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído en lo referente a las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante. (El resaltado es nuestro)

106. Los artículos III y IV que tratan, respectivamente, del trato nacional y de la nación más favorecida, y de la indemnización por pérdidas también se refieren, en sus partes relevantes, a las inversiones de capital *en el territorio* de la Parte Contratante⁶³:

⁶³ Artículos III y IV del Tratado con el Reino Unido, C-1.

Artículo III (Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida)

1. Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio las inversiones de rentas de nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable del que se concede [...].

2. Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiera a la administración, uso, goce o enajenación de sus inversiones de capital, a un trato menos favorable del que se concede a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de cualquier tercer Estado.

Artículo IV (Indemnización de pérdidas)

1. Los nacionales o las sociedades de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones de capital en el territorio de la otra parte Contratante a consecuencia de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección o motín en el territorio de la otra Parte Contratante, no serán tratados por ésta menos favorablemente que sus propios nacionales y sociedades o los nacionales y las sociedades de cualquier otro Estado en lo referente a restituciones, indemnizaciones, ajustes u otros pagos. [...]. (El resaltado es nuestro)

107. Finalmente, el artículo V, relativo a la expropiación, dispone, en su parte relevante, que:

1. Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina “expropiación”), [...].

2. En el caso de que una parte Contratante expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en la que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tenga acciones, la misma asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el párrafo (1) de este Artículo, en lo que respecta a garantizar la puntual, adecuada y efectiva compensación en lo referente a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones. (El resaltado es nuestro)

108. Por lo tanto, al interpretar de buena fe y dentro de su contexto los términos del Tratado con el Reino Unido, queda claro que la inversión protegida por el Tratado es aquella que resulta del aporte o contribución de capital en el territorio de la Parte Contratante (en el presente caso, Bolivia).

109. El tribunal en el caso *Romak* citado anteriormente confirma que el preámbulo, así como las repetidas referencias a “territorio” en las disposiciones del tratado, son elementos importantes en la interpretación de la noción de inversión protegida por el tratado:

[T]he Arbitral Tribunal needs to construe the term “investments” in its context and in light of the object and purpose of the BIT. In this regard, the Arbitral Tribunal attaches importance to the BIT’s preamble [...], and also to the definition of the term “returns” [...], the repeated references to “territory” in relation with the investment (particularly at Article 2), and the description of the protection offered at Article 3(1), all of which denote an economic activity involving some permanence or duration in relation to the host State⁶⁴.

110. Como se detallará a continuación, Rurelec no realizó ningún aporte de capital dentro del territorio boliviano de conformidad con el Tratado con el Reino Unido.

3.3.2 Rurelec no realizó ningún aporte de capital dentro del territorio boliviano

111. Según afirman las Demandantes, Rurelec no habría adquirido ninguna participación indirecta en EGSA antes de enero de 2006. Sin embargo, como ha sido explicado en la sección 4.1, los documentos aportados por las Demandantes demuestran, a lo sumo, que la supuesta adquisición de una participación indirecta en EGSA por Rurelec se habría realizado el 29 de junio de 2009, esto es, *diez años* después de realizados los aportes de capital dentro del territorio de Bolivia correspondientes al proceso de capitalización de EGSA.
112. Pero Rurelec no sólo debe demostrar la inversión realizada en Bolivia a partir de junio de 2009. También tiene que demostrar que su supuesta participación indirecta en EGSA resulta de un aporte en dinero o en otros valores económicos en el territorio de Bolivia.
113. *Primero*, las Demandantes alegan que Rurelec habría firmado un contrato en diciembre de 2005 para adquirir una participación indirecta en Guaracachi America por medio de Birdsong Overseas Limited por la suma de US\$ 41,2 millones (posteriormente rectificada a US\$ 35 millones)⁶⁵. Según las Demandantes, dicha operación se habría concretizado el 6 de enero de 2006⁶⁶. Sin embargo, las Demandantes no aportan ningún título accionario que pruebe la referida adquisición, ni tampoco prueba alguna del pago supuestamente realizado por parte de Rurelec.

⁶⁴ *Romak S.A. c. Uzbekistán* (Caso CNUDMI - PCA No. AA280), laudo del 26 de noviembre de 2009, párr. 206, **RL-54**.

⁶⁵ Ver correo electrónico de las Demandantes del 12 de septiembre de 2012, **R-2**.

⁶⁶ Memorial de Demanda, párrs. 11 y 67.

114. Incluso de haber existido un aporte representado por el supuesto pago de la suma de US\$ 41.2 millones (o US\$ 35 millones) por la adquisición de la participación indirecta en EGSA, Rurelec debería probar que dicho aporte fue realizado dentro del territorio boliviano, lo que tampoco hace.
115. *Segundo*, las Demandantes no alegan (ni mucho menos prueban) que haya existido un aporte de capital por parte de los accionistas de EGSA después del 29 de junio de 2009. Los supuestos aportes de capital de los accionistas que, según las Demandantes, fueron realizados en 2006 y 2007, no pueden, por definición, ser inversiones indirectas de Rurelec ya que Rurelec no era todavía accionista indirecto de EGSA para esas fechas.
116. *Tercero*, en cualquier caso (y contrariamente a lo que alegan las Demandantes en su Memorial⁶⁷), después de la capitalización de EGSA en 1999, no ha habido ningún aporte de capital por parte de los accionistas de EGSA⁶⁸.
117. De hecho, como quedará demostrado a continuación, la única inversión de capital en el territorio de Bolivia por parte de los accionistas de EGSA tuvo lugar en los años '90 y fue hecha por la sociedad Energy Initiatives (filial de GPU Power Inc.) como parte del proceso de capitalización de EGSA, regido por el Contrato de Capitalización de 1995⁶⁹, con la adquisición e instalación de las unidades GCH-9 y GCH-10 en 1999. Para esta época, como es bien sabido, Rurelec no contaba con ninguna participación en EGSA.
118. Como explica la Licenciada Martha Bejarano, Auditora Interna de EGSA desde 2004, las Demandantes confunden los aportes de capital de los accionistas y las inversiones que realizó EGSA con su propio capital o asumiendo deuda. Según la Licenciada Bejarano:

*Después de los años '90, las únicas inversiones realizadas en EGSA se hicieron con capital operativo de EGSA o financiación externa, pero nunca con capital de sus accionistas*⁷⁰.

⁶⁷ Memorial de Demanda, párrs. 70-79.

⁶⁸ Bejarano, párrs. 11-13.

⁶⁹ Contrato de Capitalización, Suscripción de Acciones y de Administración de la Empresa Guaracachi Sociedad de Economía Mixta (S.A.M.) del 28 de julio de 1995, **C-14**.

⁷⁰ Bejarano, párr. 13.

119. En realidad, explica la Licenciada Bejarano, la adquisición en 2005 de la unidad GCH-11 fue financiada con recursos de EGSA, por una parte, y un préstamo bancario, por la otra. Asimismo, la adquisición en 2006 y 2008 de los siete motores usados Jenbacher fue realizada con fondos propios de EGSA exclusivamente. Por último, la turbina a vapor para el ciclo combinado fue también financiada con recursos propios de EGSA⁷¹.
120. Por otra parte, no es cierto que EGSA haya reinvertido utilidades ni reducido los dividendos distribuidos a sus accionistas para invertir en capacidad de generación adicional desde el año 2006, al contrario de los que alegan las Demandantes⁷². Según ellas, habría existido una “renuncia” de dividendos por parte de los accionistas de EGSA para financiar nuevas inversiones. Dicha alegación es falsa.
121. *Primero*, como explica la Licenciada Bejarano y muestran los estados financieros de EGSA, todas las utilidades de EGSA que podían ser distribuidas a los accionistas fueron distribuidas como dividendos⁷³.
122. *Segundo*, no es cierto que haya existido una renuncia a la distribución de dividendos por los accionistas de EGSA para financiar reinversión⁷⁴. En realidad, el monto de los dividendos distribuidos desde 2000 no ha sufrido variaciones significativas. Lo que sí ocurrió, como explica la Licenciada Bejarano, es que en 2008 y 2009 EGSA *no pudo pagar* los dividendos debido a la situación de iliquidez en la que se encontraba, por lo que los dividendos distribuidos fueron registrados en una cuenta del pasivo⁷⁵.
123. *Tercero*, como lo explica la Licenciada Bejarano, la financiación del proyecto de la turbina a gas de ciclo combinado fue realizada con recursos de EGSA:

[...] fue EGSA, y no sus accionistas, quien realizó la inversión necesaria para el ciclo combinado a través de la emisión de bonos, como mencioné anteriormente, un crédito de la CAF y financiamiento bancario a corto plazo

⁷¹ *Id.*, párr. 16.

⁷² Memorial de Demanda, párrs. 70 y 71.

⁷³ Bejarano, párr. 26.

⁷⁴ Bejarano, párr. 27.

⁷⁵ Bejarano, párrs. 27-29.

*(lo que implicaba financiar inversiones de largo plazo con deuda de corto plazo, con el inminente desequilibrio financiero)*⁷⁶.

124. Por lo tanto, después de la capitalización de EGSA en 1999 (10 años antes de la supuesta adquisición por Rurelec de una participación *indirecta* en la empresa), no ha habido ninguna inversión de capital por parte de los accionistas de EGSA.
125. Como si esto no bastara, en realidad los accionistas de EGSA descapitalizaron la empresa desde 2007 a través de la distribución de dividendos que no correspondían a utilidades reales de EGSA sino que surgían de un ajuste contable por inflación resultante de una nueva norma de contabilidad en Bolivia⁷⁷.
126. Por último, las Demandantes pretenden que la inversión de Rurelec incluye: “*In addition, Rurelec owns a 99.998% shareholding in Energía para Sistemas Aislados Energais S.A. (Energais), a company established under the laws of Bolivia*”⁷⁸.
127. Pero las Demandantes reconocen que el único activo de Energais en Bolivia era la propiedad sobre dos motores que, desde su adquisición por Energais en 2004, están fuera de uso, desmantelados y depositados en las instalaciones de EGSA⁷⁹. Las Demandantes no explican cómo dicha compra y venta de motores podría caracterizar una inversión de Rurelec en Bolivia bajo el Tratado. Bolivia niega expresamente que los motores o la participación de Rurelec en Energais sean inversiones bajo el Tratado con el Reino Unido.

128. Por todo lo anterior, Rurelec no es un “inversionista” bajo el tratado con el Reino Unido. La “inversión” que alega (esto es, la participación *indirecta* en EGSA desde 2006 o 2009) no ha sido probada y, en todo caso, no puede ser calificada como una inversión protegida bajo el Tratado con el Reino Unido.

⁷⁶ Bejarano, párr. 30.

⁷⁷ *Id.*, párrs. 17-24.

⁷⁸ Memorial de Demanda, párr. 132.

⁷⁹ *Id.*, párr. 73.

129. De manera subsidiaria, si *par impossible* la participación indirecta de Rurelec en EGSA fuese calificada de inversión bajo el Tratado, no hubo ningún aporte de capital de Rurelec. El Tribunal Arbitral, por lo tanto, deberá declarar que no es competente *ratione personae* para conocer de la diferencia que le ha sido sometida por Rurelec bajo el Tratado con el Reino Unido.

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

130. El artículo XII del Tratado entre Bolivia y los Estados Unidos permite a una Parte Contratante denegar los beneficios de dicho Tratado a una sociedad de la otra Parte Contratante bajo ciertas condiciones (4.1). En el caso concreto, puesto que la demandante Guaracachi America cumple con dichas condiciones (4.2), Bolivia está legitimada para ejercer dicha prerrogativa (4.3).

4.1 El Tratado permite a las Partes Contratantes denegar beneficios si se cumplen dos condiciones cumulativas

131. El Artículo XII del Tratado con los Estados Unidos prevé lo siguiente:

Cada Parte se reserva el derecho a denegar a una sociedad de la otra Parte los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad pertenece a nacionales de un tercer país o está bajo su control, y si:

a) La Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales con el tercer país, o

b) La sociedad no lleva a cabo actividades comerciales importantes en el territorio de la Parte por cuya legislación está constituida u organizada⁸⁰.

132. Según la regla general de interpretación de los tratados del artículo 31 de la CVDT, “[un] tratado deberá interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁸¹.

133. El artículo XII del Tratado con los Estados Unidos permite a Bolivia denegar los beneficios del Tratado a una empresa norteamericana si dicha empresa, en su supuesta calidad de “inversionista”, (i) pertenece o está bajo el control de nacionales de un tercer

⁸⁰ Tratado con los Estados Unidos, art. XII, C-17.

⁸¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31, RL-59.

Estado que no es parte de dicho Tratado y (ii) el Estado denegante (Bolivia en este caso) no mantiene relaciones económicas normales con dicho país, o la sociedad en cuestión no ejerce actividades comerciales importantes en el territorio de su país de nacionalidad.

4.2 Las dos condiciones del artículo XII del Tratado entre Bolivia y los Estados Unidos se cumplen con respecto a Guaracachi America

134. Las condiciones establecidas en el artículo XII del Tratado con los Estados Unidos se encuentran reunidas con respecto a Guaracachi America puesto que (i) pertenece a nacionales de un tercer Estado (en este caso, las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido); y (ii) no ejerce ningún tipo de actividad comercial en su país de nacionalidad (los Estados Unidos), siendo un mero vehículo societario no-operacional constituido para detener las acciones de EGSA.
135. En cuanto a la primera condición, no existe disputa en cuanto a que Guaracachi America es una sociedad incorporada en los Estados Unidos⁸². Tampoco está en disputa que esta sociedad pertenece en su totalidad a una sociedad de las Islas Vírgenes Británicas: Bolivia Integrated Energy Limited⁸³. Esta cadena de propiedad accionarial, como demuestran los documentos societarios, ya existía en mayo de 2010, fecha en la cual se produjo la nacionalización de EGSA y Bolivia fue notificada del surgimiento de una controversia internacional en relación con la nacionalización.
136. Es aceptado, por lo tanto, que Guaracachi America pertenece, y pertenecía cuando se produjo el supuesto ilícito internacional, a “*nacionales de un tercer país*” de conformidad con el artículo XII del Tratado con Estados Unidos.
137. En cuanto a la segunda condición para la denegación de beneficios, tampoco está en disputa que Guaracachi America “*no lleva a cabo actividades comerciales importantes en el territorio*” de los Estados Unidos, de conformidad con el artículo XII del Tratado con dicho país.

⁸² Ver Certificado de Incorporación de Guaracachi America, **C-11**.

⁸³ Memorial de Demanda, párr. 131. Ver Registro de Accionistas de Guaracachi America que demuestra que esta empresa es propiedad al 100% de la empresa Bolivia Integrated Energy Ltd., **C-27**. Ver, asimismo, el Registro de Accionistas de Bolivia Integrated Energy que demuestra que esta sociedad (incorporada en las Islas Vírgenes Británicas), propiedad al 100% de la empresa Birdsong Overseas Limited, también de las Islas Vírgenes Británicas, **C-35**.

138. En efecto, Guaracachi America fue constituida, según las mismas Demandantes, con el único propósito de adquirir y detener las nuevas acciones emitidas por EGSA en el marco del proceso de privatización de ENDE en 1995:

In 1995, through this process, Energy Initiatives, a subsidiary of GPU Power Inc. (GPU), won a stake in Guaracachi with a US\$47.13 million bid and established Guaracachi America for the purpose of subscribing to 50 percent of Guaracachi's shares⁸⁴.

139. El único propósito de Guaracachi America, desde su incorporación, fue servir como vehículo intermediario en una compleja estructura societaria. Las Demandantes no han demostrado – ni podrán demostrar – que esta empresa tenga actividad comercial alguna en los Estados Unidos y, mucho menos, una actividad “*importante*” en dicho territorio, como lo ordena el artículo XII del Tratado con los Estados Unidos. Por sus registros societarios en el Estado de Delaware, parecería que Guaracachi America no es más que una “*shell*” jurídica⁸⁵, como muestra su inactividad económica.
140. Así las cosas, al (i) pertenecer a un nacional de un terceros Estado; y (ii) no tener actividad comercial en el territorio norteamericano, Guaracachi America cumple cumulativamente las dos condiciones impuestas para que Bolivia pueda denegarle los beneficios del Tratado con Estados Unidos.

4.3 Por lo tanto, este Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre todos los reclamos de Guaracachi America

141. Por las razones antes expuestas, Bolivia deniega los beneficios del Tratado con los Estados Unidos a Guaracachi America de conformidad con el Artículo XII del Tratado con los Estados Unidos. Esta empresa, por lo tanto, no puede prevalecerse, *inter alia*, del consentimiento al arbitraje de Bolivia en el artículo IX de ese mismo Tratado.
142. Por consiguiente, este Tribunal Arbitral carece de jurisdicción sobre todos los reclamos de Guaracachi America.

⁸⁴ Memorial de Demanda, párr. 8.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Certificados de Incorporación de Guaracachi America, **C-11**; e Información publicada por la *Division of Corporations – State of Delaware* sobre Guaracachi America, **R-23**.

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

143. En su Memorial de Demanda, las Demandantes alegaron, por primera vez, que Bolivia habría supuestamente violado los Tratados en relación con los Nuevos Reclamos (es decir, los reclamos sobre (i) los precios *spot* de la electricidad, (ii) la remuneración por potencia o capacidad y (iii) los dos motores *Worthington*⁸⁶).

144. La presentación extemporánea de los Nuevos Reclamos en el Memorial de Demanda constituye un incumplimiento flagrante de las condiciones que exigen los Tratados para la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre dichos reclamos. Concretamente, las Demandantes han violado las condiciones de los Tratados relativas a (i) la notificación de los Nuevos Reclamos y (ii) el periodo de negociación previa (“*cooling-off period*”) entre las Partes para la resolución amistosa de los Nuevos Reclamos.

145. La existencia de dichas condiciones en los Tratados, su carácter obligatorio y su naturaleza jurisdiccional no están en disputa entre las Partes (5.1). Tampoco debería estar en disputa que ninguno de los Nuevos Reclamos cumple las mentadas condiciones (5.2). Como consecuencia, el Tribunal Arbitral no debería dudar en declarar que carece de jurisdicción para decidir sobre los Nuevos Reclamos y condenar a las Demandantes a compensar integralmente a Bolivia por los costos generados por su defensa de dichos Reclamos (5.3).

5.1 La existencia, carácter obligatorio y naturaleza jurisdiccional de las condiciones que imponen los Tratados relativas a la notificación y negociación previas no están en disputa

146. Las condiciones de notificación previa de disputas y consultas/negociación entre las Partes que exigen los artículos de los Tratados relativos al arreglo de diferencias entre un inversionista y el país receptor de la inversión (artículo IX del Tratado con los Estados Unidos y artículo VIII del Tratado con el Reino Unido) no están en disputa en este caso. Tampoco está en disputa que esas condiciones son de obligatorio cumplimiento y que su violación conlleva la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral.

147. El artículo VIII (1) del Tratado con el Reino Unido dispone que:

⁸⁶ Memorial de Demanda, Secciones III(B) y (C).

1. [L]as diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo, serán sometidas a arbitraje internacional si así lo deseara cualquiera de las Partes en la diferencia⁸⁷.

148. Por su parte, el artículo IX del Tratado con los Estados Unidos dispone que:

1. A efectos del presente Tratado, por diferencia relativa a inversiones se entiende una diferencia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte que surja de una [...] supuesta infracción de cualquier derecho conferido, generado o reconocido por el presente Tratado con respecto a una inversión abarcada [...].

2. El nacional o la sociedad que sea parte en una diferencia relativa a inversiones podrá someterla para su resolución a uno u otro de los procedimientos siguientes:

[...]

c) Conforme a los términos del párrafo 3.

3. a) Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya sometido la diferencia para su resolución según el inciso a) o el b) del párrafo 2, y hayan transcurrido tres meses a partir de la fecha en que surgió la diferencia, dicho nacional o sociedad podrá someter la diferencia para su resolución mediante el arbitraje vinculante: [...]⁸⁸.

