

EN EL ARBITRAJE BAJO EL CAPÍTULO DIEZ DEL  
TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA,  
CENTROAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
Y LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI  
ENTRE

---

PAC RIM CAYMAN LLC,

*Demandante/Inversionista*

– y –

LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

*Demandada/Parte*

---

**PONENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

---

1. De conformidad con el Artículo 10.20.2 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (“CAFTA-DR”) (el “Tratado”), los Estados Unidos de América presenta esta ponencia sobre una cuestión de interpretación del Tratado. Los Estados Unidos no adoptan una posición, en esta ponencia, con relación a cómo la interpretación que ofrece abajo aplica a los hechos de este caso, y no debe sacarse ninguna deducción de la ausencia de comentarios sobre cualquier tema no abordado abajo.

Antecedentes

2. El Capítulo Diez del CAFTA-DR especifica que una de las Partes proporcionará protección a los “inversionistas” de la otra Parte, los cuales son definidos para incluir una amplia clase de “empresa(s)”, es decir, aquellas que están “Constituidas u organizadas bajo las leyes de una de las Partes<sup>1</sup>”. A la misma vez, sin embargo, el Artículo 10.12.2 del CAFTA-DR especifica que una de las Partes “puede denegar los beneficios” del Capítulo Diez a una empresa de otra de las Partes que “no tenga actividad sustancial de negocios en el territorio” de cualquier otra de las Partes y que sea de propiedad o controlada por una persona de la Parte denegante o no de una de las Partes:

Sujeto al Artículo 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a inversiones de dicho inversionista, si la empresa no tiene actividades sustanciales de negocios en el

---

<sup>1</sup> Un “demandante” bajo las disposiciones de resolución de disputas del CAFTA-DR se define como “un inversionista de una de las Partes que es parte de una disputa sobre inversión con otra de las Partes”. CAFTA-DR, Art. 10.28. El término “inversionista de una de las Partes” está definido bajo el Artículo 10.28 para que incluya una “empresa de una de las Partes”.

territorio de cualquier Parte, que no sean la Parte denegante, y personas de un país que no es Parte, o de la parte denegante, posee o controla la empresa<sup>2</sup>.

Por consiguiente, las Partes del CAFTA-DR pueden denegar los beneficios del Capítulo Diez a demandantes bajo estas circunstancias especificadas.

3. Este derecho del tratado es consistente con una política de muchos años de los Estados Unidos para incluir una disposición de denegación de beneficios en acuerdos de inversión para salvaguardar contra el posible problema de inversionistas parásitos (“free riders”), o sea, entidades de terceros que pueden solamente como asunto de formalidades tener derecho a los beneficios de un Tratado en particular<sup>3</sup>. En testimonio ante la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, el Embajador Peter Allgeier, uno de los negociadores de los Estados Unidos del CAFTA-DR, explicó que se pretendía que la disposición de denegación de beneficios del CAFTA-DR “protegiera contra...el establecimiento de una afiliada que sea meramente una “empresa ficticia””<sup>4</sup> Una disposición similar, incluida en el Artículo 1113 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ha sido descrita por comentaristas como que permite a una de las Partes “denegar beneficios a una empresa si es meramente una “compañía ficticia” que no tenga ‘actividades sustanciales de negocios’ en ...el país en el cual está establecida”.<sup>5</sup>

4. Los Estados Unidos por este medio aborda dos problemas de interpretación del tratado relacionados con el Artículo 10.12.2 del CAFTA-DR: primero, que si se requiere que una de las Partes en el CAFTA-DR invoque la disposición de denegación de beneficios bajo el Artículo 10.12.2 antes que comience el arbitraje; y segundo, que si la disposición de notificación bajo el Artículo 18.3 del CAFTA-DR, a la que se hace referencia en el Artículo 10.12.2, requiere que la Parte dé aviso a la demandante así como a la Parte bajo la ley en la cual el demandante está constituido u organizado.

No se requiere que una de las Partes en el CAFTA-DR invoque la disposición de denegación de beneficios bajo el Artículo 10.12.2 antes que el arbitraje comience.