149. De conformidad con estas disposiciones, para que un inversionista pueda someter válidamente una diferencia al arbitraje internacional invocando el consentimiento expresado por Bolivia en los Tratados, deberá cumplir, entre otras, las siguientes condiciones *cumulativas*:

- a. Primero, el inversionista debe invocar, mediante una notificación escrita, la existencia de una disputa o diferencia con el Estado receptor de la inversión *relativa al supuesto incumplimiento del Estado de sus obligaciones bajo los Tratados*; y
- b. Segundo, el inversionista deberá *esperar que transcurran varios meses* (3 meses en el caso del Tratado con los Estados Unidos y 6 meses bajo el Tratado con el

⁸⁷ Artículo VIII(1) del Tratado con el Reino Unido (el resaltado es nuestro), **C-1**.

⁸⁸ Artículo IX del Tratado con los Estados Unidos (el resaltado es nuestro), **C-17**.

Reino Unido) *antes* de someter la disputa o diferencia al arbitraje internacional para dar a las partes una oportunidad de negociar de forma amistosa la resolución de la diferencia (lapso referido como el “*cooling-off period*” en inglés o de “enfriamiento” en castellano).

150. Respecto del primer requisito, ambos Tratados definen lo que constituye una “*diferencia*” para efectos del tratado: diferencias “*concernientes a una obligación de [el Estado] conforme a este Convenio y en relación con una inversión de [el inversionista]*” (artículo VIII(1) del Tratado con el Reino Unido) y diferencias “*que surja[n] de una [...] supuesta infracción de cualquier derecho conferido, generado o reconocido por el presente Tratado con respecto a una inversión abarcada*” (artículo IX(1) del Tratado con los Estados Unidos).
151. A renglón seguido, los Tratados definen las demás condiciones que debe reunir dicha “*diferencia*” para activar las cláusulas de resolución de disputas de los Tratados, empezando por su “*surgi[miento]*” (artículo IX(3)(a) del Tratado con los Estados Unidos) o “*notificación escrita del reclamo*” (artículo VIII(1) del Tratado con el Reino Unido). En ambos casos, el inversionista debe invocar la existencia de una supuesta violación de los Tratados.
152. Así lo confirman, por ejemplo, varios tribunales arbitrales que han tenido que interpretar disposiciones similares en otros tratados concluidos por los Estados Unidos. Por ejemplo, según el tribunal en el caso *Burlington*:

la “diferencia” a la que el Artículo VI(3)(a) se refiere es una que se relaciona a “una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”. Expresado de otro modo, en tanto y en cuanto no se alegue una supuesta violación del Tratado [entre Ecuador y los Estados Unidos], no surgirá una diferencia que dé acceso a arbitraje bajo el Artículo VI. Este requisito tiene sentido pues ofrece al Estado una oportunidad de remediar una posible violación del Tratado y de evitar de ese modo procedimientos arbitrales bajo el TBI, lo que no sería posible sin conocimiento de que se alegan violaciones del Tratado⁸⁹.

153. Coincidiendo con la decisión del tribunal en el caso *Burlington*, el tribunal en el caso *Murphy*:

⁸⁹ *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 334 (el resaltado es nuestro), **RL-17**.

*estima que, para que surja una diferencia que permita acudir a un arbitraje de CIADI, de conformidad con el artículo VI del TBI [entre Ecuador y los Estados Unidos], deberá existir previamente un reclamo sobre una presunta violación del TBI. Las diferencias a las que se refiere el párrafo (1) de ese artículo surgen a partir del momento en que se alega una violación del Tratado. En consecuencia el período de espera de seis meses comienza a partir de la fecha de dicha alegación*⁹⁰.

154. La invocación por escrito de la existencia de una supuesta violación de los Tratados marca el punto de partida para el cómputo del plazo exigido por la segunda condición (“*cooling-off period*”). De tal modo que, si el inversionista no cumple con la primera condición, es lógicamente imposible que cumpla con la segunda.
155. En todos sus escritos presentados hasta la fecha en el presente caso, las Demandantes han reconocido expresamente (i) la existencia de las condiciones de notificación previa de disputas y negociación entre las Partes; (ii) su carácter obligatorio; y (iii) su naturaleza jurisdiccional (esto es, que sólo una vez cumplidas dichas condiciones la diferencia podría ser válidamente sometida a arbitraje internacional):
- en su notificación de disputa, Guaracachi America afirmó que, como resultado de la nacionalización de EGSA, existía una controversia “*en los términos establecidos en el Artículo IX del Tratado [con los Estados Unidos]*” y que, “*[d]e acuerdo con el Artículo IX.3(a) del Tratado la controversia puede ser sometida a arbitraje internacional luego de pasados tres meses desde la fecha en la cual se originó*”⁹¹;
 - en su notificación de disputa, Rurelec afirmó, en términos casi idénticos a Guaracachi America, que había surgido una controversia entre las Partes como resultado de la nacionalización “*en los términos establecidos en el Artículo VIII del Tratado [con el Reino Unido]*” y que, “*[d]e acuerdo con el Artículo*

⁹⁰ *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), decisión sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr. 103 (el resaltado es nuestro), **RL-60**.

⁹¹ Notificación de Disputa de Guaracachi America al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, págs. 1 y 3 (el resaltado es nuestro), **C-39**.

VIII del Tratado, la controversia puede ser sometida a arbitraje internacional luego de pasados seis meses de la notificación escrita del reclamo⁹²;

- en su notificación de arbitraje, dentro del capítulo dedicado al consentimiento de las Partes bajo los Tratados y el Reglamento, las Demandantes alegaron, entre otras cosas, que habían notificado a Bolivia la existencia de una diferencia relativa a la nacionalización “*in their written Notices of Dispute to the President of Bolivia dated and received on 13 May 2010*”; que, “[d]espite the Claimant’s efforts, no amicable settlement of the Dispute has been reached and both the three and six-month waiting periods following the date on which the Dispute arose contemplated in Article IX.3(a) of the US Treaty and Article 8(1) of the UK Treaty, respectively, have now elapsed”; y que, “[a]ccordingly, the Dispute is validly submitted to arbitration under UNCITRAL Rules pursuant to Article IX.3(iii) of the US Treaty and Article 8(2), final paragraph, of the UK Treaty, respectively”⁹³; e
- incluso la sección de su Memorial de Demanda titulada “*Las Partes prestaron su consentimiento para someter la presente diferencia a arbitraje y se encuentran reunidos todos los requisitos previstos en los Tratados y en el Reglamento de la CNUDMI*”, las Demandantes reiteran que “[t]he Claimants notified Bolivia of the dispute under the Treaties in their written notices of dispute to the President of Bolivia dated and received on 13 May 2010 and sought the commencement of negotiations and consultations for its amicable settlement. Despite the Claimants’ efforts, no amicable settlement of the dispute has been reached and both the three and six-month waiting periods following the date on which the dispute arose contemplated in Article IX.3(a) of the US Treaty and Article 8(1) of the UK Treaty, respectively, have now elapsed”⁹⁴.

⁹² Notificación de Disputa de Rurelec Plc. al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, págs. 1 y 3 (el resaltado es nuestro), **C-40**.

⁹³ Notificación de Arbitraje, párrs. 60, 61 y 63 (el resaltado es nuestro).

⁹⁴ Memorial de Demanda, párr. 138 (el resaltado es nuestro).

156. A pesar de haber admitido la existencia, carácter obligatorio y naturaleza jurisdiccional de las condiciones que imponen los Tratados relativas a la notificación y negociación previas, las Demandantes incumplieron dichas condiciones de forma flagrante al formular, por primera vez, en su Memorial de Demanda, los Nuevos Reclamos sin haber notificado su existencia previamente ni, consecuentemente, haber esperado el tiempo requerido por los Tratados para permitir a las Partes negociar una solución amistosa.

5.2 Los Nuevos Reclamos no fueron notificados previamente a Bolivia ni existió una oportunidad previa para que las Partes negociaran de forma amistosa su resolución, en violación de los Tratados

157. No debería estar en disputa que las Demandantes nunca notificaron la existencia de una “*diferencia*” bajo los Tratados en relación con los Nuevos Reclamos. Es una cuestión de hecho que el Tribunal Arbitral podrá apreciar con base en la prueba que obra en el expediente.

158. Una vez más, conviene recordar que la carga de la prueba respecto del cumplimiento de este requisito jurisdiccional (esto es, la notificación previa de los Nuevos Reclamos como “*diferencia*” bajo los Tratados y la espera durante el tiempo, 3 o 6 meses, correspondiente) recae, como ellas mismas han admitido en sus escritos hasta la fecha, en las Demandantes.

159. Es llamativo cómo las Demandantes han tratado de eludir la falta de notificación previa de los Nuevos Reclamos simplemente repetiendo, en el párrafo 138 de su Memorial de Demanda (que, además del reclamo por nacionalización, incluye los Nuevos Reclamos), lo que ya habían dicho en el párrafo 60 de su Notificación de Arbitraje (que únicamente mencionaba el reclamo por nacionalización): esto es, que las Demandantes habían notificado a Bolivia la existencia de la diferencia mediante las comunicaciones enviadas al Presidente de Bolivia con fecha 13 de mayo de 2010.

160. Pero existe una diferencia reveladora entre el párrafo 138 del Memorial de Demanda y el párrafo 60 de la Notificación de Arbitraje: en este último, las Demandantes afirmaban haber notificado la “*Dispute*”, un término definido en la Notificación de Arbitraje y que se refería *únicamente al reclamo por nacionalización*. En cambio, en el Memorial de Demanda, el mismo texto relativo a la notificación ahora se refiere a la “*dispute*”, un

término que no está definido. El cuadro de más abajo ilustra la estrategia de las Demandantes:

Notificación de Arbitraje	Memorial de Demanda
<p align="center">“V. The Parties’ consent to arbitration under the Treaties and the UNCITRAL Rules”</p>	<p align="center">“III. C. The Parties Have Consented to Arbitration Of This Dispute And All Requirements Under the Treaties And The UNCITRAL Rules Have Been Fulfilled”</p>
<p>“60. [...] The Claimants notified Bolivia of the <u>Dispute</u> under the Treaties in their written Notices of Dispute to the President of Bolivia dated and received on 13 May 2010 and sought the commencement of negotiations and consultations for its amicable settlement”.</p>	<p>“138. The Claimants notified Bolivia of the <u>dispute</u> under the Treaties in their written notices of dispute to the President of Bolivia dated and received on 13 May 2010 and sought the commencement of negotiations and consultations for its amicable settlement”.</p>
<p align="center">Definición del término “Dispute”</p>	<p align="center">Ninguna definición de “dispute”, pero una descripción amplia del supuesto objeto del arbitraje</p>
<p>“4. As described in more detail in Section II below, <u>this dispute concerns the Government’s 1 May 2010 expropriation of the Claimants’ investments in the power generation sector in Bolivia, specifically Rurelec’s 50.001% shareholding in Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (Guaracachi), held through Guaracachi America, without the payment of prompt, adequate and effective compensation in violation of the Treaties and international law (the Dispute)</u>”⁹⁵.</p>	<p>“3. The Claimants have commenced these proceedings to obtain adequate and effective compensation <u>in respect of the interference by the Bolivian state with the key elements of the regulatory framework affecting Rurelec’s and Guaracachi America’s 50.001% shareholding in Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (Guaracachi), the failure to obtain justice through the Bolivian court system in respect of such interference and, finally, the forced nationalization on 1 May 2010 of that shareholding</u>”⁹⁶.</p>

161. El intento de las Demandantes de ocultar su abuso del procedimiento al incluir los Nuevos Reclamos en su Memorial de Demanda es vano. Contrariamente a lo alegado por ellas, la “*diferencia*” notificada a Bolivia el 13 de mayo de 2010 no guarda relación alguna con los Nuevos Reclamos.
162. Las notificaciones de disputa del 13 de mayo de 2010 (esto es, remitidas 72 horas después de la nacionalización) mencionan *únicamente* la diferencia que surge de la nacionalización y, según sus propios términos, se limitan a dicha diferencia. En su parte relevante, dichas notificaciones de disputa afirman que:

⁹⁵ Notificación de Arbitraje, párrs. 4 y 60 (el resaltado es nuestro).

⁹⁶ Memorial de Demanda, párrs. 3 y 138 (el resaltado es nuestro).

La presente controversia surge de la nacionalización de la participación accionaria de Guaracachi America en la Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (en adelante “Guaracachi”), por parte del Gobierno de Bolivia mediante el Decreto Supremo 0493 de fecha de mayo de 2010 (en adelante el “Decreto”).

[...]

En la ausencia de una pronta indemnización, la nacionalización de la participación accionaria en Guaracachi constituye una violación de las obligaciones de Bolivia bajo el derecho internacional y particularmente bajo el artículo 3 del Tratado [...]

La nacionalización constituye también una violación de otras protecciones substantivas otorgadas a Guaracachi America bajo el Tratado [...]

En consecuencia, por medio de la presente, se notifica a Bolivia sobre una controversia bajo el Tratado, dando así el inicio al período de negociaciones de tres meses previsto en el artículo IX.3(a) del Tratado. Guaracachi America hace explícito su deseo de alcanzar un acuerdo amistoso sobre esta controversia dentro de dicho plazo de tres meses. Sin embargo, si dentro de dicho plazo de tres meses no se ha obtenido una solución Guaracachi America se reserva el derecho de someter la disputa notificada en la presente carta a arbitraje internacional, sin necesidad de notificación ulterior.

[...]

Guaracachi America hace plena reserva de sus derechos y recursos con respecto a la mencionada disputa, tanto bajo el derecho boliviano, como bajo el derecho internacional, incluyendo el Tratado⁹⁷.

163. Como puede apreciarse, ninguno de los Nuevos Reclamos – ni los hechos en 2007 y 2008 que subyacen a estos reclamos – fue mencionado en las notificaciones de disputa del 13 de mayo de 2010. Por ejemplo, en dichas notificaciones no se hace ninguna mención a cambios regulatorios antes de la nacionalización, no se menciona el precio de la electricidad, no se menciona un pago por potencia instalada, etc.
164. Tampoco existe, ni las Demandantes alegan, alguna otra comunicación que pudiera constituir una notificación de los Nuevos Reclamos bajo los Tratados previo al inicio de este procedimiento arbitral. Bolivia no fue, por lo tanto, notificada del surgimiento de la diferencia relativa a los Nuevos Reclamos *antes* de que las Demandantes sometieran esta diferencia a arbitraje.

⁹⁷ Notificación de Disputa de Guaracachi America al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010 (el resaltado es nuestro), **C-39**. Ver, en términos idénticos, notificación de disputa de Rurelec al Presidente Evo Morales del 13 de mayo de 2010, **C-40**.

165. Ni siquiera la notificación de arbitraje menciona los Nuevos Reclamos. De forma consistente con las notificaciones de disputa, la única diferencia mencionada entonces por las Demandantes era la relativa a la nacionalización:

*this dispute concerns the Government's 1 May 2010 expropriation of the Claimants' investments in the power generation sector in Bolivia [...] without the payment of prompt, adequate and effective compensation in violation of the Treaties and international law (the **Dispute**)⁹⁸.*

166. Incluso si, *quod non*, las Demandantes hubieran mencionado los Nuevos Reclamos en su Notificación de Arbitraje, eso no habría servido para subsanar el incumplimiento de los Tratados pues, aún así, habrían privado a Bolivia del periodo de consultas amistosas. Al aplicar el tratado entre Ecuador y Estados Unidos, que contiene una condición similar a la del Tratado con los Estados Unidos, el tribunal en el caso *Burlington* afirmó claramente que:

[...] la Solicitud de Arbitraje es un momento tardío para informar a la Demandada de la controversia. El requisito del período de espera de seis meses del artículo VI está diseñado precisamente para conceder al Estado una oportunidad para solucionar la controversia antes de que el inversor decida someterla a arbitraje. La Demandante sólo informó a la Demandada de esta controversia cuando sometió la disputa a arbitraje CIADI, privando de este modo a la Demandada de la oportunidad, acordada por el Tratado, de solucionar la controversia antes de que se someta a arbitraje⁹⁹.

167. Fue, por lo tanto, total una sorpresa para Bolivia ver en el Memorial de Demanda el 1 de marzo de 2012 (esto es, casi 2 años después de la Notificación de Disputa y 1 año y medio después de la Notificación de Arbitraje) secciones tales como “*Bolivia's pre-nationalization measures affecting the regulatory framework*” (Sección II.(E)), “*Bolivia's alteration of the legal framework with regard to the spot Price breached the standards of treatment provided for in the treaties*” (Sección IV.(B)) o “*Bolivia did not*

⁹⁸ Notificación de Arbitraje, párr. 4 (el resaltado es nuestro). Contrastar con Memorial de Demanda, párr. 3 (“*The Claimants have commenced these proceedings to obtain adequate and effective compensation in respect of the interference by the Bolivian state with the key elements of the regulatory framework affecting Rurelec's and Guaracachi America's 50.001% shareholding [...], the failure to obtain justice through the Bolivian court system in respect of such interference and, finally, the forced nationalization on 1 May 2010*”).

⁹⁹ *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 312, **RL-17**. Ver también *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), laudo sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr. 105 (“*El Tribunal entiende que es necesario que la Demandada haya tenido conocimiento de las alegaciones sobre presuntas violaciones al Tratado, a efectos de activar la posibilidad del arbitraje, de conformidad con el artículo VI del TBF*”), **RL-60**.

provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to capacity payments” (Sección IV.(C)).

168. Además, y como consecuencia lógica de lo anterior, ninguno de estos Nuevos Reclamos fue parte de las consultas entre las Partes que exigen los Tratados. Esto privó a Bolivia de una oportunidad para tratar de resolver de forma amistosa dichos Reclamos.
169. A diferencia de una empresa, un Estado es una maquinaria compleja. Los organismos competentes del Estado (esto es, con poder para comprometer al Estado en la esfera internacional) intervienen únicamente cuando una cuestión se eleva al nivel de una supuesta violación de un tratado. Colombia, Nicaragua y Perú, por ejemplo, constituyen un comité interministerial especial compuesto por representantes de ministerios y agencias gubernamentales cada vez que un inversionista notifica al Estado un reclamo bajo un tratado¹⁰⁰. Del mismo modo, el Procurador General del Estado de Bolivia es llamado a intervenir respecto de reclamos relativos al supuesto incumplimiento de un tratado ratificado por Bolivia. A partir de ahí, el Estado puede diseñar y coordinar una estrategia que permita adoptar posibles soluciones a la diferencia e incluso iniciar negociaciones al más alto nivel. Las Demandantes impidieron a Bolivia considerar soluciones y entablar negociaciones constructivas relativas a los Nuevos Reclamos, algo que no puede ocurrir hasta que el Estado tiene conocimiento de que una controversia en el marco de los Tratados existe de conformidad con el artículo IX del Tratado con los Estados Unidos y artículo VIII del Tratado con el Reino Unido.

¹⁰⁰ En Colombia, una Comisión Intersectorial para la Defensa de los intereses jurídicos de la Nación es requerida, integrada por el Ministro del Interior y de Justicia, el Secretario Jurídico de la Presidencia, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Defensa, el Ministro de la Protección Social, el Viceministro de Justicia, el Director del Departamento Nacional de Planeación y el Director de Defensa Jurídica de la Nación. *Ver* el Decreto 2484 del Ministerio del Interior y de Justicia, **R-24**. En Nicaragua, el Decreto No. 28/2007 crea una Comisión Interinstitucional para la Defensa del Estado en diferencias relacionadas inversiones, integrada por el Procurador General de la República, los Ministros del Desarrollo, Industria y Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, el Secretario Privado para el Poder Popular para Políticas Nacionales de la Presidencia de la República y el funcionario ejecutivo más alto de la agencia pública involucrada en la disputa. *Ver* el Decreto N° 28-2007, **R-25**. En Perú, la Ley No. 28933/2006 crea una Comisión Especial del Sistema de Coordinación de Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión para, entre otras cosas, evaluar la viabilidad de negociaciones potenciales, contratar a abogados especializados, asignar fondos suficientes para la negociación y coordinar la participación del Estado en un arbitraje potencial. Esta Comisión cuenta con representantes de los Ministerios de Economía y Finanzas, Asuntos Exteriores, Justicia y Comercio Exterior y Turismo, así como un miembro de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada y uno de la agencia estatal involucrada en la disputa. *Ver* la Ley No. 28933 de 2006, **R-26**.

170. De hecho, las Demandantes describen en su Memorial de Demanda y declaraciones testimoniales adjuntas cuatro reuniones de representantes de las Partes entre julio de 2010 y marzo de 2011¹⁰¹. Según la descripción que hacen las propias Demandantes, en dichas reuniones se debatió exclusivamente sobre la compensación que las Demandantes reclaman como consecuencia de la nacionalización; nunca se mencionaron los Nuevos Reclamos.
171. La emboscada que pretenden perpetrar las Demandantes en este caso, obligando a Bolivia a enfrentar los Nuevos Reclamos, sumamente complejos y costosos, en un lapso de tiempo reducido, debe ser rechazada por este Tribunal Arbitral. Como indicó el tribunal en el caso *Burlington*:

[A]l imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción¹⁰².

5.3 Debido al incumplimiento de las condiciones de los Tratados, el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para decidir sobre los Nuevos Reclamos

172. La flagrante violación de las condiciones de los Tratados respecto de la notificación y consultas previas sobre los Nuevos Reclamos tiene como consecuencia la falta de jurisdicción de este Tribunal Arbitral sobre los mismos, como así han reconocido los precedentes internacionales en la materia.
173. En el reciente caso *Burlington*, las demandantes presentaron en su solicitud de arbitraje reclamos adicionales que no eran parte de las disputas notificadas previamente al Estado para efectos del *cooling-off period*. El tribunal no dudó en afirmar que dichos reclamos,

¹⁰¹ Memorial de Demanda, párrs. 107-110.

¹⁰² *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/5), decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 315 (el resaltado es nuestro), **RL-17**. Es importante notar que, en el presente caso, a diferencia del caso *Burlington*, los Nuevos Reclamos no fueron invocados ni siquiera en la Notificación de Arbitraje.

debido a la falta de notificación y periodo de consultas previas, se hallaban fuera de su jurisdicción:

Puesto que una diferencia bajo el Artículo VI(3)(a) sólo surge una vez que se alega una violación del Tratado, el período de espera de seis meses sólo comienza a correr a partir de ese momento. En este caso, Burlington no efectuó alegaciones de violación del Tratado con respecto a la oposición indígena en los Bloques 23 y 24 antes de someter su Solicitud de Arbitraje. De este modo, el período de espera del Artículo VI(3)(a) no comenzó a correr. Y si bien Burlington sí formuló alegaciones de violación del Tratado una vez que registró su Solicitud de Arbitraje, en cuyo momento surgió una diferencia, no cumplió con el período de espera de seis meses, como debió haberlo hecho, antes de registrar la Solicitud. Como resultado, el Tribunal no puede sino concluir que el reclamo de Burlington por el Bloque 23 es asimismo inadmisibles.

[...]

Por lo tanto, el Tribunal concluye que el reclamo de Burlington por falta de protección y seguridad plenas en el Bloque 23 es inadmisibles de conformidad con el Artículo VI del Tratado. Añade asimismo que en el arbitraje CIADI el efecto de un reclamo inadmisibles es el mismo que el de un reclamo que no cumple con los requisitos de jurisdicción bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI o bajo el TBI, a saber, que el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre tal reclamo¹⁰³.

174. La misma conclusión fue adoptada más recientemente por el tribunal en el caso *Murphy* aplicando el mismo tratado entre los Estados Unidos y Ecuador:

*[...] el Tribunal llega a la conclusión de que *Murphy International* incumplió las exigencias del artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; que esa omisión constituye un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, este Tribunal carece de competencia para conocer de este proceso¹⁰⁴.*

175. Ambos casos retomaron el análisis del tribunal en el caso *Enron*, el cual había explicado que:

[...] la conclusión alcanzada no se debe a que el período de negociación de seis meses podría ser un requisito procesal y no un requisito jurisdiccional

¹⁰³ *Id.*, párrs. 336 y 340, **R-17**.

¹⁰⁴ *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4), decisión sobre jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párr., 157, **RL-60**. Ver, asimismo, *República de Argentina c. BG Group PLC*, decisión de anulación de la U.S. Court of Appeals para el Distrito de Columbia, 17 de enero de 2012, pág. 16 (explicando que la intención de las partes del tratado no puede ser obviada por el tribunal o la corte), **RL-61**.

*como se ha argumentado por las Demandantes y confirmado por otros tribunales. Este requisito es, en la opinión del Tribunal, en gran medida un requisito jurisdiccional. El incumplimiento de este requisito se traduciría en una determinación de falta de jurisdicción*¹⁰⁵.

176. La misma conclusión deberá ser adoptada, *mutatis mutandis*, en el caso presente respecto de todos los Nuevos Reclamos de las Demandantes.
177. Cuando las Demandantes decidieron, por motivos que les son propios, incluir los Nuevos Reclamos en su Memorial de Demanda en marzo de 2012 sabían que nada tenían que ver con su reclamo relativo a la nacionalización, que ampliaban sensiblemente el ámbito de la disputa entre las Partes y que no reunían las condiciones previstas en los Tratados invocados. Las Demandantes hicieron una utilización oportunista de su Memorial de Demanda para introducir reclamos frívolos para aumentar la presión sobre el Estado. Como quedará demostrado a continuación, *ex abundante cautela*, los Nuevos Reclamos ni siquiera son reclamos bajo los Tratados o el Derecho internacional y no deben ser parte de este arbitraje.
178. El patente incumplimiento por las Demandantes de las condiciones jurisdiccionales que exigen los Tratados en relación con los Nuevos Reclamos es suficiente para que el Tribunal Arbitral niegue su jurisdicción sobre los mismos y ordene a las Demandantes compensar integralmente a Bolivia los costos generados por su defensa de dichos Nuevos Reclamos, incluidos los costos incurridos hasta la fecha para preparar su defensa en cuanto al fondo y cuantificación.
- 6. LOS NUEVOS RECLAMOS SON RECLAMOS BAJO EL DERECHO BOLIVIANO QUE NO PUEDEN SER DECIDIDOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL BAJO LOS TRATADOS O EL DERECHO INTERNACIONAL**
179. Incluso si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considera que tiene jurisdicción sobre los Nuevos Reclamos pese a que no fueron previamente notificados a Bolivia (en violación de los Tratados), el Tribunal deberá concluir que carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre los mismos por cuanto, en realidad, son reclamos exclusivamente de Derecho boliviano.

¹⁰⁵ *Enron Corporation y Ponderosa Assests, L.P. c. La Republica de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párr. 88, **RL-16**.

180. El consentimiento dado por Bolivia en los Tratados es limitado y excluye, entre otros, disputas de naturaleza puramente regulatoria o comercial bajo el Derecho boliviano (6.1). Como quedará demostrado a continuación, los Nuevos Reclamos, asumiendo *arguendo* que fueran ciertas las alegaciones de las Demandantes que los sustentan, plantean disputas exclusivamente de Derecho boliviano disfrazadas de “*treaty claims*” (6.2). En consecuencia, este Tribunal Arbitral deberá declarar que carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre los Nuevos Reclamos (6.3).

6.1 El consentimiento dado en los Tratados es limitado y excluye aquellos reclamos exclusivamente de Derecho boliviano

181. No está en disputa que el consentimiento de Bolivia a someter a arbitraje determinadas controversias determina y delimita el alcance de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral. En este caso, las Demandantes invocan el consentimiento dado por Bolivia al arbitraje internacional en los artículos IX(1) y VIII(1) del Tratado con los Estados Unidos y el Reino Unido, respectivamente.

182. Tampoco está en disputa que corresponde al Tribunal Arbitral, incluso de oficio, verificar el alcance del consentimiento dado por Bolivia en los Tratados, “*es decir, si se trata de un consentimiento amplio, que incluye cualquier controversia [...] o si ese consentimiento está, de alguna manera, restringido o limitado*”¹⁰⁶. En efecto:

*[A] claimants’ party’s mere assertion that a dispute is within the Tribunal’s jurisdiction is not conclusive. It is the Tribunal that must decide. The formulation also importantly recognizes that the Tribunal must address itself to the particular jurisdictional provisions invoked. There is a contrast, for instance, between a relatively general grant of jurisdiction over “investment disputes” and the more particularized grant in article 1116 [of NAFTA] which is to be read with the provisions to which it refers and which are invoked by UPS [...]*¹⁰⁷.

183. Tras ello, el Tribunal Arbitral deberá determinar si ese consentimiento incluye las controversias que las Demandantes han sometido al Tribunal en este arbitraje o si, por el

¹⁰⁶ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 294, **RL-22**.

¹⁰⁷ *United Parcel Service of America, Inc. c. Canadá* (Caso CNUDMI), decisión sobre jurisdicción del 22 del noviembre de 2002, párr. 34, **RL-62** Ver también: *Société Générale de Surveillance c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), decisión sobre las objeciones a la jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 157, **RL-19**; *Methanex c. Estados Unidos* (Caso CNUDMI), laudo parcial sobre la jurisdicción del 7 de agosto de 2002, párrs. 119-121, **RL-63**.

contrario, los Nuevos Reclamos están excluidos del arbitraje. La interpretación del consentimiento deberá hacerse de acuerdo con las reglas de interpretación de la CVDT.

184. Como quedará demostrado a continuación, en ambos Tratados el consentimiento de Bolivia al arbitraje es limitado y, entre otros, excluye aquellos reclamos que son de naturaleza exclusivamente regulatoria o comercial bajo el Derecho boliviano, como son los Nuevos Reclamos.

185. En efecto, el consentimiento expresado en el artículo VIII(1) del Tratado con el Reino Unido se limita a:

*1. [L]as diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera que no hayan sido arregladas legalmente y amigablemente, pasado un período de seis meses de la notificación escrita del reclamo [...]*¹⁰⁸.

186. El sentido natural de los términos empleados delimita de manera clara el alcance del consentimiento de Bolivia, quien consintió a arbitrar únicamente aquellas diferencias “*concernientes a una obligación de [Bolivia] conforme a este Convenio*”. No se trata, por lo tanto, de un consentimiento amplio relativo a “cualquier diferencia” o a “toda diferencia” relativa a una inversión.

187. Como señaló el tribunal en el reciente caso *Iberdrola c. Guatemala*, interpretando un tratado similar al Tratado con el Reino Unido:

*Con respecto al texto y al contexto, el sentido natural de las palabras sugiere que las controversias para las cuales dio su consentimiento la República de Guatemala son aquellas que surgen “respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”. No se trata de una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias; ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión, sino **solamente a controversias referentes a cuestiones reguladas por el Tratado***¹⁰⁹.

188. La práctica de Bolivia en materia de tratados bilaterales de inversión demuestra que el Estado prestó una atención especial a la cláusula de controversias. De los 22 tratados de inversión suscritos por Bolivia (sin tomar en cuenta el Tratado con los Estados Unidos),

¹⁰⁸ Tratado con el Reino Unido, art. VIII (el resaltado es nuestro), **C-1**.

¹⁰⁹ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 301 (resaltado en original), **RL-22**.

12 contienen una cláusula de resolución de controversias bastante amplia, incluyendo el sometimiento de *cualquier* disputa relacionada con una inversión, sin limitación alguna¹¹⁰. 7 tratados, incluido el Tratado con el Reino Unido, tienen cláusulas que limitaban el objeto de la disputa a la violación de derechos conferidos por el tratado¹¹¹.

189. Por su parte, el Tratado con los Estados Unidos dispone que:

1.A efectos del presente Tratado, por diferencia relativa a inversiones se entiende una diferencia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte que surja de una autorización de inversión, acuerdo de inversión o supuesta infracción de cualquier derecho conferido, generado o reconocido por el presente Tratado con respecto a una inversión abarcada, o que se relacione con dicha autorización, acuerdo o infracción.

190. El consentimiento expresado por Bolivia en el Tratado con los Estados Unidos incluye, además de las disputas referentes a cuestiones reguladas por el Tratado mismo (como en el caso del Tratado con el Reino Unido), aquellas disputas que surgen de una “*autorización de inversión*” o un “*acuerdo de inversión*”.

191. En este sentido, podría catalogarse a los Tratados en dos categorías distintas, según:

*la tesis planteada por una parte de la doctrina especializada que ha identificado cuatro tipos de disposiciones en los tratados de protección de inversiones en lo referente al consentimiento. El primer grupo de tratados permite someter a arbitraje “todas” o “cualesquiera” controversias relativas a inversiones. El segundo grupo restringe el consentimiento al arbitraje – la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal – a las disputas que surjan de o que sean relativas a (i) una autorización de inversión; (ii) un contrato de inversión; o (iii) la alegación de una violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. El tercer grupo restringe la materia del arbitraje entre el inversionista y el Estado exclusivamente a violaciones de las disposiciones sustantivas del tratado mismo. El cuarto y último grupo, limita la jurisdicción*

¹¹⁰ Tratados suscritos por Bolivia con: Argentina (1994) art. IX.1, **R-11**; Austria (1997) art. 9.1, **R-14**; Costa Rica (2002) art. IX.1, **R-22**; Perú (1993) art. 11.1, **R-10**; Bélgica y Luxemburgo (1990) art. 11.1, **R-6**; Francia (1989) art. 8.1, **R-5**; Alemania (1987) art. 11.1, **R-17**; Países Bajos (1992) art. 9.1, **R-9**; Italia (1990) art. 9.1, **R-8**; Corea (1996) art. 12.1, **R-20**; Suiza (1987) art. 9.1, **R-4**; y China (1992) art. 8.1, **R-18**.

¹¹¹ Tratados suscritos por Bolivia con: Uruguay (2000) art. 10.1, **R-15**; Chile (1994) art. X.1, **R-12**; Cuba (1995) art. IX.1, **R-13**; Venezuela (2000) art. 9, **R-16**; Ecuador (1995) art. IX.4, **R-19**; España (2001) art. 11.1, **R-13**; y Suecia (1990) art. 8.1, **R-7**.

*ratione materiae del tribunal a disputas acerca del quantum a pagar en el caso de una expropiación ilegal*¹¹².

192. La diferencia entre el consentimiento de Bolivia en los Tratados es, sin embargo, irrelevante en el caso presente. Por un lado, las Demandantes no plantean reclamos basados en una autorización de inversión o un acuerdo de inversión (que, en cualquier caso, no existen). Por otro lado, las expresiones “*concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio*” (en el Tratado con el Reino Unido) y “*que surja de una [...] supuesta infracción de cualquier derecho conferido, generado o reconocido por el presente Tratado*” (en el Tratado con los Estados Unidos) son sinónimas: la disputa debe ser genuinamente una disputa bajo los Tratados.
193. Este Tribunal Arbitral tiene el deber, por lo tanto, de calificar los Nuevos Reclamos de las Demandantes y, como alegó Guatemala en el caso *Iberdrola*, “*asegurarse que las reclamaciones puestas a su consideración sean verdaderamente de naturaleza internacional y no reclamaciones domésticas ‘disfrazadas’*”¹¹³.

6.2 Los Nuevos Reclamos plantean, *prima facie*, disputas exclusivamente de Derecho boliviano y no genuinamente disputas bajo los Tratados o el Derecho internacional

194. Las disputas que plantean las Demandantes en relación con los Nuevos Reclamos no son genuinamente disputas bajo los Tratados:
- a. El Nuevo Reclamo relativo al precio *spot* de la energía eléctrica pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre cuál debería ser el precio aplicable a los productores de electricidad en Bolivia: si el que estaba vigente desde el Decreto Supremo N° 26093 de 2 de marzo de 2001 (que aprueba el Reglamento del Mercado Mayorista o “**ROME**”) o el que resulta del Decreto Supremo N° 29599 de 11 de junio de 2008 (que dispuso que las unidades generadoras que utilizan combustible líquido – como el diesel – y cuya participación en la producción durante la gestión 2007 no superó el 1% de la potencia de punta máxima

¹¹² *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 304, **RL-22**, citando a Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press (2009), págs. 234-235, **RL-57**, y Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, 2ª ed., págs. 233-236, **RL-30**.

¹¹³ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 313 (citando escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, párrs. 43 y 44), **RL-22**.

registrada debían ser remuneradas como generación forzada de acuerdo al artículo 67 del Decreto Supremo N° 26093).

- b. De forma similar, el Nuevo Reclamo relativo al precio básico de potencia (“**PBP**”) pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre cuál debería ser el PBP: si el que estaba vigente desde la Norma Operativa N° 19 de 2001, emitida por el CNDC y aprobada por la Superintendencia Sectorial de Electricidad (“**SSDE**”) mediante resolución SSDE N° 121/2001, o el que resultó de la nueva Norma Operativa N° 19 emitida también por el CNDC en febrero de 2007 y aprobada mediante resolución SSDE N° 040/2007.
- a. Por último, el Nuevo Reclamo relativo a los motores *Worthington* pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre una disputa comercial entre dos empresas bolivianas – Energía para Sistemas Aislados Energais S.A. (“**Energais**”) y EGSA – relativa a la devolución de dos motores depositados por la primera en la planta Aranjuez de la segunda. Esos motores, como admiten las Demandantes, no fueron parte del decreto de nacionalización de las acciones de EGSA¹¹⁴ ni existe ninguna medida respecto de estos motores atribuible a Bolivia, como soberano, que pueda dar lugar a su responsabilidad internacional.

195. *A título preliminar*, conviene recordar que el Tribunal Arbitral no está ligado por las calificaciones jurídicas propuestas por las Demandantes. Al contrario, deberá realizar su propia calificación objetiva de los Nuevos Reclamos. Para ello, el Tribunal Arbitral deberá considerar algunas cuestiones fácticas y jurídicas, sin que ello implique un riesgo de prejuzgamiento pues, como se indica a continuación, esta objeción se basa en las alegaciones de las propias Demandantes **(6.2.1)**.

196. En efecto, al realizar su propia calificación, el Tribunal Arbitral deberá constatar que, incluso asumiendo – *quod non* – que las alegaciones de las Demandantes fueran ciertas, los Nuevos Reclamos plantean, *prima facie*, disputas exclusivamente de Derecho boliviano y no genuinamente disputas bajo los Tratados o el Derecho internacional **(6.2.2)**.

¹¹⁴ Memorial de Demanda, párr. 167.

6.2.1 El Tribunal Arbitral debe realizar su propia calificación de los Nuevos Reclamos

197. Las Demandantes afirman haber presentado únicamente reclamos bajo los Tratados o “*treaty claims*”¹¹⁵.

198. Pero no es suficiente, como confirma la jurisprudencia internacional, afirmar que un reclamo ha sido presentado bajo un tratado para establecer la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional. Este argumento tautológico, reconocen los tribunales internacionales, es mero “*argument by labelling – not by analysis*”¹¹⁶.

199. En efecto, no basta con que un inversionista invoque la violación de un tratado para, automáticamente, conferir competencia a un tribunal arbitral constituido según el tratado:

*Yet, there comes a time when it is no longer sufficient merely to assert that a claim is founded on the treaty. The Tribunal must determine whether the claim truly does have an autonomous existence outside the contract*¹¹⁷.

200. En el mismo sentido, el tribunal en *SGS c. Filipinas* indicó que:

*[I]t is not enough for the Claimant to assert the existence of a dispute as to fair treatment or expropriation. The test for jurisdiction is an objective one and its resolution may require the definitive interpretation of the treaty provision which is relied on*¹¹⁸.

201. Por lo tanto, como lo indica el Prof. Douglas:

A tribunal is delinquent in performing its duty if it fails to apply a judicial test to determine the legal foundation of the claims or counterclaims submitted to

¹¹⁵ Respuesta de las Demandantes del 27 de agosto de 2012 a la Solicitud de Bifurcación de Bolivia, págs. 8-11 (sección III(A): (“*The Claimants have advanced Treaty Claims, not Contract Claims*”).