5. El Artículo 10.12.2 impone dos requisitos significativos que deben ser cumplidos antes que la disposición pueda ser invocada por una partes de CAFTA-DR; específicamente, una compañía (1) no debe tener actividades sustanciales de negocios en el territorio de cualquier Parte que no sea la Parte denegante, y (2) debe ser propiedad de o controlada por personas de un país que no es Parte o de la Parte denegante. El Artículo

---

<sup>2</sup> CAFTA-DR, Art. 10.12.2

<sup>3</sup> Ver, p.ej., Herman Walker, Jr., *Disposiciones sobre Compañías en Tratados Comerciales de los Estados Unidos*, 50 Am. J. Int'l L. 373, 388 (1956) (indicando que “tratados recientes firmados por los Estados Unidos . . . indican que esta posibilidad de un “parásito” por intereses de terceros países es una sobre la cual debe estar protegido . . .”).

<sup>4</sup> Ver Implementación del Tratado de Libre Comercio de la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA): Audiencia ante el Comité de Formas y Medios, Cámara de Representantes de los Estados Unidos, 109º Cong. 193 (Abril 21, 2005) (preguntas presentadas por el Honorable Lloyd Doggett al Embajador Peter F. Allgeier, y sus respuestas

<sup>5</sup> Meg N. Kinnear y otros, *Artículo 1113 – Denegación de Beneficios*, en DISPUTAS SOBRE INVERSIONES BAJO NAFTA, UNA GUÍA ANOTADA AL CAPÍTULO 11 1113-5 (2006).

10.12.2 no impone ningún requisito, sin embargo, con respecto a *cuándo* una demandada puede invocar la disposición de denegación de beneficios. Ni este Artículo ni cualquier otra disposición del CAFTA-DR le impide a una de las Partes invocar la disposición de denegación de beneficios en un momento apropiado, incluyendo como parte de su defensa jurisdiccional después que una demanda ha sido sometida a arbitraje, para denegar a la empresa demandante beneficios bajo el Tratado.<sup>6</sup> No hay ninguna base para leer en el lenguaje llano del Artículo 10.12.2 un requisito que una de las Partes haga valer su derecho a denegar los beneficios antes del inicio de arbitraje.

6. Requerir que la demandada invoque la disposición de denegación de beneficios antes de presentar una demanda impondría una carga insostenible sobre dicha Parte. Requeriría que la demandada, en efecto, monitoreara las actividades constantemente cambiantes de negocios de todas las empresas en los territorios de cada una de las otras seis Partes de CAFTA-DR que intenten hacer, estén haciendo o hayan hecho inversiones en el territorio de la demandada.<sup>7</sup> Esto incluiría efectuar, en una base continua, investigación basada en hechos para todas esas empresas, sobre sus respectivas estructuras corporativas y la magnitud de sus actividades de negocios en esos países. Para ser efectivo, dicho monitoreo requeriría en muchos casos que inversionistas extranjeros proporcionaran información confidencial del negocio y otros tipos de información no pública para su revisión. Requerir que los países de CAFTA-DR efectúen este tipo de supervisión continua a fin de poder invocar la disposición de denegación de beneficios bajo el Artículo 10.12.2 antes de que un reclamo sea presentado a arbitraje socavaría el propósito de la disposición.

7. De manera similar, no hay ninguna base en el lenguaje llano del CAFTA-DR que sugiera que se requiere que una demandada invoque el Artículo 10.12.2 entre la presentación por una demandante de un aviso de intención y aviso de arbitraje. El Artículo 10.16.2, por ejemplo, requiere que un aviso de intención incluya el “nombre y dirección” de la demandante, pero el Artículo 10.16.2 no requiere que la demandante revele la magnitud de las actividades de negocios de la demandante en el territorio de cualquier Parte de CAFTA-DR o los nombres de cualquier persona o entidad que posean o controles la empresa demandante.

---

<sup>6</sup> Ver CAFTA-DR, art. 10.12.2. Bajo el Artículo 10.12.2, “una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo”. Como tal, una Parte de CAFTA-DR puede invocar el Artículo 10.12.2 para denegar los beneficios tanto de las disposiciones sustantivas y de las disposiciones sobre resolución de disputas del Capítulo Diez.

<sup>7</sup> Ver Meg N. Kinnear y otros, *Artículo 1113 – Denegación de Beneficios en DISPUTAS SOBRE INVERSIÓN BAJO NAFTA, UNA GUÍA ANOTADA AL CAPÍTULO 11 1113-6* (2006) (que discute la disposición de denegación de beneficios bajo el Artículo 1113.2 de NAFTA, el cual tiene un lenguaje similar a la disposición de denegación de beneficios bajo el Artículo 10.12.2 del CAFTA-DR).