¹¹⁶ Por ejemplo, *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21) laudo del 28 de julio del 2009, párr. 61, **RL-18**.

¹¹⁷ *Id*, párr. 64 (el resaltado es nuestro).

¹¹⁸ *Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), decisión del Tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 157 (el resaltado es nuestro), **RL-19**. Igualmente, *Noble Energy, Inc. and Machalapower CIA. LTDA c. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad* (Caso CIADI No. ARB/05/12), decisión sobre la jurisdicción del 5 de marzo de 2008, párr. 151, **RL-20**.

*arbitration and instead simply adopts the characterization advanced by the claimant or the host state*¹¹⁹.

202. La aplicación del test que menciona el Prof. Douglas para calificar los reclamos y verificar si se trata de genuinos “*treaty claims*” no puede ni debe ser realizada en abstracto¹²⁰. Como correctamente resaltó el tribunal en el caso *Iberdrola*, la decisión del tribunal sobre las excepciones jurisdiccionales “*conlleva la necesidad de que el Tribunal analice cuestiones fácticas y jurídicas que le fueron sometidas y que resulten relevantes en relación con la materia*”¹²¹.
203. Ahora bien, esto no significa que exista un riesgo de prejuzgamiento pues, en este estadio del procedimiento, el Tribunal Arbitral deberá considerar las alegaciones de las propias Demandantes. La doctrina confirma que “*for purposes of jurisdiction, the characterization of the dispute as arising from a contract or from the treaty depends strongly on how the claims have been put forward by the claimant*”¹²².
204. Para formular una genuina “*treaty claim*”, el inversionista debe demostrar, por medio de un razonamiento claro y preciso, cuáles son los actos y conductas atribuibles al Estado que, según el Derecho internacional, constituirían violaciones del tratado.
205. La jurisprudencia internacional afirma el principio de la independencia de la calificación de los hechos internacionalmente ilícitos. Con base en dicho principio, la violación del tratado y las violaciones de un contrato o el derecho interno están basadas en normas independientes (“*independent standards*”). Por ejemplo, en un razonamiento que se aplica igualmente a la distinción entre la violación de un tratado y la violación de una norma de derecho interno, el tribunal en el famoso caso *Vivendi I* resaltó que:

En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3

¹¹⁹ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press (2009), párr. 503, **RL-21**.

¹²⁰ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21), laudo del 28 de julio del 2009, párrs. 62 y ss., **RL-18**.

¹²¹ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 287, **RL-22**.

¹²² G. S. Tawil, *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, en A. van den Berg, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 2006, pág. 502, **RL-64**.

y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”: [...]

De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencia a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán¹²³.

206. Las alegaciones de hecho presentadas por las Demandantes como sustento de sus Nuevos Reclamos y la reparación que solicitan bastan para concluir que se trata de reclamos fundados exclusivamente sobre el Derecho boliviano. En efecto, las Demandantes han intentado “disfrazar” sus Nuevos Reclamos de reclamos internacionales mediante calificaciones jurídicas forzadas que pretenden ocultar su verdadera naturaleza.

6.2.2 Los Nuevos Reclamos plantean, *prima facie*, disputas exclusivamente de Derecho boliviano y no genuinamente disputas bajo los Tratados o el Derecho internacional

207. A diferencia del reclamo sobre la nacionalización, los Nuevos Reclamos se basan, exclusivamente, en cuestiones de Derecho boliviano y no en la interpretación de las obligaciones de Bolivia bajo los Tratados. Concretamente:

- a. Respecto del precio *spot* de la energía eléctrica, la disputa que plantean las Demandantes es, en realidad, si el Decreto Supremo N° 29599 de 11 de junio de 2008 y la norma operativa dictada por el CNDC de conformidad con dicho Decreto son compatibles con el marco regulatorio que regulaba hasta entonces el precio *spot* de la energía eléctrica **(6.2.2.1)**;
- b. Respecto del PBP, la disputa que plantean las Demandantes es si existe una justificación técnica/económica para aplicar la Norma Operativa N° 19 en su

¹²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), decisión sobre la Anulación del 3 de julio de 2002, párrs. 95-96 (el resaltado es nuestro), **CL-26**.

versión de 2007 o si, como afirman las Demandantes, el Tribunal debe aplicar la versión de 2001 (6.2.2.2); y

- c. el reclamo sobre los motores *Worthington* es un reclamo puramente comercial regido por el Derecho privado boliviano respecto del cual las Demandantes ni siquiera alegan la existencia de un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado (6.2.2.3).

208. A continuación, Bolivia analizará cada una de las supuestas “*treaty claims*” de las Demandantes en relación con los Nuevos Reclamos para demostrar que las mismas constituyen, en realidad, disputas exclusivamente de Derecho boliviano.

6.2.2.1 *El Nuevo Reclamo relativo al precio spot de la energía eléctrica se basa, en realidad, en la conformidad de ciertas regulaciones del sector eléctrico al Derecho boliviano y no en violaciones de obligaciones de Bolivia bajo los Tratados*

209. Antes de analizar este Nuevo Reclamo en detalle, es importante que el Tribunal Arbitral conozca los principales instrumentos y actores que han participado en la regulación del sector eléctrico boliviano y, más concretamente, en las actividades de generación de EGSA desde su privatización a mediados de los años '90. El Dr. Quispe, Director General de Control y Fiscalización del Ministerio de Hidrocarburos y Energía, detalla en su declaración testimonial adjunta el marco regulatorio del sector eléctrico boliviano¹²⁴.

La normativa boliviana relativa al cálculo del precio spot de la energía eléctrica

210. La privatización del sector eléctrico en Bolivia fue posible gracias a dos leyes fundamentales:

- a. La Ley N° 1600 de 28 de octubre de 1994 del Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE (“**Ley SIRESE**”), que estableció el marco regulatorio general para las industrias de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y aguas - el llamado Sistema de Regulación Sectorial (“**SIRESE**”); y
- b. La Ley N° 1604 de 21 de diciembre de 1994 (“**Ley de Electricidad**”).

¹²⁴ Quispe, párrs. 8-24.

211. En lo relevante aquí, la Ley SIRESE creó un sistema piramidal en el que la Superintendencia General era el órgano superior y de tutela de las diversas Superintendencias Sectoriales encargadas de la fiscalización de cada sector regulado por esta ley (la SSDE en el caso del sector eléctrico)¹²⁵:
- a. Correspondía a las Superintendencias Sectoriales, entre otras funciones, (i) otorgar licencias, autorizaciones y concesiones; (ii) aprobar y publicar precios y tarifas; y (iii) conocer y procesar denuncias y reclamos interpuestos por medio de recursos administrativos de revocatoria¹²⁶; y
 - b. Correspondía a la Superintendencia General, por su parte, la (i) fiscalización y gestión de las Superintendencias Sectoriales y (ii) conocer y procesar denuncias y reclamos administrativos jerárquicos¹²⁷.
212. La Ley de Electricidad, por su parte, estableció el marco legal para el sector eléctrico. Entre otros aspectos, (i) creó la SSDE¹²⁸; (ii) creó el Comité Nacional de Despacho de Carga (“CNDC”), sometido a la fiscalización de la SSDE¹²⁹; (iii) dispuso la concesión de licencias operacionales por la SSDE¹³⁰; (iv) estableció el marco general para el cálculo y aplicación de precios y tarifas por el CNDC¹³¹; y (v) autorizó la privatización de empresas eléctricas estatales, mediante el procedimiento de capitalización¹³².
213. El CNDC, al contrario de la impresión que buscan crear las Demandantes, era un ente auto-regulador. Eran las propias empresas del sector eléctrico las encargadas, a través

¹²⁵ Ley SIRESE, arts. 7, 8 y 10, **C-54**. Este sistema estuvo vigente hasta 2009, fecha en que se promulgó el Decreto Supremo N° 071 de 9 de abril que suprimió las Superintendencias Sectoriales (entre ellas la SSDE) y la Superintendencia General del SIRESE. En lugar de la SSDE, se creó la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad (“AE”), entidad supeditada al Ministerio de Hidrocarburos y Energía (ver Decreto Supremo No. 071 de 9 de abril del 2009, arts. 1 y 47, **C-172**).

¹²⁶ Ley SIRESE, arts. 10 y 22.

¹²⁷ *Id.*, arts. 7 y 23.

¹²⁸ Ley de Electricidad, art. 12, **C-5**. En 2009, fue creada la AE, entidad supeditada al Ministerio de Hidrocarburos y Energía, en lugar de la SSDE, Quispe, párr. 23.

¹²⁹ Ley de Electricidad, art. 18.

¹³⁰ *Id.*, arts. 22-44.

¹³¹ *Id.*, arts. 45-55.

¹³² *Id.*, art. 70.

del CNDC, de coordinar las actividades de Generación, Transmisión y Despacho de Carga a costo mínimo dentro de la red eléctrica del país (también llamada Sistema Interconectado Nacional o SIN). Para ello, el CNDC contaba con 5 miembros titulares: un representante de las empresas de Generación, otro de las empresas de Transmisión, otro de las empresas de Distribución, un representante de los Consumidores No Regulados y un representante de la SSDE¹³³.

214. El Estado, a través de la SSDE, tenía una influencia muy limitada en las decisiones y normas operativas adoptadas por el CNDC. Como dispuso el Reglamento de Operación del Mercado Eléctrico Mayorista del 28 de junio de 1995 (“**ROME 1995**”), que desarrolló la Ley de Electricidad, “[l]as decisiones del [CNDC] se asumirán por simple mayoría de votos” y “[e]l miembro del [CNDC] representante de la [SSDE] [...] sólo podrá votar en caso de empate”¹³⁴.
215. Entre otras funciones que la Ley de Electricidad y el ROME 1995 encomendaron al CNDC, se incluyen: (i) “[c]alcular los precios de Nudo del [SIN], de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley y presentarlos a la [SSDE] para su aprobación”¹³⁵ y (ii) “[d]ictar normas operativas, obligatorias para los Agentes del Mercado, que determinen los procedimientos y las metodologías para operar el Mercado y administrar las transacciones del Mercado Spot [...]”¹³⁶.
216. Si bien la Ley de Electricidad dispuso algunos principios básicos respecto de la tarificación, el desarrollo de procedimientos detallados fue delegado a la reglamentación específica incluida en el ROME 1995 y, más específicamente, en el Reglamento de Precios y Tarifas de la Ley de Electricidad (dictado conjuntamente con el ROME 1995) (el “**RPT 1995**”)¹³⁷, los cuales remitían, a su vez, a las normas operativas que podía dictar el CNDC.

¹³³ *Id.*, art. 18.

¹³⁴ ROME 1995, art. 2, **R-27**.

¹³⁵ Ley de Electricidad, art. 19, **C-05**.

¹³⁶ ROME 1995, art. 3(h), **R-27**.

¹³⁷ RPT 1995, **R-28**.

217. El artículo 63 del ROME y, con mayor precisión, el RPT 1995 dispusieron que la remuneración por energía a los distribuidores en el mercado *spot* (esto es, el mercado de transacciones de compra-venta de electricidad a corto plazo, no contempladas en contratos de suministro) debía ser calculada por el CNDC multiplicando la energía horaria inyectada por cada central de generación a la red por el Costo Marginal de Corto Plazo de la Energía¹³⁸. A su vez, este Costo Marginal se definía como “*el costo [...] para suministrar un kilovatio-hora (kwh) adicional de energía, a un determinado nivel de demanda de potencia y considerando fijo el parque de generación y transmisión [...]*”¹³⁹. Este costo, por lo tanto, era determinado por la última unidad generadora que entraba en operación en un momento dado para abastecer la demanda de potencia programada por el CNDC de forma diaria, también llamada Unidad Generadora Marginal¹⁴⁰.
218. Puesto que el objetivo de la programación diaria por el CNDC (o predespacho) es “*satisfacer la demanda al mínimo costo total*”¹⁴¹, las primeras unidades generadoras llamadas a abastecer la demanda son las más eficientes económicamente – las centrales hidroeléctricas – y las últimas en suministrar energía al sistema son las menos eficientes (las que consumen diesel). Por lo tanto, la Unidad Generadora Marginal va cambiando a medida que la demanda horaria aumenta y es necesario incorporar al sistema unidades menos eficientes para satisfacer la demanda. Cuanto menos eficiente sea la Unidad Generadora Marginal, mayor es el precio *spot* (como sucede, por ejemplo, en las franjas horarias en las que existe una mayor demanda de electricidad u hora punta), lo que tiene un efecto perverso pues tiende a incentivar a los generadores a mantener unidades de generación ineficientes (como son las que operan con diesel) en lugar de sustituirlas por unidades más eficientes.

¹³⁸ ROME 1995, art. 63, **R-27**; RPT 1995, **R-28**.

¹³⁹ ROME 1995, art. 1, **R-27**.

¹⁴⁰ *Id.*, art. 1, (“Unidad Generadora Marginal. Es la última Unidad Generadora en condiciones de satisfacer un incremento de demanda, despachada por el [CNDC] de acuerdo con los procedimientos establecidos en el presente Reglamento”).

¹⁴¹ *Id.*, art. 41, (“El objetivo de la programación diaria o predespacho, es programar en forma integrada la operación del Mercado, de forma tal de abastecer la demanda al mínimo costo total, satisfaciendo el nivel de desempeño mínimo preestablecido. Se incluyen en esta programación, los compromisos de importación y exportación resultantes de los intercambios de electricidad acordados y los contratos vigentes con Agentes de países interconectados”).

219. Con estos antecedentes, en 1999 la SSDE y EGSA firmaron los contratos de licencia operacional para las centrales eléctricas de Guaracachi, Karachipampa y Aranjuez (las “**Licencias**”). Estas Licencias concedieron a EGSA un plazo de 30 años para actividades de generación eléctrica¹⁴² bajo el compromiso de (i) cumplir con todas las disposiciones legales que le sean aplicables¹⁴³; (ii) acatar todas las disposiciones e instrucciones que imparta la SSDE en el marco del sistema SIRESE¹⁴⁴; y (iii) cumplir con todas las disposiciones del CNDC¹⁴⁵.
220. Tras la firma de las Licencias, la CNDC adoptó la Norma Operativa N° 3 (“*Procedimiento para la Determinación de Costos Marginales*”), promulgada mediante Resolución de la SSDE N° 266/1999 del 7 de diciembre de 1999 (la “**Norma Operativa N° 3 1999**”)¹⁴⁶. Esta Norma Operativa N° 3 1999 dispuso qué unidades podrían ser Unidad Generadora Marginal y cómo calcular el costo marginal del sistema. Respecto del primer punto, esta norma preveía que podrían ser candidatas a Unidad Generadora Marginal todas las unidades térmicas (con excepción de las térmicas forzadas, como se explica a continuación) que estuvieran operando en las horas en punto (lo que excluye las unidades en procesos de carga, parada u otra condición especial en ese momento).
221. El artículo de la Norma Operativa N° 3 relativo a la elección de unidades candidatas a ser Unidad Generadora Marginal fue modificado, por primera vez, en 2000, mediante Resolución SSDE N° 021/2000 de 10 de marzo (la “**Norma Operativa N° 3 2000**”)¹⁴⁷.
222. Pasados 6 años desde el ROME 1995 y el RPT 1995, se adaptó el régimen tarifario mediante Decreto Supremo No. 26093 de 2 de marzo de 2001 en el que se publicó un nuevo ROME (el “**ROME 2001**”) con el objetivo, entre otros, de “*promover el*

¹⁴² Contrato de Licencia para Generación en la Central de Aranjuez de 22 de julio del 1999, Cláusula Décima Octava, **C-23**; Contrato de Licencia para Generación en la Central Guaracachi de 16 de marzo del 1999, Cláusula Trigésima, **C-22**; Contrato de Licencia para Generación en la Central Karachipampa de 22 de julio del 1999, Cláusula Décima Octava, **C-24**.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ Resolución SSDE No. 226 del 7 de diciembre de 1999, **C-76**.

¹⁴⁷ Resolución SSDE No. 021 del 10 de marzo de 2000, **R-29**.

*desarrollo eficiente del sector eléctrico” y “establecer una relación entre la remuneración por potencia y energía en función de la disponibilidad de las unidades generadoras”*¹⁴⁸.

223. El ROME 2001 modificó el ROME 1995 en varios aspectos relacionados con el cálculo del precio *spot* de la electricidad. Si bien seguía disponiendo que el precio sería calculado multiplicando la cantidad de energía suministrada por el costo marginal de corto plazo (dado por la Unidad Generadora Marginal), modificó la definición del costo marginal para excluir las unidades de “generación forzada”. Así, el artículo 1 del ROME 2001:

- a. Dispuso que el Costo Marginal de Corto Plazo de la Energía “[s]e calculará, como el costo de la generación requerida por el despacho económico [del CNDC], excluyendo la generación forzada por restricciones de acuerdo a lo definido en este Reglamento”¹⁴⁹.
- b. Incluyó como nueva definición el concepto de “Unidad Generadora Forzada” que “[e]s la unidad que resulta generando en forma obligada debido a requerimientos de desempeño mínimo en un área, desplazando generación de menor costo en el sistema”¹⁵⁰.

224. El ROME 2001 modificó, en consecuencia, la fórmula de cálculo de la remuneración a los generadores por transacciones en el mercado *spot*, excluyendo del cálculo la energía eléctrica correspondiente a, entre otros, generación forzada:

Artículo 67.- (REMUNERACION POR ENERGIA). *Al finalizar el mes, el [CNDC] calculará para cada Central la remuneración total por energía despachada, como la integración en el período de la energía horaria inyectada al Sistema Troncal de Interconexión multiplicada por el Costo Marginal de Energía Horario en el nodo. Para la energía correspondiente a generación forzada o energía generada por unidades asignadas al servicio de Reserva Fría, el Generador recibirá como remuneración su valorización a su costo variable*¹⁵¹.

¹⁴⁸ ROME 2001, Tercer y Cuarto “Considerandos”, C-85.

¹⁴⁹ *Id.*, art. 1 (el resaltado es nuestro).

¹⁵⁰ *Id.*, art. 1.

¹⁵¹ ROME 2001, art. 67 (el resaltado es nuestro), C-85.

225. Junto con el ROME 2001, se emitió un nuevo Reglamento de Precios y Tarifas mediante Decreto Supremo N° 26094 de 2 de marzo de 2001 (el “**RPT 2001**”)¹⁵².
226. Seguidamente, el CNDC adoptó una nueva Norma Operativa N° 3 con importantes modificaciones, aparentes desde el título mismo de la norma: “*Determinación de Costos Marginales, Remuneración y Asignación de Costos de Energía*”. Tras varios intercambios entre la SSDE y el CNDC respecto del nuevo texto, la versión final fue promulgada mediante Resolución SSDE N° 014/2003 del 7 de febrero de 2003 (“**Norma Operativa N° 3 2003**”)¹⁵³.
227. Esta Norma Operativa N° 3 2003 incluyó nuevas reglas relativas a, por ejemplo, la determinación de las unidades candidatas a ser marginales (Regla 9), la determinación de la unidad marginal (Regla 10), la determinación de las unidades en operación forzada (Regla 11), etc. Además, creó varias categorías de unidades de generación en función de su régimen de operación (Regla 7) y estableció, para cada uno de esos regímenes, una remuneración distinta por energía (Regla 12) centrales hidroeléctricas, unidades en operación forzada, unidades de Reserva Fría, unidades en Régimen de Transición y el resto de las Unidades Térmicas.
228. No es cierto, al contrario de la impresión que quieren crear las Demandantes, que existiera un régimen uniforme de remuneración para todas las unidades de generación del país¹⁵⁴. Tampoco es cierto que hasta 2008 todas las unidades de generación térmica fueran candidatas a ser Unidad Generadora Marginal¹⁵⁵. En cualquier caso, esto no es relevante para efectos jurisdiccionales y deberá ser considerado, de ser necesario (que no lo será) en el momento procesal oportuno.
229. El Nuevo Reclamo de las Demandantes relativo al precio *spot* de la energía eléctrica surge de una nueva reforma de la Norma Operativa N° 3 resultante del Decreto Supremo N° 29599 del 11 de junio de 2008 (el “**DS 29599**”)¹⁵⁶.

¹⁵² RTP 2001, **C-86**.

¹⁵³ Resolución SSDE No. 14 del 7 de febrero de 2003, **C-97**.

¹⁵⁴ Memorial de Demanda, párr. 190.

¹⁵⁵ *Id.*, párr. 191.

¹⁵⁶ Decreto Supremo No. 29599 del 11 de junio de 2008, **C-154**.

230. Este DS 29599 parte de la constatación del efecto perverso que tenía el método de cálculo del precio de la electricidad vigente hasta entonces: en las horas de mayor demanda, las unidades de generación más ineficientes (tanto en términos de costos – siendo el diesel más caro que el gas – como de daño al medioambiente) y que aportaban muy poca potencia al sistema, se convertían en Unidad Generadora Marginal y dictaban el precio que cobrarían todos los generadores por cada Kw/h aportado al sistema.
231. Como consecuencia, el precio de la energía cuando mayor producción se estaba aportando al sistema se disparaba, sin ninguna relación con el costo real de la electricidad producida por las demás unidades de generación. Esto generaba un “*windfall profit*” para los generadores y, de forma correspondiente, perjudicaba a los consumidores.
232. El sistema vigente hasta 2008 no incitaba a las empresas de generación a invertir en nuevos equipos más eficientes. Al contrario, existía un incentivo para no invertir en generadores eficientes y mantener viejas unidades de tal modo que éstas fueran llamadas a entrar en operación en hora punta para incrementar artificialmente el precio.
233. No debe sorprender que las Demandantes “olviden” mencionar que EGSA era la empresa que disponía de los equipos más ineficientes en el país: tres motores Dual Fuel de marca Nordberg instalados en la planta Aranjuez (los motores ARJ-1, ARJ-2 y ARJ-3) que habían sido adquiridos en 1974 y ya habían sobrepasado su tiempo de vida útil¹⁵⁷.
234. Además, el sistema vigente hasta 2008 no respondía al principio de eficiencia consagrado en el artículo 3 (a) de la Ley de Electricidad: “*El principio de eficiencia obliga a la correcta y óptima asignación y utilización de los recursos en el suministro de electricidad a costo mínimo*”¹⁵⁸.
235. Ante esta situación, el DS 29599 dispuso:

CONSIDERANDO:

[...]

¹⁵⁷ Ver listado de equipos de generación eléctrica de EGSA donde se evidencia que dichos motores habían estado en operación por 36 años para 2010, **R-33**.

¹⁵⁸ Ley de Electricidad, art. 3, **C-05**.

Que los costos de generación que son de referencia para la determinación de la remuneración en el sistema eléctrico, deben estar asociados necesariamente a la participación relativa a cada una de las unidades generadoras respecto a la producción del parque generador, de forma tal que dichos costos sean representativos del costo promedio en el que el sistema incurre, razonamiento que no se cumple a (sic.) momento del ingreso de unidades marginales que además utilizan combustibles costosos, aspecto que no es compatible con el Principio de Eficiencia consagrado en la Ley No. 1604 [de Electricidad].

Que el Plan Nacional de Desarrollo, establece el cambio de la matriz energética desplazando el consumo de combustibles líquidos para la generación de electricidad, por razones económicas y ambientales.

EN CONSEJO DE MINISTROS,

DECRETA:

ARTICULO UNICO.-

I. Para la determinación de la remuneración de la generación de electricidad en el [SIN], las unidades generadoras que utilicen combustible líquido y cuya potencia no supere el mínimo establecido, tendrán el mismo tratamiento que el de las unidades forzadas de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 1 y 63 del [ROME 2001];

II. La potencia mínima a la que se hace referencia en el numeral anterior, inicialmente será de uno por ciento (1%) de la potencia de punta máxima registrada en el sistema durante la gestión 2007. Dicho porcentaje podrá ser modificado por la [SSDE] a partir de un estudio y mediante Resolución Administrativa expresa.

III. Las unidades generadoras que utilicen combustible líquido y cuya participación no supere el mínimo establecido en el Parágrafo II del presente Decreto Supremo, serán remuneradas como generación forzada de acuerdo a lo señalado en el Artículo 67 del [ROME 2001]¹⁵⁹.

236. Por lo tanto, tan sólo aquellas unidades generadoras que, de forma *cumulativa*, reunían las dos condiciones previstas en el DS 29599 (esto es, utilización de combustible líquido – como el diesel – y con potencia menor al 1% de la potencia máxima registrada en 2007) dejarían de ser candidatas a ser Unidad Generadora Marginal. Simplificando, este Decreto eliminó de la fórmula de cálculo las unidades de generación que distorsionaban el precio *spot* de la electricidad. Las empresas que tenían estas unidades, sin embargo, no dejarían de cobrar por la energía aportada al sistema: recibirían una remuneración correspondiente a sus costos variables unitarios, de conformidad con la

¹⁵⁹ Decreto Supremo No. 29599 del 11 de Junio de 2008, art. Único (el resaltado es nuestro), **C-154**.

Norma Operativa N° 3 2003. Esto, a su vez, debía servir de incentivo para que las empresas generadoras sustituyeran los generadores diesel obsoletos por unidades más eficientes.

237. El DS 29599 fue implementado por el CNDC, quien adoptó una nueva modificación de la Norma Operativa N° 3, promulgada mediante Resolución SSDE N° 283 de 29 de agosto de 2008 (“**Norma Operativa N° 3 2008**”)¹⁶⁰. Esta norma operativa definió el concepto de Unidad de Combustible Líquido y la capacidad mínima a partir de la cual estas unidades seguirían el régimen de las unidades de generación forzada (8,954 kW).¹⁶¹

El Nuevo Reclamo relativo al cálculo del precio spot de la energía eléctrica

238. Un análisis detallado de cada una de las supuestas “*treaty claims*” de las Demandantes relativas a la reforma de la Norma Operativa N° 3 en 2008 es revelador en cuanto a su naturaleza puramente de Derecho boliviano:

- *Reclamo por supuesta violación del trato justo y equitativo*

239. Las Demandantes afirman que invirtieron en EGSA en función de lo que, en su criterio, eran “*fundamental principles enshrined in the regulatory framework relating to spot prices*”¹⁶² previstos en la Ley de Electricidad y el ROME 2001. Concretamente, según las Demandantes:

In accordance with the Electricity Law, the price paid to generators for power dispatched in the spot market was to be uniform, and determined by the market forces of supply and demand;

This uniform price was determined by the system’s marginal cost of power generation – that is, the variable cost of the least efficient plant running to meet demand at any given time, a system of price-setting that encouraged innovation and established incentives to invest in new generation technology;

¹⁶⁰ Resolución SSDE No. 283 del 29 de agosto de 2008, **C-160**; Memorial de Demanda, párr. 191.

¹⁶¹ Resolución SSDE No. 283 del 29 de agosto de 2008, ítem 8, **C-160**.

¹⁶² Memorial de Demanda, párr. 190.

*All generators received that uniform price, and were thus able to make a margin, which was equal to the difference between their own variable cost and the variable cost of the least efficient plant*¹⁶³.

240. A continuación, las Demandantes alegan, *quod non*, que el trato justo y equitativo bajo los Tratados requiere la “inmutabilidad y predictibilidad del marco regulatorio” y que el DS 29599 y la Norma Operativa N° 3 2008 alteraron los principios aplicables a la formación del precio *spot* de manera contraria a las supuestas “garantías” (o “principios fundamentales” vagamente descritos) que les conferían la Ley de Electricidad y el ROME 2001. Por ello, Bolivia habría violado sus obligaciones bajo los Tratados¹⁶⁴.

241. En definitiva, las Demandantes pretenden que el Tribunal Arbitral determine si, al emitir la Norma Operativa N° 3 2008, la autoridad administrativa competente en virtud del Derecho boliviano violó la ley boliviana. El debate de Derecho internacional es meramente teórico.

242. Como reconoce el perito evaluador de las Demandantes:

*To quantify the impact of Supreme Decree No. 29,599 and its ensuing Resolution, I have asked MEC to run dispatch simulations assuming that such norm was not enacted, that is assuming no exclusion of thermal units burning liquid fuels from spot price formation*¹⁶⁵.

243. En su cuantificación de este reclamo, deviene clara la pretensión de las Demandantes de que este Tribunal Arbitral actúe como máximo regulador del sector eléctrico en Bolivia, como entidad administrativa, para anular los efectos de la Norma Operativa N° 3 2008 y determinar, por sí solo, el método correcto de cálculo del precio *spot* de la energía. Este reclamo también equivale a pretender que el Tribunal Arbitral actúe como jurisdicción contencioso-administrativa habilitada para anular actos administrativos, tales como las Resoluciones de la SSDE. Sobre todo ello, este Tribunal carece de jurisdicción.

244. El tribunal en el caso *Iberdrola* fue muy claro al respecto al afirmar que:

si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ Memorial de Demanda, párr. 189 y ss.

¹⁶⁵ Informe del Sr. Manuel A. Abdala del 29 de febrero de 2012, párr. 112 (el resaltado es nuestro).

del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado.

[...]

El Tribunal reitera que coincide con la República de Guatemala en que:

[...]

“... [I]o que Iberdrola le está pidiendo a este Tribunal es simple y llanamente que decida cuál es la interpretación correcta, la de Iberdrola y EEGSA por un lado, o la de la CNEE, por el otro, sobre cuestiones puntuales del procedimiento guatemalteco de revisión tarifaria. También se le pide a este Tribunal que rehaga la revisión tarifaria como si éste fuera una agencia reguladora nacional. Es claro que dichas actuaciones escapan totalmente a las funciones de un tribunal internacional”¹⁶⁶.

245. Del mismo modo, y como se desarrollará más adelante, la jurisprudencia internacional considera que:

*This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime... the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a bona fide attempt to resolve these technical matters*¹⁶⁷.

- Reclamo por violación del estándar de la protección y seguridad plenas

246. Asumiendo, *arguendo*, que el estándar de la protección y seguridad plenas bajo los Tratados obligada a Bolivia a garantizar la seguridad jurídica de la supuesta inversión de las Demandantes y a mantener un marco jurídico estable, las violaciones de dicho estándar alegadas retoman la misma discusión de Derecho boliviano relativa al cálculo de los precios *spot* mencionada anteriormente.

¹⁶⁶ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párrs. 367 y 370, (citando Escrito posterior a la Audiencia de Guatemala, el resaltado es nuestro), **RL-22**.

¹⁶⁷ *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), laudo del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.33 (el resaltado es nuestro), **RL-24**.

247. En efecto, las Demandantes basan su reclamo en el hecho que Bolivia habría privado a las Demandantes de la protección y seguridad que ofrecía el “*spot Price formation system*”¹⁶⁸.

248. Del mismo modo que el reclamo por la supuesta violación del trato justo y equitativo, este reclamo pretende que el Tribunal Arbitral determine si el DS 29599 y la Norma Operativa N° 3 2008 eran conformes al “*spot Price formation system*” conformado por todas las normas bolivianas descritas anteriormente, lo que no entra dentro de su jurisdicción.

- *Reclamo por violación de la obligación de no menoscabar la inversión mediante la adopción de medidas irrazonables*

249. Sin discutir el contenido de dicho estándar, basta en esta etapa mencionar que las Demandantes lo asimilan con el estándar del trato justo y equitativo¹⁶⁹ y plantean su reclamo con base en las mismas alegaciones:

*The analysis presented above regarding the fair and equitable treatment and full protection and security standards applies equally here. Bolivia cannot be said to have acted reasonably when it altered a key aspect of the investment legal framework such as the scheme for the determination of the spot price to the detriment of the Claimants*¹⁷⁰.

250. Así las cosas, salta a la vista que los distintos reclamos calificados de “*treaty claims*” relativos al Nuevo Reclamo por el precio *spot* de la electricidad no son más que repeticiones, bajo distintos encabezados, de un único reclamo. El resultado debe ser el mismo: el rechazo de la jurisdicción del Tribunal.

251. Del mismo modo que en el caso *Iberdrola* en relación con la fijación de tarifas eléctricas:

No basta, en consecuencia, que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE. Tampoco basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el RLGE de “legítimas expectativas”, ni es suficiente calificar a las

¹⁶⁸ Memorial de Demanda, párr. 205.

¹⁶⁹ *Id.*, párr. 208.

¹⁷⁰ *Id.*, párr. 209 (el resaltado es nuestro).

interpretaciones del órgano regulador de Guatemala o a las decisiones de sus cortes, para persuadir al Tribunal de que debe resolver la controversia de derecho local como una violación del Tratado. Tampoco basta con etiquetar la interpretación de la CNEE o de las cortes como “arbitraria” para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo [...]”¹⁷¹.

6.2.2.2 *El Nuevo Reclamo relativo al PBP pretende, en realidad, que el Tribunal sustituya su propio criterio técnico/económico al criterio que Bolivia empleó, basándose en un estudio independiente, para modificar el cálculo del PBP*

252. Como para el Nuevo Reclamo relativo al precio *spot*, a continuación se incluye, en primer lugar, una breve descripción de los principales instrumentos que regulan el PBP desde la privatización de EGSA a mediados de los años ’90.

La normativa boliviana relativa al cálculo del PBP

253. La remuneración a las empresas generadoras por su potencia instalada (o precio básico de la potencia – PBP – también referido como precio básico de la potencia de punta) estaba ya prevista desde 1994 en la Ley de Electricidad¹⁷².

254. Como en el caso del precio *spot*, el método de cálculo del PBP fue definido en el ROME 1995 y, especialmente, el RPT 1995. En lo relevante a efectos de esta disputa, el PBP debía ser calculado, de conformidad con el artículo 15 del RPT 1995, partiendo del coste de inversión en nuevas unidades generadoras con base en el precio FOB de las nuevas unidades de generación:

1. Costo de inversión

a) Determinará la potencia nominal, tecnología y ubicación de la Unidad Generadora más económica apropiada, para suministrar potencia adicional durante las horas de demanda máxima anual del sistema. Determinará los años de vida útil de los respectivos equipos de generación e interconexión [...]

b) A la información de los precios FOB, de por lo menos dos fabricantes reconocidos, de una Unidad Generadora de tamaño y tecnología equivalente al definido en el inciso a) del presente artículo, se agregarán los costos de fletes, gastos de aduana, montaje, conexión y los demás que la

¹⁷¹ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 368, **RL-22**.*

¹⁷² Ley de Electricidad, art. 49(e), **C-05**.

Superintendencia determine como necesarios para dejar la Unidad Generadora en condiciones operativas; el total de gastos a agregar por estos conceptos no excederá del cincuenta por ciento (50%) del valor de catálogo de los equipos, porcentaje que podrá ser modificado por la Superintendencia mediante un estudio que fundamente el nuevo valor a adoptar¹⁷³.

255. Consecuentemente, correspondía a la SSDE determinar, con base en estudios técnicos, si el porcentaje del 50% que determina el Costo de Inversión debía mantenerse, reducirse o incrementarse.
256. La fórmula de cálculo del PBP en el RPT 1995 prevé que se sume al Costo de Inversión (i) un factor de recuperación del capital y (ii) los gastos fijos correspondientes a la operación, el mantenimiento y la administración de cada unidad generadora (por un máximo del 1.5% del Costo de Inversión). El resultado de esta sumatoria, dividido por la capacidad efectiva de la unidad generadora, constituye el precio unitario de la potencia. Este precio, a su vez, se incrementaba con (iii) un factor que considera la “no disponibilidad teórica del sistema” (calculado como el exceso porcentual que representa la capacidad efectiva respecto de la potencia firme de la unidad generadora) con un mínimo del 5% y un máximo del 15%¹⁷⁴.
257. Al igual que para el precio *spot*, el ROME 2001 y el RPT 2001 introdujeron modificaciones respecto del cálculo del PBP. Estas modificaciones se detallaron en la Norma Operativa N° 19 del CNDC (“*Determinación del Precio Básico de la Potencia de Punta*”), promulgada mediante Resolución de la SSDE N° 121 del 2 de agosto de 2001 (la “**Norma Operativa N° 19 2001**”)¹⁷⁵.
258. Entre otros cambios, conforme determina el párrafo primero de su artículo 1, el RPT 2001 dispuso que el Costo de Inversión será determinado en función del precio FOB de una Unidad Generadora escogida en razón de tener la potencia nominal, tecnología y ubicación más apropiadas para suministrar potencia adicional al sistema eléctrico en sus horas de punta. La Norma Operativa N° 19 2001 precisó la tecnología que debía servir de referencia (turbina a gas ciclo abierto)¹⁷⁶; estableció procedimientos precisos para la

¹⁷³ RPT 1995, art. 15, **R-28**.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ Norma Operativa N° 19 2001, **C-88**. Ver también RPT 2001, art. 18, **C-86**.

¹⁷⁶ Norma Operativa N° 19 2001, Regla 4.

determinación de (i) la ubicación de la unidad generadora de punta¹⁷⁷ y (ii) la unidad generadora de punta más económica¹⁷⁸; y dispuso una nueva fórmula de cálculo del costo total de la inversión en su Regla 7:

El Costo Total de Inversión de la unidad generadora seleccionada es la suma de los siguientes costos:

a) Precio de Lista

Corresponde al precio de lista publicado por la revista Gas Turbine World Handbook obtenido para los equipos y accesorios de la unidad seleccionada.

b) Equipos complementarios

Al valor obtenido en el inciso a) se incrementa el 20% a fin de considerar el costo de todos los equipos complementarios.

c) Costos adicionales

Al valor obtenido en el inciso b) se incrementa en 50% correspondiente al (sic.) los demás costos necesarios para dejar la unidad generadora en condiciones operativas. Entre los costos adicionales se incluyen los siguientes:

- 1. Fletes: Transporte, carga, descarga, almacenaje, seguros*
- 2. Gastos de aduana*
- 3. Obras civiles y montaje electromecánico*
- 4. Conexión*
- 5. Ingeniería*
- 6. Administración*
- 7. Supervisión*
- 8. Puesta en servicio (incluye seguros)*
- 9. Costos Financieros*
- 10. Estudios y Licencias Medio Ambiente*
- 11. Terreno¹⁷⁹*

¹⁷⁷ *Id.*, Regla 5.

¹⁷⁸ *Id.*, Regla 6.

¹⁷⁹ *Id.*, Regla 7.

259. Como puede apreciarse, la Norma Operativa N° 19 2001 introdujo un nuevo concepto (“Equipos Complementarios”) que no estaba previsto ni en el ROME 2001 ni en el RPT 2001 y por el que el costo de inversión podía llegar hasta el 180% del precio FOB de la turbina seleccionada ($= (X + 50\%X) \times 1.2$). Esta modificación se debió a motivos coyunturales: en el año 2001, la recesión internacional llevó a una rebaja significativa de los precios FOB de las turbinas, lo que ocasionaba que el precio de potencia calculado con base en los precios publicados entonces no permitiera remunerar suficientemente la inversión.
260. Este Costo Total de Inversión, a su vez, servía de base para la determinación del costo de la potencia, distinguiendo entre costo de inversión asociado a la generación (igual al 91% del Costo Total de Inversión) y costo de inversión asociado a la transmisión (el 9% restante). Para calcular el costo anual de la potencia, el costo resultante de la operación anterior debía (i) multiplicarse por un factor de recuperación de capital calculado con base en la vida útil de los equipos (20 años para equipos de generación) y (ii) ser incrementada por la anualidad de los Gastos Fijos de Operación, Mantenimiento y Administración (1.5% del Costo Total de Inversión). Estos rubros de costo de inversión y gasto fijo, por último, se expresaban en base mensual para determinar el PBP¹⁸⁰.
261. Finalmente, según la Norma Operativa N° 19 2001, el PBP se obtenía a partir del Precio Unitario de la Potencia (resultante de la división del costo mensual de la potencia por la potencia en sitio (en KW/h) de la unidad generadora seleccionada) después de aplicar al mismo (i) un factor de no disponibilidad teórica (entre 1.05 y 1.15) – que ya existía en el RPT 1995 – y (ii) un nuevo factor de no disponibilidad programada que toma en cuenta los días necesarios por año para mantenimiento (estimados en 27 inicialmente, por lo que el factor sería de 1.06)¹⁸¹. Correspondía a la SSDE aprobar el coeficiente de no disponibilidad programada¹⁸².
262. Desde la promulgación del RPT 2001, la Norma Operativa No. 19 fue, además de corregida por un error de transcripción¹⁸³, modificada cuatro veces mediante las

¹⁸⁰ *Id.*, Regla 8.