Dado que una Parte no puede saber cuáles empresas en otra Parte pueden algún día intentar presentar una demanda bajo el Capítulo 11 del NAFTA, y dada la rapidez con la cual la propiedad y el control de una corporación pueden cambiar, [el requisito previo de notificación bajo el Artículo 1113.2 del NAFTA] *no puede significar que una Parte necesita notificar a la otra Parte antes que una demanda sea sometida a arbitraje bajo el Capítulo 11.*

*Id.* (se añade énfasis)

8. Por las razones anteriores, no hay base razonable bajo cualquier regla aplicable de construcción de tratados para leer en el texto del Artículo 10.12.2 un requisito de invocar la disposición de denegación de beneficios antes que el arbitraje comience.<sup>8</sup>

Ni el Artículo 10.12.2 ni el Artículo 18.3 requieren que se de aviso a las demandantes.

9. Bajo el Artículo 10.12.2, la denegación de beneficios a una Parte de CAFTA-DR está “sujeta a” el Artículo 18.3, la disposición que delinea los requerimientos de notificación para Partes de CAFTA-DR. El Párrafo 1 del Artículo 18.3 especifica:

En la medida de lo posible, cada Parte notificará a cualquier otra Parte que tenga interés en el asunto sobre toda medida propuesta o actual que la Parte considere que pudiera afectar materialmente el funcionamiento de este Tratado o que de otra manera afecte sustancialmente los intereses de esa otra Parte bajo este Tratado.

10. A primera vista, el Artículo 18.3 requiere que una Parte de CAFTA-DR, en la medida de lo posible, proporcione aviso a una o más otras Partes de CAFTA-DR sobre ciertas medidas “propuestas o actuales” según descrito en la disposición.<sup>9</sup> No hay mención de aviso a las demandantes en el Artículo 18.3, y ninguno es requerido.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“VCLT”), Mayo 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 (1969), art. 31 (“[un] tratado será interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario a ser dado a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objetivo y propósito”). Aunque los Estados Unidos no es parte de la VCLT, ha reconocido desde por lo menos 1971 que la Convención es la “guía autoritaria” sobre derecho y práctica de tratados. Ver la Carta del Secretario de Estado Rogers al Presidente Nixon Transmitiendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Oct. 18, 1971, *reimpresa en* 65 DEP’T OF ST. BULL. 684, 685 (1971). La Corte Internacional de Justicia ha determinado que el Artículo 31 de la VCLT refleja la ley internacional habitual. Ver, por ejemplo, *Kasikili/Sedudu Island (Bots. v. Namib.)*, 1999 I.C.J. 1045, 1059 (Judgment of Dec. 13, 1999).

<sup>9</sup> Así como no se requiere que una Parte de CAFTA-DR Party invoque la disposición de denegación de beneficios antes que comience el arbitraje, no se requiere que una Parte de CAFTA-DR proporcione aviso a otra Parte de CAFTA-DR de su intención para invocar la disposición antes que el arbitraje comience. Ver *supra*, ¶¶ 5-8.

<sup>10</sup> La denegación por un estado anfitrión de los beneficios también está “sujeta al” Artículo 20.4, que establece las reglas para consultas entre las Partes en ciertas circunstancias. El Artículo 20.4.1 manifiesta que “[cualquiera] de las Partes puede solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas con respecto a cualquier medida actual o propuesta o con respecto a cualquier otro asunto que considere que pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado”. Dado que una solicitud para consultas de conformidad con el Artículo 20.4.1 es discrecional (“[cualquiera] de las Partes podrá solicitar”), no hay base en el Tratado para sacar ninguna deducción de la decisión de una de las Partes de no solicitar consultas.

Presentado respetuosamente,

Jeffrey D. Kovar  
*Asesor Legal Asistente*

Lisa J. Grosh  
*Asesora Legal Asistente Auxiliar*

Mark E. Feldmann  
*Jefe, Arbitraje NAFTA / CAFTA-DR*

Alicia Cate  
*Abogada – Asesora*  
*Oficina de Demandas Internacionales y*  
*Disputas sobre Inversiones*  
Departamento de Estado de los Estados Unidos  
Washington, D.C. 20520

Mayo 20, 2011