¹⁸¹ *Id.*, Regla 9. *Ver* también: RPT 2001, art. 18, **C-86**.

¹⁸² RPT 2001, art. 18, **C-86**.

¹⁸³ Resolución SSDE No. 125 del 3 de agosto de 2001, **R-37**.

Resoluciones SSDE N° 074 de 20 de febrero de 2004 (la “**Norma Operativa N° 19 2004**”) ¹⁸⁴, SSDE N° 288 de 10 de octubre de 2006 (la “**Norma Operativa N° 19 2006**”) ¹⁸⁵, SSDE N° 40 de 8 de febrero de 2007 (la “**Norma Operativa N° 19 2007**”) ¹⁸⁶ y AE N° 561 de 12 de noviembre de 2010 (la “**Norma Operativa N° 19 2010**”) ¹⁸⁷.

263. La Norma Operativa N° 19 2004 fue consecuencia del Decreto Supremo N° 27354 de 4 de febrero de 2004, el cual trató de mitigar el impacto de las fluctuaciones en el precio de las turbinas (lo que había llevado, en 2001, a crear el incremento del 20% por equipos complementarios) modificando la definición de “*Precio de Lista*” como sigue:

a) Precio de Lista

Corresponde al promedio de los precios de lista publicados en las cuatro últimas ediciones disponibles de la revista Gas Turbine World Handbook en su edición anual, correspondientes a la columna denominada “Plant Price” o su equivalente posterior y que incluye tanto el precio de la unidad como los equipos y accesorios de la unidad seleccionada ¹⁸⁸.

264. La Resolución SSDE N° 288 abrogó formalmente las resoluciones anteriores que habían adoptado la Norma Operativa N° 19 y promulgó la nueva Norma Operativa N° 19 2006. Como muestra su Cuarto Considerando:

[...] los precios de Potencia de Punta determinados aplicando la Norma Operativa N° 19, han mostrado variaciones semestrales significativas, ocasionando inestabilidad en los precios del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y dificultades en su transferencia a los precios aplicables a los consumidores regulados, por lo que es necesario modificar la norma operativa a fin de atenuar las variaciones semestrales de los precios de Potencia de Punta ¹⁸⁹.

265. La Norma Operativa N° 19 2006 retomó el anterior sistema de cálculo del PBP e introdujo algunas precisiones importantes en el procedimiento de determinación, por ejemplo, de la unidad generadora de punta más económica (con mayor detalle en cuanto

¹⁸⁴ Norma Operativa N° 19 2004, **R-31**.

¹⁸⁵ Norma Operativa N° 19 2006, **R-30**.

¹⁸⁶ Norma Operativa N° 19 2007, **C-129**.

¹⁸⁷ Norma Operativa N° 19 2010, **R-32**.

¹⁸⁸ Norma Operativa N° 19 2004, art. 1 modificadorio de la Regla 7(a), (el resaltado es nuestro), **R-31**.

¹⁸⁹ Norma Operativa N° 19 2006, Cuarto Considerado **R-30**.

a las características de las turbinas) y, especialmente, en cuanto al precio de la turbina que debía considerarse. La referencia, en la versión de 2004, a las 4 últimas “ediciones” del Gas Turbine World Handbook era confusa por cuanto esta publicación no era periódica. Para evitar ambigüedades, la Norma Operativa N° 19 2006 dispuso:

a) Precio de Lista

*Corresponde al promedio de los precios de lista (columna “Budgetary Price” o su equivalente posterior), de las publicaciones de la revista “Gas Turbine World Handbook” de los últimos cuatro (4) años previos a la declaración de agentes para la Programación de Mediano Plazo*¹⁹⁰.

266. Tanto la Norma Operativa N° 19 2004 como la Norma Operativa N° 19 2006 mantuvieron intacto el incremento del 20% por equipos complementarios, pese a que ya no se justificaba económicamente.
267. La Norma Operativa N° 19 2006 fue objeto de un recurso de revocatoria por las empresas generadoras, lo que condujo a la SSDE a encargar un estudio técnico independiente de los valores que componían el cálculo del PBP. Este estudio demostró la necesidad de modificar la Norma Operativa N° 19 2006. Como muestran los Considerandos de la Norma Operativa N° 19 2007, promulgada tan solo 4 meses después de la versión de 2006:

Que con la finalidad de resolver los recursos de revocatoria interpuestos [contra la Norma Operativa N° 19 2006] y como medida de mejor proveer [...] se contrató el servicio de consultoría de la firma consultora especializada en regulación de energía “BATES WHITE LLC”, para que realice un análisis técnico-jurídico de los argumentos presentados en los recursos de revocatoria interpuestos y consiguientemente analice la Norma Operativa N° 19, así como el procedimiento para la determinación del Precio Básico de la Potencia de Punta para la remuneración de la potencia de las unidades generadoras señaladas en dicha Norma Operativa (consultoría denominada: “Revisión de la Norma Operativa N° 19 “Determinación del Precio Básico de la Potencia de Punta”).

[...]

Que al haberse revocado la [Norma Operativa N° 19 2006 por cuestiones de procedimiento], y de acuerdo al trabajo realizado con la empresa consultora y las recomendaciones emergentes de la parte legal de la misma; [...] se establecieron diferentes observaciones al proyecto

¹⁹⁰ Norma Operativa N° 19 2006, Regla 7(a) (el resaltado es nuestro), **R-30**.

de Norma Operativa N° 19 (enviada por el CNDC mediante nota CNDC-LP 102/2006 de 29 de septiembre de 2006) [...] ¹⁹¹.

268. La consultora Bates White (basada en Washington D.C. y reconocida a nivel mundial por su pericia en el sector eléctrico) realizó un estudio pormenorizado de los costos reales asociados con la adquisición e instalación de turbinas de gas. El resultado, como muestra su informe de enero de 2007 (el “**Informe Bates White**”)¹⁹², es que no existía ninguna justificación económica para sumar al precio FOB de la turbina más 50% de costos adicionales *otro 20% más* por concepto de “equipos complementarios”. En sus conclusiones, Bates White señala:

¹⁹¹ Norma Operativa N° 19 2007, págs. 1-2, **C-129**.

¹⁹² Informe de Bates White LLC del 18 de enero de 2007 sobre la Revisión de la Norma Operativa No.19, **R-34**.

III. CONCLUSIONES

Este informe analiza si el 50% de costos adicionales contemplados en el RPT es suficiente para incorporar los costos necesarios para dejar la unidad generadora en condiciones operativas y si existe evidencia de que este porcentaje debe ser incrementado por la Superintendencia. Se analizaron los costos de inversión en una unidad generadora de ciclo abierto, se analizó la metodología de la Norma 19, y se analizaron de manera crítica y como puntos de referencia los porcentajes de costos adicionales con respecto al valor FOB obtenidos por estudios sobre costo de inversión en potencia de punta realizados en Bolivia, en Perú, en Chile y en los sistemas interconectados de Nueva York y Nueva Inglaterra en Estados Unidos. Entre otros aspectos, se evaluó además si la información sobre el precio de lista de la turbina de “los últimos cuatro (4) años previos a la declaración de agentes para la Programación de Mediano Plazo”, como lo establece la Norma 19, es la más recomendable desde el punto de vista económico para calcular el Precio Básico de Potencia de Punta y contribuir al mismo tiempo con el objetivo de estabilización de precios.

De acuerdo al artículo 18 del RPT, el 50% de costos adicionales podrá ser modificado mediante un estudio que fundamente el nuevo valor a adoptar. El 20% adicional incluido en la Norma 19 no está sustentado en el RPT. Se recomienda eliminar el 20% que incluye la Norma 19 y utilizar un único porcentaje para equipos complementarios y costos adicionales, siguiendo los resultados de este informe.

Se concluye en este informe que el total de costos adicionales, incluyendo equipos complementarios y todos los costos necesarios para dejar la unidad generadora en condiciones operativas, asciende al 48,6% del valor FOB o precio de lista de la turbina. Se recomienda entonces a la Superintendencia no modificar el 50% de costos adicionales establecido en el RPT. Dado que este 50% de costos adicionales implicaría un 5% del valor FOB como margen para imprevistos y otros costos no considerados explícitamente en este informe (lo cual equivale a tomar como imprevistos un 13,75 % de los costos mas imprevisibles, transporte y construcción), es posible afirmar que no se requieren costos por encima del 50% del valor FOB de la turbina para poner la unidad generadora en condiciones operativas.

Se concluye además que es razonable usar el promedio de precios de las unidades generadoras de los últimos cuatro años (ajustados por inflación), en vez de basarse sólo en la publicación más reciente, para evitar variaciones significativas en el precio de potencia. Finalmente, la especificación de que deben tomarse precios de años “previos” no es necesaria para la estabilización de precios y puede

269. La primera propuesta del CNDC, en 2007, de una nueva Norma Operativa N° 19 fue rechazada por la SSDE por no ser conforme a una resolución anterior. Seguidamente, la CNDC presentó una nueva propuesta de norma operativa en la que adoptaba el criterio del Informe Bates White. Esta propuesta fue sometida al criterio de la Dirección del Mercado Eléctrico Mayorista, quien determinó que:

El criterio técnico determinado en el inciso b) “Costos Adicionales”, del numeral 7 de la Norma Operativa N° 19, coincide con el resultado de la última consultoría encargada por la [SSDE a Bates White] y el criterio técnico de la Dirección del Mercado Eléctrico Mayorista de que el 50% del incremento al valor obtenido del inciso a) del mismo numeral 7, incluye todos los “costos necesarios para dejar la unidad generadora en condiciones operativas”, donde también están incluidos los costos de interconexión al STI. Este criterio de la Norma Operativa N° 19 confirma los principios a) de eficiencia, e) de adaptabilidad y f) de neutralidad del Artículo 3 de la Ley de Electricidad, reconociendo mediante esta metodología el costo total de inversión de los Agentes Generadores¹⁹³.

270. Por lo tanto, la Norma Operativa N° 19 2007 eliminó el incremento adicional de 20% por “equipos complementarios” en el cálculo del costo de la inversión para corregir la distorsión creada en el mercado por este concepto que, como demostraron los estudios técnicos, no se justificaba económicamente.

271. Por último, en noviembre de 2010 la AE (que, para entonces, había sustituido a la SSDE) promulgó la Norma Operativa N° 19 2010 con el fin de “*incorporar cambios de forma que contemplen en su texto las nuevas normas del sector y la creación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad [...]*”¹⁹⁴.

- *Reclamo relativo a la supuesta violación de la obligación de proporcionar medios eficaces de hacer valer las reivindicaciones y hacer cumplir los derechos respecto del PBP*

272. Como menciona el Memorial de Demanda¹⁹⁵ y se describe en la Sección 7 a continuación, desde 2007 las Demandantes han venido impugnando la validez de la

¹⁹³ Norma Operativa N° 19 2007, Considerando Segundo (el resaltado es nuestro), **C-129**.

¹⁹⁴ Norma Operativa N° 19 2010, Considerando (Análisis), **R-32**.

¹⁹⁵ Memorial de Demanda, párrs. 93-94.

Norma Operativa N° 19 2007, tanto en la vía administrativa como en la contencioso-administrativa. Según las Demandantes, la tramitación de su recurso ante la Corte Suprema de Bolivia habría sufrido “*unacceptable and unjustified delays*” al haberse demorado por más de 3 años¹⁹⁶.

273. El único reclamo formulado por las Demandantes en este arbitraje contra dicha Norma Operativa N° 19 2007 es la supuesta violación de la obligación de proporcionar medios eficaces de hacer valer las reivindicaciones y hacer cumplir los derechos respecto del PBP; obligación prevista únicamente en el Tratado con los Estados Unidos (art. II(4))¹⁹⁷.
274. Sin necesidad de entrar en la discusión sobre el contenido de dicha obligación ni la posibilidad de importar dicha norma en el Tratado con el Reino Unido por medio de la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal Arbitral deberá constatar que este reclamo pretende, en realidad, que el Tribunal decida si existió una justificación técnica/económica para aplicar la Norma Operativa N° 19 en su versión de 2007 o si, como afirman las Demandantes, la versión de 2001 debería aplicarse. Se trata, pues, de un reclamo exclusivamente de Derecho boliviano “disfrazado” de “*treaty claim*”.
275. La verdadera naturaleza del reclamo de las Demandantes queda patente en su presentación del reclamo y, sobre todo, en su cuantificación de los supuestos daños. En efecto, las Demandantes alegan que:

*in the case at hand Guaracachi has experienced significant and unjustified delays in its appeals against Resolution SSDE No. 040, which detrimentally altered the manner in which capacity prices were calculated*¹⁹⁸;

*capacity prices are a key aspect of the remuneration of Guaracachi's investments*¹⁹⁹;

In the event that this challenge [before the Supreme Court] were to be successful, the Claimants would be entitled to receive the value of its business

¹⁹⁶ *Id.*, párrs. 217-219.

¹⁹⁷ *Id.*, párr. 220.

¹⁹⁸ *Id.*, párr. 216 (el resaltado es nuestro).

¹⁹⁹ Memorial de Demanda, párr. 219 (el resaltado es nuestro).

*as of the date of expropriation calculated with the additional cash flows unaffected by the unlawful reduction in capacity payments*²⁰⁰.

276. No es casualidad que, al cuantificar sus supuestos daños resultantes de la alegada “demora injustificada” del Poder Judicial boliviano, el perito nombrado por las Demandantes, el Sr. Abdala, afirme:

*I have been instructed by Counsel to calculate damages, considering that the 20% complementary equipment costs component would have been reinstated by the Bolivian courts, with retroactive effect to 2007*²⁰¹.

277. Queda claro de su pretensión que las Demandantes no están reclamando una indemnización por una supuesta “demora” de la Corte Suprema boliviana, sino que reclaman una indemnización que anularía los efectos de la Norma Operativa N° 19 2007, sustituyéndose así a la SSDE e, incluso, a la Corte Suprema.

278. De manera similar a las Demandantes, el inversionista en el caso *Iberdrola* intentó plantear bajo un tratado cuestiones de naturaleza puramente regulatorias sometidas al derecho guatemalteco concernientes a las tarifas aplicables en el sector eléctrico. El tribunal no dudó en considerar que dichos reclamos no son reclamos bajo el tratado :

*la sustentación de la Demandante de la alegada violación de Guatemala de los estándares del Tratado se basa en las diferencias de interpretación de las normas de la República de Guatemala y de las fórmulas económicas para calcular el VAD que tuvieron EEGSA y la CNEE, durante el proceso de revisión tarifaria para el quinquenio 2008 - 2013. Más allá de etiquetar las actuaciones de la Demandada, la Demandante no presenta un razonamiento claro y concreto sobre cuáles son, a su juicio, los actos de imperio de la República de Guatemala que, en derecho internacional, podrían constituir violaciones del Tratado. En las alegaciones de la Demandante, el Tribunal no encuentra más que una discusión de derecho local, que no tiene competencia para retomar y volver a resolver como si fuera una corte de apelación*²⁰².

279. Como acertadamente indicó el tribunal *Iberdrola*:

²⁰⁰ *Id.* (el resaltado es nuestro).

²⁰¹ Informe del Sr. Manuel A. Abdala del 29 de febrero de 2012, párr. 127 (el resaltado es nuestro).

²⁰² *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 349 y también 351 (“Como lo afirmó el Tribunal y lo acredita el expediente, más allá de la calificación que la Demandante dio a los temas controvertidos, la parte sustancial de esos temas y, sobre todo, de las controversias que la Demandante pide al Tribunal que resuelva, se refieren al derecho guatemalteco. En los distintos escritos presentados durante el arbitraje, las Partes debatieron in extenso sobre la forma en la que debían interpretarse determinadas disposiciones del derecho guatemalteco, y particularmente, las disposiciones de la LGE y el RLGE”), **R-22**.

No basta, en consecuencia, que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE. Tampoco basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el RLGE de “legítimas expectativas”, ni es suficiente calificar a las interpretaciones del órgano regulador de Guatemala o a las decisiones de sus cortes, para persuadir al Tribunal de que debe resolver la controversia de derecho local como una violación del Tratado. Tampoco basta con etiquetar la interpretación de la CNEE o de las cortes como “arbitraria” para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo o que se dio una verdadera controversia internacional respecto de una expropiación, porque la Demandante considera que el criterio financiero que usó Bates White para calcular el VAD es el correcto y todos los demás, (incluido el VAD propuesto por uno de los ejecutivos de EEGSA), erróneos. O que las interpretaciones de la LGE y del RLGE, respaldadas por las cortes de Guatemala, son violatorias del Tratado porque no coinciden con las de Iberdrola²⁰³.

280. La conclusión del tribunal en el caso *Iberdrola* sobre la naturaleza no internacional de los reclamos planteados por el inversionista en aquel caso se aplica, *mutatis mutandis*, al presente caso.

6.2.2.3 *El reclamo sobre los motores Worthington es un reclamo puramente comercial regido por el Derecho privado boliviano*

281. Las Demandantes alegan que, como parte de la nacionalización de EGSA, Bolivia habría expropiado ilícitamente dos motores *Worthington* de propiedad de Energais (supuestamente, subsidiaria de Rurelec).

282. *En primer lugar*, este Nuevo Reclamo pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre una disputa comercial entre dos empresas bolivianas – Energais y EGSA – relativa a la devolución de dos motores depositados por la primera en la planta Aranjuez de la segunda.

283. Las Demandantes reconocen que los motores habían sido objeto de una operación de compra y venta entre EGSA y Energais en 2004²⁰⁴ y que, desde entonces, dichos motores estaban desmantelados y fuera de uso, depositados en los locales de EGSA.²⁰⁵

²⁰³ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 368, **RL-22**.

²⁰⁴ Memorial de Demanda, párrs. 73 y 113.

²⁰⁵ *Id.*, párr. 74.

284. La jurisprudencia arbitral reconoce que reclamos fundados en cuestiones puramente comerciales no dan lugar a reclamos bajo tratados de inversión. Por ejemplo, reclamos fundados en contratos de compra y venta no pueden ser considerados “*treaty claims*”:

*The Tribunal is also mindful that if a distinction is not drawn between ordinary sales contracts, even if complex, and an investment, the result would be that any sales or procurement contract involving a State agency would qualify as an investment. International contracts are today a central feature of international trade and have stimulated far reaching developments in the governing law, among them the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and significant conceptual contributions. Yet, those contracts are not investment contracts, except in exceptional circumstances, and are to be kept separate and distinct for the sake of a stable legal order. Otherwise, what difference would there be with the many State contracts that are submitted every day to international arbitration in connection with contractual performance, at such bodies as the International Chamber of Commerce and the London Court of International Arbitration?*²⁰⁶

285. *En segundo lugar*, las mismas Demandantes reconocen que los motores no estaban dentro del ámbito de aplicación del Decreto de nacionalización:

*Bolivia seized Energais’s Worthington engines, which were not even covered by the Nationalization Decree. Naturally, no compensation was ever offered to Energais or its majority shareholder, Rurelec, for this expropriation*²⁰⁷

286. Por lo tanto, *según las propias Demandantes*, la expropiación de los motores no fue llevada a cabo por el Decreto de nacionalización.

287. Sin embargo, las Demandantes no indican qué actos de Bolivia, supuestamente, podrían constituir, en Derecho internacional, una expropiación de los motores *Worthington*.

288. Las Demandantes alegan que, desde la nacionalización de EGSA, esta empresa se negó a devolver dichos motores y que, de alguna manera inexplicada, esto constituiría una expropiación ilícita por parte de Bolivia de una “inversión” de Rurelec bajo los Tratados.

289. En realidad, las Demandantes basan su reclamo, única y exclusivamente, en supuestas afirmaciones orales del Gerente de la ENDE²⁰⁸ que, incluso si fueran ciertas, no pueden de manera alguna comprometer al Estado bajo el Derecho internacional.

²⁰⁶ *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), laudo del 6 de agosto de 2004, párr. 58, **RL-11**.

²⁰⁷ Memorial de Demanda, párr. 167.

290. Según disponen las normas de derecho internacional consuetudinario sobre las declaraciones unilaterales capaces de crear obligaciones internacionales para los Estados:

[a] unilateral declaration binds the State internationally only if it is made by an authority vested with the power to do so. By virtue of their functions, heads of State, heads of Government and ministers for foreign affairs are competent to formulate such declarations. Other persons representing the State in specified areas may be authorized to bind it, through their declarations, in areas falling within their competence²⁰⁹.

291. Es obvio que el Gerente de la ENDE no es un funcionario habilitado a expropiar, en nombre de Bolivia, los bienes pertenecientes a empresas privadas, como Energais. Por lo tanto, incluso si fueran ciertas las alegaciones de las Demandantes, no estamos, *prima facie*, ante un genuino “*treaty claim*”.

6.3 En consecuencia, el Tribunal Arbitral deberá declarar que carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre los Nuevos Reclamos

292. Como quedó demostrado, las diferencias que las Demandantes han sometido a este Tribunal Arbitral con relación a los Nuevos Reclamos no pueden ser caracterizadas como diferencias relativas a violaciones de las disposiciones sustantivas de los Tratados, a pesar de los intentos de las Demandantes. Los reclamos planteados por las Demandantes son reclamos de naturaleza puramente regulatoria y comercial bajo el Derecho boliviano.

293. Como el tribunal en el reciente caso *Iberdrola* explicó, las cuestiones de naturaleza regulatoria deben ser sometidas al foro local al tratarse de reclamos puramente técnicos con base en el derecho nacional. Las consideraciones de dicho tribunal ameritan ser citadas *in extenso*:

El Tribunal reitera que más allá de etiquetar las conductas de la [Comisión Nacional de Energía Eléctrica o CNEE] como violatorias del Tratado, no planteó la Demandante una controversia bajo el Tratado y el derecho internacional, sino un debate técnico, financiero y jurídico sobre disposiciones del derecho del Estado demandado.

²⁰⁸ Memorial de Demanda, párr. 112 (“*Guaracachi’s new Board of Directors and the General Manager of ENDE rejected Energais’s request. They claimed that the Engines had been nationalized pursuant to Decree 0493, and therefore belonged to the Bolivian State*”).

²⁰⁹ Comisión de derecho internacional, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, 2006, Principio 4, **RL-65**.

En efecto, tal como planteó la Demandante su reclamación en este caso, lo que pide del Tribunal - con independencia de la denominación que le dé a sus reclamaciones - es la revisión de las decisiones regulatorias de la CNEE, del [Ministerio de Energía y Minas] y las judiciales de las cortes guatemaltecas, no a la luz del derecho internacional, sino del derecho interno de Guatemala. El Tribunal, según la reclamación planteada por la Demandante, tendría que actuar como ente regulador, como entidad administrativa y como corte de instancia, para definir, entre otros y a la luz del derecho guatemalteco, [asuntos de naturaleza técnica concerniente al régimen de fijación de tarifas de Guatemala].

[...]

En resumen, la Demandante pide al Tribunal que actúe como juez de instancia para definir el debate que se dio de acuerdo con el derecho guatemalteco y que le conceda la razón en su interpretación de cada uno de los asuntos debatidos, de manera que, a partir de esa decisión de este Tribunal Arbitral, la Demandante pueda construir y reclamar una violación de los estándares del Tratado.

Para el Tribunal es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre “cuestiones reguladas” por el Tratado²¹⁰.

294. Por último, como el Tribunal Arbitral habrá notado, las Demandantes pretenden, a través de sus Nuevos Reclamos relativos a los precios *spot* y el PBP, que el Tribunal Arbitral ejerza funciones que le competen exclusivamente a las autoridades administrativas y los jueces contencioso-administrativos bolivianos.

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

295. De manera subsidiaria, incluso si, *quod non*, el Tribunal Arbitral considera que tiene jurisdicción para decidir sobre los Nuevos Reclamos (que no fueron notificados, en violación de los Tratados, y que no constituyen reclamos bajo el Derecho internacional), el Tribunal Arbitral deberá considerar que las Demandantes ya eligieron la vía local para resolver el reclamo relativo al PBP²¹¹. De conformidad con el artículo IX(2) del

²¹⁰ *Iberdrola Energía, S.A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), laudo del 17 de agosto de 2012, párrs. 353-356, **RL-22**.

²¹¹ Memorial de Demanda, párrs. 89-94.

Tratado con los Estados Unidos, esta elección de vía excluye la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre este mismo reclamo.

296. El inciso (a) del artículo IX(2) de dicho Tratado prevé la posibilidad para el inversionista de someter una diferencia para su resolución “[a] los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia²¹²,” en este caso Bolivia.
297. A continuación, el artículo IX(3)(a) del Tratado dispone que

*3. a) Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya sometido la diferencia para su resolución según el inciso a) o el b) del párrafo 2, [...], dicho nacional o sociedad podrá someter la diferencia para su resolución mediante el arbitraje vinculante [...]*²¹³.

298. Este último artículo expresa el carácter condicional (“*siempre y cuando*”) del consentimiento dado por Bolivia y los Estados Unidos al arbitraje internacional bajo el Tratado, en lo que se conoce como una cláusula de “*elección de una vía*” (una vez que el inversionista escoge una de las vías ofrecidas, dicha elección es irrevocable y excluye las otras vías). De forma consistente con la imposibilidad de que un tribunal internacional bajo el Tratado se erija en superior jerárquico de los tribunales locales, el Tratado con los Estados Unidos excluye el arbitraje internacional para aquellas diferencias que ya han sido sometidas para su resolución a los tribunales judiciales y administrativos del Estado receptor de la inversión.
299. El propósito de este tipo de cláusula es evitar que el inversionista, como estrategia jurídica, plantee simultánea o sucesivamente una misma disputa ante diferentes tribunales, con el objetivo de incrementar sus posibilidades de éxito y con el consiguiente riesgo de decisiones contradictorias y/o incompatibles. En este sentido:

*The rationale underpinning the ‘fork in the road’ provision in investment treaties is clearly the avoidance of multiple proceedings in multiple fora in relation to the same investment dispute. In more colloquial terms, it is designed to prevent the investor having several bites at the cherry*²¹⁴.

²¹² Artículo IX(2)(a) del Tratado con los Estados Unidos, **C-17**.

²¹³ *Id.*, artículo IX(3)(a) (el resaltado es nuestro), **C-17**.

²¹⁴ Z. Douglas, “*The Hybrid Foundations of Investment Treaty arbitration*”, 74 *BYIL*, 2005, p. 275, **RL-66**.

300. El criterio esencial, por lo tanto, para aplicar la cláusula de elección de una vía es la identidad de la disputa sometida a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión y al tribunal de arbitraje.
301. En el presente caso, el Tribunal Arbitral deberá constatar que el Nuevo Reclamo relativo a la remuneración por potencia o capacidad no es más que la misma disputa que las Demandantes, a través de su entonces filial EGSA, sometieron a la jurisdicción contencioso administrativa de Bolivia en junio de 2008²¹⁵, una vez agotada la vía administrativa. Con ello, las Demandantes buscan que este Tribunal Arbitral actúe como instancia de revisión de la decisión que pueda adoptar la Corte Suprema de Bolivia, en cuestiones de Derecho boliviano, lo que no es parte de su jurisdicción.
302. *Primero*, las propias Demandantes admiten que ya se opusieron a los efectos de las Resoluciones sobre la remuneración por PBP (lo que hacen también en este arbitraje) ante la Corte Suprema de Bolivia y que esa acción sigue pendiente.
303. En efecto, al describir los antecedentes fácticos de su reclamo en el Memorial de Demanda, las Demandantes afirman que “*Guaracachi pursued all available challenges to the measure [...] it challenged the measure in an administrative proceeding before the Superintendency of Electricity [...] Guaracachi filed an action before the Supreme Court of Bolivia on 3 April 2008 [...] this challenge remains pending before the Bolivia Supreme Court*”²¹⁶.
304. Como se verá a continuación, las Demandantes también admiten implícitamente que su reclamo ante este Tribunal Arbitral y el reclamo planteado ante la Corte Suprema de Bolivia son una misma disputa que, según ellas, debería haber sido resuelta por la Corte Suprema, quien se habría demorado indebidamente en pronunciarse (lo que Bolivia niega).
305. *Segundo*, como explica el Dr. Carlos Quispe, actual encargado de considerar los recursos jerárquicos contras las decisiones administrativas bolivianas en materia eléctrica, la empresa EGSA utilizó todos y cada uno de los recursos administrativos contra las normas que modificaron el PBP. En efecto, dicha empresa presentó, el 22 de

²¹⁵ Demanda Contencioso Administrativa del 10 de junio de 2008, **C-153**.

²¹⁶ Memorial de Demanda, párrs. 92 y 93.

marzo de 2007, un recurso de revocatoria ante la SSDE contra la Resolución SSDE No. 040/2007 y sus normas preparatorias²¹⁷. Este recurso fue rechazado el 10 de mayo de 2007 mediante Resolución SSDE No. 154/2007²¹⁸. EGSA, al ver su recurso de revocatoria rechazado, presentó el 1 de junio de 2007 un recurso jerárquico ante la Superintendencia General del SIRESE contra la Resolución 154/2007²¹⁹. Dicho recurso, al igual que el de revocatoria, fue rechazado mediante Resolución 1612 del 8 de enero de 2008²²⁰. Es más, EGSA, como lo reconoce el testigo de las Demandantes²²¹, también agotó los recursos administrativos disponibles contra la Resolución CNDC No. 209/2007-1 que instruyó a la Unidad Operativa del CNDC a introducir modificaciones a la Norma Operativa No. 19 2006²²².

306. *Tercero*, las pretensiones de las Demandantes ante este Tribunal Arbitral en relación con el PBP y las pretensiones formuladas ante las autoridades administrativas y Corte Suprema de Bolivia son, en la práctica, las mismas: negar la aplicación del régimen regulatorio resultante de la Norma Operativa No. 19 2007, aprobada mediante Resolución de la SSDE N° 040 de 2007²²³.
307. La tabla a continuación ilustra la identidad de alegatos y pretensiones de las Demandantes ante la Corte Suprema de Bolivia y ante este Tribunal Arbitral. En ambos casos, las Demandantes buscan obtener una compensación económica equivalente a la remuneración del PBP vigente antes de la Norma Operativa No. 19 2007:

²¹⁷ Quispe, párr. 30. *Ver*, también, Recurso de Revocatoria del 22 de marzo de 2007, **C-134**.

²¹⁸ Resolución SSDE 154/2007 del 10 de mayo de 2007, **R-35**.

²¹⁹ Quispe, párr. 31. *Ver*, también, Recurso Jerárquico contra la Resolución 154/2007 del 1 de junio de 2007, **C-139**.

²²⁰ Resolución 1612 de la Superintendencia General del SIRESE del 8 de enero de 2008, **R-36**.

²²¹ Declaración testimonial de Jaime Aliaga, párrs. 43-45.

²²² Recurso de Nulidad del 12 de febrero de 2007, **C-130**, Recurso de Revocatoria contra la Resolución CNDC 209/2007-1 del 9 de marzo de 2007, **C-133** y Recurso Jerárquico de Guaracachi ante el SIRESE del 9 de noviembre del 2007, **C-142**.

²²³ *Ver* Declaración Testimonial de Jaime Aliaga, párrs. 40 a 45 y documentos mencionados en los mismos; y Memorial de Demanda, párrs. 92 a 94.

INTENTOS DE OBTENER LA ANULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES SOBRE LA REMUNERACIÓN POR POTENCIA O CAPACIDAD	
Procedimientos en Bolivia	Procedimiento Arbitral
Procedimiento No. 194/2008 (pendiente de decisión): <i>“La SE ha fijado como meta disminuir los ingresos de las empresas generadoras, restando en un 20% el Precio Básico de la Potencia de Punta utilizando, para este propósito, la modificación del contenido de la Norma Operativa No. 19”</i> ²²⁴ .	Memorial de Demanda: <i>“Las Demandantes iniciaron el presente proceso con miras a obtener una indemnización adecuada y efectiva en relación con la intromisión del Estado boliviano en los componentes claves del marco regulatorio, que afectó la participación del 50,001% de Rurelec y Guaracachi America en Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (Guaracachi), el fracaso en la obtención de justicia a través del sistema judicial boliviano por dicha intromisión [...]”</i> ²²⁵ .
Procedimiento No. 360/2008 (pendiente de decisión): <i>“La Superintendencia de Electricidad (SE) ha tomado la decisión arbitraria de disminuir los ingresos económicos de las empresas generadoras que operan en el mercado boliviano, incluida EGSA, restando en un 20% el Precio Básico de la Potencia de Punta utilizando, para este propósito, la modificación de la Norma Operativa No. 19”</i> ²²⁶ .	Memorial de Demanda: <i>“el Gobierno – por medio de la Resolución SSDE N.º 040 – eliminó el costo de los equipos complementarios del 20% del cálculo de los precios de la capacidad [...]. La adopción de la Resolución SSDE N.º 040 tuvo un impacto considerable en los flujos de caja de Guaracachi”</i> ²²⁷ .
Procedimiento No. 194/2008 (pendiente de decisión): <i>“VII.6 – “Petitorio.- Por lo expuesto, [...] a que pidamos a esa Excelentísima Corte Suprema de Justicia [que] <u>restaure la legalidad en la remuneración del Precio Básico de la Potencia de Punta, conforme estaba</u></i>	Memorial de Demanda: <i>“En cuanto a las pérdidas sufridas por GAI y Rurelec en relación con la Medida referente al Precio de la Capacidad, <u>‘eliminar las consecuencias’ de los ilícitos de Bolivia es un objetivo que se logra mejor por medio de un cálculo separado de los ingresos</u></i>

²²⁴ Demanda Contencioso Administrativa en contra de la Resolución Administrativa SSDE No. 1612/2008, del 3 de abril de 2008, punto III.1 párr. 3, **C-151**. Ver, también, en el mismo documento, por ejemplo: punto III.7 párr. 2 y punto VI.1, párr. 2, **C-151**. Ver, también, en la instancia administrativa, por ejemplo: Recurso de Nulidad del 12 de febrero de 2007, pág. 17, párr. 1 y punto “L”, **C-130**; Recurso de Revocatoria del 22 de marzo de 2007, punto 2.2, **C-134**.

²²⁵ Memorial de Demanda, párrs. 3. Ver, también, el párr. 267 del Memorial de Demanda.

²²⁶ Demanda Contencioso Administrativa en contra de la Resolución Administrativa SSDE No. 1706/2008, del 10 de junio de 2008, punto III, párr. 1, **C-153**.

²²⁷ Memorial de Demanda, párr. 91.

<p><i>establecido antes de las fatídicas medidas y, en estricta justicia, declare nulas y sin valor ni efecto legal alguno las resoluciones que hemos impugnado y mencionado precedentemente</i>²²⁸.</p>	<p><i>netos no percibidos. Ello implica realizar un cálculo directo de la diferencia entre los ingresos reales de Guaracachi como resultado de la Medida referente al Precio de la Capacidad (el escenario ‘real’) y <u>los ingresos que habría realizado si jamás se hubiera implementado la medida</u> (el escenario ‘contrafáctico’), en el período pertinente, incluida la deducción de todos los impuestos y los costos adicionales en los que habría incurrido Guaracachi si hubiera realizado un nivel más elevado de ingresos</i>²²⁹.</p>
<p>Procedimiento No. 360/2008 (pendiente de decisión): “VII. Petitorio.- Por lo expuesto [...] a que pidamos a esta Excelentísima Corte Suprema de Justicia [que] restaure la legalidad y en estricta justicia, declare nulas y sin valor ni efecto legal alguno las resoluciones que hemos impugnado y mencionado precedentemente”²³⁰.</p>	<p>Id.</p>

308. Como puede apreciarse, la indemnización que pretenden las Demandantes en este arbitraje por las supuestas pérdidas resultantes de los cambios en la reglamentación del PBP equivale a anular con efecto retroactivo las Resoluciones que operaran dicho cambio (con la consiguiente indemnización por los ingresos que supuestamente habrían recibido de no haber sido emitidas). Esto es, precisamente, lo que las Demandantes

²²⁸ Demanda Contencioso Administrativa en contra de la Resolución Administrativa SSDE No. 1612/2008, del 3 de abril de 2008, punto VII.6 (el resaltado es nuestro), **C-151**. Ver, también, en el mismo documento: punto IV.1(iii) párr. 2; punto IV.2(v) ultimo párr.; punto IV.3(i).5 y punto IV.3(ii) párr. 7, **C-151**. Ver, también, en la instancia administrativa, por ejemplo: Recurso de Nulidad del 12 de febrero de 2007, pág. 16 párrs. 1 y 2 del punto (i), **C-130**; Recurso de Revocatoria del 12 de marzo de 2007, pág. 2, párr. 3, **C-133**.

²²⁹ Memorial de Demanda, párr. 268 (el resaltado es nuestro). Ver, también, por ejemplo, Memorial de Demanda, párr. 269.

²³⁰ Demanda Contencioso Administrativa en contra de la Resolución Administrativa SSDE No. 1706/2008, del 10 de junio de 2008, punto VII párr. 1, **C-153**. Ver, también: punto IV.1, ultimo párr.; punto IV.6(4) *in fine*, **C-153**.

solicitan a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia en los procedimientos 194/2008²³¹ y 360/2008²³².

309. *Cuarto*, las mismas Demandantes reconocen que sus pretensiones en el arbitraje equivalen a pedirle al Tribunal Arbitral que “prejuzgue” la decisión que podría adoptar la Corte Suprema de Bolivia. En efecto, en su Memorial de Demanda, las Demandantes admiten sin ambages que el resultado esperado del proceso contencioso-administrativo iniciado ante la Corte Suprema es el mismo que esperan obtener a través de este arbitraje:

*In the event that this challenge [before the Corte Suprema] were to be successful, the Claimants would be entitled to receive the value of its business as of the date of expropriation calculated with the additional cash flows unaffected by the unlawful reduction in capacity payments*²³³.

310. El perito nombrado por las Demandantes para realizar dicho cálculo, el Sr. Abdala, explica que:

*This claim relates to the implementation of Resolution SSDE No. 040/2007. [...] I have been instructed by counsel to calculate damages, considering that the 20% complementary equipment costs component would have been reinstated by the Bolivian courts, with retroactive effect to 2007*²³⁴.

311. Aquí, una vez más, las Demandantes reconocen que el resultado buscado en el reclamo presentado ante la Corte Suprema de Justicia es el mismo que el resultado que ahora buscan ante este Tribunal Arbitral, disfrazando su reclamo de “*treaty claim*”. En efecto, las Demandantes pretenden que este Tribunal Arbitral actúe como un “órgano de supervisión” o una “instancia de apelación” de la Corte Suprema de Bolivia. El rol de este Tribunal Arbitral no es revisar la normativa boliviana para reformar las decisiones tomadas por las autoridades competentes o adoptar la decisión que las Demandantes quisieran que adopte la Corte Suprema.

²³¹ Quispe, párr. 32. Ver también Demanda Contencioso Administrativa en contra de la Resolución Administrativa SSDE No. 1612/2008, del 3 de abril de 2008, **C-151**.

²³² Demanda Contencioso Administrativa del 10 de junio de 2008, **C-153**.

²³³ Memorial de Demanda, párr. 219 (el resaltado es nuestro).

²³⁴ Informe del Sr. Manuel A. Abdala del 29 de febrero de 2012, párr. 127 (el resaltado es nuestro).

312. El mero hecho de presentar el mismo reclamo formulado ante la Corte Suprema de Justicia como una supuesta violación de Bolivia de su obligación de otorgar “*a las Demandantes medios eficaces de hacer valer sus reivindicaciones y hacer cumplir sus derechos respecto de las inversiones protegidas*”²³⁵ (“*treaty claim*”) no es suficiente. El Tribunal Arbitral, como ya mencionamos anteriormente, deberá realizar su propia calificación jurídica de este reclamo.
313. Por último, en un intento por evitar la ineluctable aplicación de la cláusula de elección de una vía del Tratado con los Estados Unidos, las Demandantes afirman que debe existir una triple identidad (de parte, acción y pretensión) para que dicha cláusula pueda ser aplicada²³⁶. Esta triple identidad es, sin embargo, criticada por la jurisprudencia y doctrina internacionales por ser excesivamente formalista y vaciar de contenido la cláusula de elección de una vía (ignorando así el principio del *effet utile*)²³⁷.
314. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Chevron* resaltó que:

In the Tribunal’s view, “the dispute” in this context must mean “the same dispute”: it is not suggested that the submission of a different dispute between

²³⁵ Memorial de Demanda, párr. 274(a)(iii).

²³⁶ Respuesta de las Demandantes a la Solicitud de Bifurcación del 27 de agosto de 2012, párr. 36.

²³⁷ BEN HAMIDA, *L’arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence de procédures et les conflits de juridictions*, AFDI, 2005, p. 595, **RL-67** (“*La jurisprudencia actual aparenta interpretar de forma restrictiva la noción de “litigio idéntico”. Así, en el laudo Lauder, un tribunal arbitral, al interpretar la clausula fork in the road del artículo VI(3) (a) del TBI Estados Unidos/República Checa, juzgó que la interdicción de someter un reclamo a arbitraje sólo era aplicable cuando el litigio sometido a las jurisdicciones internas concernía la misma situación de hecho, el mismo fundamento legal y las mismas partes. A la objeción del Estado checo de que la demandante no podría, al aplicar la cláusula “fork in the road” del TBI, someter la disputa a un tribunal arbitral después de haber recurrido a las jurisdicciones internas, el tribunal respondió que el litigio presentado ante las jurisdicciones internas no era idéntico al que le fue sometido en la medida en que ese implicaba la violación de reglas nacionales y no de las reglas previstas en el TBI. Es cierto que, al introducir el criterio de la norma violada para definir la identidad del litigio, la jurisprudencia arbitral limita el efecto de la cláusula*”). Traducción no oficial de “*La jurisprudence actuelle semble entendre la notion de « litige identique » restrictivement. Ainsi, dans la sentence Lauder, un tribunal arbitral interprétant la clause fork in the road de l’article VI (3) (a) du TBI États-Unis/République tchèque, a jugé que l’interdiction de soumettre une réclamation à l’arbitrage ne jouait que lorsque le litige soumis aux juridictions internes concernait la même situation de fait, le même fondement légal et les mêmes parties. À l’objection de l’État tchèque selon lequel le demandeur ne pouvait pas, en application de la clause « fork in the road » du TBI, soumettre le différend à un tribunal arbitral après avoir recouru aux juridictions internes, le tribunal a répondu que le litige porté devant les juridictions internes n’était pas identique à celui qui lui était soumis dans la mesure où il impliquait la violation des règles nationales et non des règles prévues dans le TBI. Il est certain qu’en introduisant le critère de la norme violée pour définir l’identité du litige, la jurisprudence arbitrale limite l’effet de la clause*”).

the Claimants and the Respondent could trigger the fork in the road provision in relation to the Parties' dispute before this Tribunal. Plainly, what is literally one and the same dispute cannot be before two tribunals simultaneously. 'Sameness' must refer to material identity or sameness determined in the context of a fork in the road provision. The question is therefore: what is required to establish this particular 'sameness'?

Tribunals in earlier investment cases have applied a 'triple identity' test, requiring that in the dispute before the domestic courts and the dispute before the arbitration tribunal there should be identity of the parties, of the object, and of the cause of action. In the present case, there is no identity of parties, of object or of cause of action between the Lago Agrio litigation or, indeed, in the Aguinda litigation in the New York Courts.

It is unlikely that the triple identity test will be satisfied in many cases where a dispute before a tribunal against a State under a BIT and based upon an alleged breach of the BIT is compared with a dispute in a national court. National legal systems do not commonly provide for the State to be sued in respect of a breach of treaty as such, even though actions for breach of a national law giving effect to a treaty might be possible. A strict application of the triple identity test would deprive the fork in the road provision of all or most of its practical effect.

The triple identity test was developed to address questions of res judicata and to identify specific issues that have already been determined by a competent tribunal. It has also been applied to similar questions arising in the broadly comparable context of lis pendens. It is not clear that the triple identity test should be applied here in order to determine if it is the same 'dispute' that is being submitted to national courts and to the arbitration tribunal²³⁸.

315. El tribunal en el caso *Pantechniki c. Albania*, en lugar de aplicar el test formalista de la triple identidad, prefirió comparar el remedio pretendido por el inversionista ante los tribunales locales y el remedio pretendido ante el tribunal arbitral internacional para decidir si la cláusula de elección de una vía del tratado debía aplicarse. Según el tribunal:

The logic is inescapable. To the extent that this prayer [ante los tribunales locales] was accepted it would grant the Claimant exactly what it is seeking before ICSID – and on the same “fundamental basis”. The Claimant’s grievance thus arises out of the same purported entitlement that it invoked in the contractual debate it began with the General Roads Directorate. The Claimant chose to take this matter to the Albanian courts. It cannot now adopt the same fundamental basis as the foundation of a Treaty claim. Having

²³⁸ *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador [II] (Caso CPA No. 2009-23), Tercer laudo Provisional sobre jurisdicción del 27 de febrero de 2012, párrs. 4.74-4.77 (el resaltado es nuestro), **RL-23**.*

*made the election to seize the national jurisdiction the Claimant is no longer permitted to raise the same contention before ICSID*²³⁹.

316. El criterio aplicado por el tribunal en el caso *Pantechniki* debe ser aplicado por el Tribunal Arbitral en el presente caso. Considerando que, en la práctica, las medidas estatales cuestionadas ante la Corte Suprema y este Tribunal Arbitral son las mismas y las pretensiones formuladas llevarían al mismo resultado, la conclusión inevitable es que el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para decidir sobre el reclamo por capacidad por potencia bajo el Tratado con los Estados Unidos porque dicho reclamo ya fue previamente planteado ante las cortes bolivianas.

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

317. Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral asume jurisdicción para conocer sobre los reclamos relativos al precio *spot* y los motores *Worthington*, dichos reclamos tendrían que ser declarados inadmisibles por ser prematuros.

318. Un reclamo bajo un tratado puede ser considerado prematuro cuando el inversionista no agota los recursos disponibles o ni siquiera solicita a las autoridades locales que corrijan el acto supuestamente ilícito, lo que permitiría al Estado tener la oportunidad de revisar su conducta y, de ser el caso, corregirla (**8.1**).

319. Como explica el Dr. Carlos Quispe, las Demandantes disponían de una amplia variedad de recursos administrativos y judiciales para impugnar las actuaciones administrativas que modificaron el precio *spot* de la energía eléctrica. No lo hicieron. Por otra parte, los hechos del caso demuestran que las Demandantes tampoco realizaron esfuerzos razonables para obtener la restitución de los motores *Worthington* (**8.2**).

8.1 El Derecho internacional considera un reclamo prematuro cuando el inversionista no ha dado al Estado la oportunidad de enmendar su conducta

320. Los tribunales de inversión han afirmado que un reclamo internacional es prematuro cuando no existen esfuerzos razonables por parte del inversionista para obtener la revocación del acto supuestamente ilícito ante las instancias nacionales. Esta exigencia,

²³⁹ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/07/21), decisión del 30 de julio de 2009, párr. 67, **RL-18**.

como explica la jurisprudencia internacional, tiene por objeto conceder al Estado la oportunidad de revisar su conducta y, de ser el caso, corregirla. Este requisito, a diferencia de lo que sostienen las Demandantes²⁴⁰, no es el mismo requisito que exige la “*exhaustion of local remedies*”²⁴¹.

321. Así, por ejemplo, en *Jan de Nul*, el tribunal explícitamente reconoció que los tribunales internacionales exigen, por lo menos, un intento de solicitar a los tribunales locales que reparen el supuesto hecho ilícito antes de presentar una demanda por la violación de tratados bilaterales de inversión²⁴².

322. El Tribunal en el caso *Jan de Nul* explicó:

*Indeed, [...] there is a clear trend of cases requiring an attempt to seek redress in domestic courts before bringing a claim for violations of BIT standards irrespective of any obligation to exhaust local remedies*²⁴³.

323. En el caso *Loewen*, además, un tribunal internacional precisó que:

No instance has been drawn to our attention in which an international tribunal has held a State responsible for a breach of international law constituted by a lower court decision when there was available an effective and adequate appeal within the State’s legal system. [...]

The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the

²⁴⁰ Respuesta de las Demandantes a la Solicitud de Bifurcación, párrs. 38-39.

²⁴¹ Varios casos han explicado que un reclamo internacional no puede proceder hasta que exista una determinación en derecho interno, incluso en ausencia de un requisito de agotamiento previo de dichos recursos. Ver, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8), decisión de 11 de septiembre de 2007, párr. 316 (“[u]nder certain limited circumstances, a substantial breach of a contract could constitute a violation of a treaty [...] In most cases, a preliminary determination by a competent court as to whether the contract was breached under municipal law is necessary”), **RL-13**. Ver también *Waste Management, Inc. c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), decisión del 30 de abril de 2004, párr. 175, **RL-14** y; *EnCana Corporation c. Ecuador* (LCIA), decisión del 3 de febrero de 2006, párrs. 194-195, **RL-26**.

²⁴² *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13), decisión sobre la jurisdicción del 16 de junio de 2006, párr. 121, **RL-12**.

²⁴³ *Jan de Nul N.V. c. República de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13), decisión sobre jurisdicción del 16 de junio de 2006, párr. 121, **RL-12**.

*opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision*²⁴⁴.

324. Así, en el caso que nos ocupa, las Demandantes no pueden invocar un ilícito internacional sin antes permitir que las autoridades administrativas o los tribunales bolivianos se pronuncien sobre sus reclamos. En efecto, como lo indicó el tribunal CIADI en el caso *Jan de Nul*:

*The Tribunal considers that the respondent State must be put in a position to redress the wrongdoings of its judiciary. In other words, it cannot be held liable unless “the system as a whole has been tested and the initial delict remained uncorrected”*²⁴⁵.

325. En el mismo sentido, el tribunal en el caso *Generation Ukraine* confirmó que el Estado receptor de la inversión no puede ser responsable por un delito internacional hasta que se la haya dado la oportunidad de corregir la presunta conducta ilícita:

*[...] it is not enough for an investor to seize upon an act of maladministration, no matter how low the level of the relevant governmental authority; to abandon his investment without any effort at overturning the administrative fault; and thus to claim an international delict on the theory that there had been an uncompensated virtual expropriation. In such instances, an international tribunal may deem that the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable - not necessarily exhaustive - effort by the investor to obtain correction*²⁴⁶.

326. Vale la pena recordar que, en dicho caso, la decisión administrativa impugnada había sido emitida por una autoridad de primer nivel (con la posibilidad de una apelación ante su superior jerárquico). Como explicaremos a continuación, la resolución impugnada por las Demandantes (Resolución SSDE No. 283) fue emitida por la autoridad de primer nivel (la Superintendencia Sectorial) y podía ser apelada ante la Superintendencia General del SIRESE.

²⁴⁴ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3), decisión sobre el fondo del 26 de junio de 2003, párrs. 154 y 156, **RL-68**.

²⁴⁵ *Jan de Nul N.V. c. Republica de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/04/13), laudo del 6 de noviembre de 2008, párr. 258, **CL-56**.

²⁴⁶ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9), decisión del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.30, **RL-24**.

8.2 Las Demandantes no han realizado esfuerzos razonables para impugnar los supuestos hechos internacionalmente ilícitos y permitirle al Estado enmendar su conducta

327. Si bien las Demandantes y sus testigos afirman haber “*pursued all available challenges to [the capacity prices] measure*”²⁴⁷, no está en disputa que las Demandantes no han realizado ningún esfuerzo por impugnar las resoluciones relativas al precio *spot* y que sus esfuerzos para obtener la restitución de los motores *Worthington* han sido mínimos. Las autoridades bolivianas, por lo tanto, no han tenido la oportunidad de analizar los méritos de dichos reclamos y, de ser el caso, enmendar su conducta.
328. En cuanto al reclamo por la modificación de las normas regulatorias relativas al precio *spot* materializada en la Resolución SSDE No. 283/2008, es un hecho aceptado por las Partes que las Demandantes nunca impugnarón dicha Resolución ante las instancias administrativas y/o las cortes bolivianas. Es más, las propias Demandantes reconocen la disponibilidad de recursos administrativos y judiciales contra medidas de similar naturaleza²⁴⁸.
329. Como explica el Dr. Carlos Quispe, encargado de responder a los recursos administrativos interpuestos contra las decisiones de las autoridades energéticas y representar al Estado boliviano en los procedimientos judiciales contra dichas decisiones, las Demandantes disponían de una amplia baraja de recursos administrativos y judiciales para impugnar estas decisiones. Disponían, en concreto, de:
- a. Un recurso de inconstitucionalidad previsto en la Ley del Tribunal Constitucional contra el DS No. 29599 que, como las Demandantes reconocen, fue la norma que dio origen a la modificación del precio *spot*²⁴⁹;

²⁴⁷ Memorial de Demanda, párrs. 92-93. En el mismo sentido, el testigo de las Demandantes, el Sr. Jaime Aliaga Machicao, describe algunos de los recursos que se interpusieron contra otras decisiones administrativas (párrs. 40-45). Sin embargo, al describir la Resolución SSDE No. 283/2008, se limita a explicar el contenido de la Resolución sin poder justificar el no haber interpuesto recurso alguno en su contra (párr. 37).

²⁴⁸ Memorial de Demanda, párrs. 91-94 (describiendo recursos iniciados contra otras resoluciones de la Superintendencia de Electricidad) y Declaración Testimonial de Jaime Aliaga, párrs. 43-45.

²⁴⁹ Memorial de Demanda, párr. 96 (“*[i]n June 2008, Bolivia altered the regulations applicable to spot prices by the introduction of Supreme Decree No. 29,599*”).

- b. Un recurso de impugnación previsto en el ROME 2001 contra la decisión CNDC 236/2008 del CNDC que aprobó el contenido de la nueva Norma Operativa No. 3 (“Determinación de Costos Marginales, Remuneración y Asignación de Costos de Energía”);
 - c. Un recurso de revocatoria contra la Resolución SSDE No. 283/2008 que, según las Demandantes, fue la que “*artificially depress[ed] the spot prices*”²⁵⁰;
 - d. Un recurso jerárquico, en caso de que el recurso de revocatoria fuese rechazado; y
 - e. Un recurso judicial ante la Corte Suprema de Justicia en caso de que el recurso jerárquico fuese también rechazado.
330. Estos recursos, como mencionamos anteriormente, de prosperar, habrían implicado la anulación retroactiva de la modificación al precio *spot* y la desaparición de sus efectos económicos. Esto es, precisamente, lo que las Demandantes reclaman en este proceso²⁵¹.
331. En lo tocante al reclamo basado en la supuesta confiscación de los motores *Worthington* pertenecientes a *Energais*²⁵², las Demandantes no han probado haber constituido en mora a Bolivia, haber solicitado la restitución de los motores ante las jurisdicciones bolivianas o haber siquiera ejercido un recurso administrativo ante la supuesta negativa de las autoridades a responder a sus cartas. Las Demandantes pretenden erigir la simple falta de respuesta en delito internacional.
332. Estos hechos, vale la pena recordar, son similares a los hechos del caso *EnCana*, donde el inversionista alegó que la negativa de las autoridades administrativas ecuatorianas a restituir el IVA pagado por sus filiales constituía una expropiación. El tribunal rechazó dicho reclamo por cuanto *EnCana* no había ejercido los recursos administrativos que ofrecía el Derecho ecuatoriano contra dicha decisión:

²⁵⁰ Memorial de Demanda, párr. 191.

²⁵¹ *Id.*, párr. 264 (“*For his “but-for” analysis, Dr Abdala employs MEC’s computation of the spot energy prices and dispatch quantities that would have eventuated, had Resolution SSDE No 283/2008 never been introduced*”).

²⁵² *Id.*, párrs. 111-113.

*Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia. Un organismo ejecutivo no expropia el valor representado por una obligación legal de hacer efectivo un pago o un reintegro meramente negándose a pagar, siempre y cuando por lo menos (a) la negativa no sea meramente voluntaria, (b) los tribunales estén abiertos a la parte agraviada, (c) las decisiones de los tribunales no sean suprimidas o rechazadas por el Estado.*²⁵³

333. Este Tribunal Arbitral debe, por lo tanto, rechazar los reclamos relativos al precio *spot* y los motores *Worthington* por ser prematuros.

9. EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBERÁ ORDENAR LA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

334. Bolivia ya ha presentado, en sus comunicaciones del 9 y 29 de agosto de 2012, diversos argumentos por los cuales el Tribunal Arbitral debe ordenar la verdadera bifurcación del procedimiento arbitral. Dichos argumentos se entienden incorporados en el presente escrito.

335. En el presente escrito, Bolivia, además, presenta objeciones a la jurisdicción que, dada la premura para preparar dichas comunicaciones, no había podido analizar ni anunciar con anterioridad y que suponen, de ser aceptadas por el Tribunal Arbitral (que lo deben ser), el final de este procedimiento. Dichas objeciones son las siguientes:

- Las Demandantes han introducido un arbitraje que supone una indebida acumulación de Tratados y pretensiones en un solo procedimiento y ante un solo tribunal arbitral;
- Rurelec no es un “inversor” ni posee una “inversión” en Bolivia según los términos del Tratado con el Reino Unido; y
- Bolivia deniega los beneficios del Tratado con los Estados Unidos a Guayacachi America de conformidad con el artículo XII de dicho Tratado.

336. Dada la naturaleza de estas objeciones a la jurisdicción del Tribunal, una verdadera bifurcación del procedimiento se impone. Es simplemente evidente que una eficiente y económica administración de la justicia supone que, antes de pasar a examinar el fondo de la desavenencia, el Tribunal Arbitral examine y resuelva las objeciones presentadas

²⁵³ *EnCana Corporation c. Ecuador* (Caso LCIA No. UN3481), laudo del 3 de febrero de 2006, párr. 194, **RL-26**.

por Bolivia. En consecuencia, Bolivia solicita una vez más que, a partir de este momento, el procedimiento sea verdaderamente bifurcado y que los plazos (incluida la fecha del 5 de octubre de 2012 en la que Bolivia debería presentar su Memorial de Defensa) se tengan por no escritos.

10. PETITORIO

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

1) Declare:

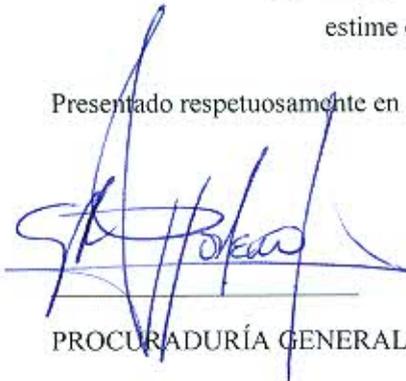
- (a) que Bolivia no dio su consentimiento bajo el Tratado con los Estados Unidos y el Tratado con el Reino Unido a someter los reclamos planteados conjuntamente por las Demandantes bajo ambos Tratados a un mismo procedimiento de arbitraje internacional y que, por lo tanto, el Tribunal Arbitral carece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

- (g) de manera subsidiaria, que los reclamos de las Demandantes relativos al precio *spot* y los motores *Worthington* son prematuros e inadmisibles; y

2) Ordene:

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

Presentado respetuosamente en nombre del Estado Plurinacional de Bolivia,



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Dechert (Paris) LLP

DECHERT (PARIS) LLP