

PRIMERA COMPETENCIA DE ARBITRAJE  
INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

WASHINGTON, D.C. - MARZO 12-16 DE 2014

---

**CENTRO INTERNACIONAL DE  
ARREGLO DE DIFERENCIAS  
RELATIVAS A INVERSIONES**

---

---

**CASO CIADI NO. ARB/13/24**

---

---

**INVEX DEL ORIENTE  
(PARTE DEMANDANTE)**

**C.**

**REPÚBLICA DEL PACÍFICO  
(PARTE DEMANDADA)**

---

**MEMORIAL EN REPRESENTACIÓN DE LA  
PARTE DEMANDADA**

**07 DE FEBRERO DE 2014**

---

## ÍNDICE

---

<b>ÍNDICE .....</b>	<b>2</b>
<b>I. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>4</b>
DOCTRINA .....	4
LAUDOS ARBITRALES .....	4
TRATADOS INTERNACIONALES .....	6
<b>II. ABREVIATURAS.....</b>	<b>7</b>
<b>III. HECHOS.....</b>	<b>8</b>
LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA. ....	8
RESUMEN DE LA TRANSACCIÓN. ....	9
SOBRE LAS ACTUACIONES DE LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO FRENTE A INVEX DEL PACÍFICO. ...	9
PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA.....	10
<b>IV. ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....</b>	<b>10</b>
<b>A. INVEX DEL ORIENTE NO REALIZÓ UNA INVERSIÓN.....</b>	<b>10</b>
1. <i>Invex del Pacífico es una operación económica realizada por Invex Holdings, una persona jurídica diferente de Invex del Oriente.</i> .....	11
2. <i>La participación indirecta en Invex del Pacífico no es una inversión a la luz del APPRI ni del Convenio CIADI.</i> .....	12
<b>B. INVEX DEL ORIENTE CARECE DE IUS STANDI.....</b>	<b>16</b>
<b>C. LA PARTE DEMANDANTE NO CUMPLIÓ CON EL REQUISITO PREVIO DE INTENTAR CONSULTAS Y NEGOCIACIONES.....</b>	<b>18</b>
1. <i>No hubo un retiro unilateral del consentimiento para arbitraje.</i> .....	19
2. <i>La Parte Demandante no intentó consultas y negociaciones con la República del Pacífico.</i> .....	20
3. <i>La carta del 4 de abril del 2013 no es suficiente para cumplir con la obligación de intentar consultas y negociaciones.</i> .....	22
4. <i>La República del Pacífico proporciona suficientes garantías para la solución de la presente controversia. Sus jueces son los llamados a conocer del presente caso.</i> .....	24
<b>D. NO EXISTE UNA CONTROVERSIA FRENTE A LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL NACIONAL 14 DE FEBRERO DEL 2013.....</b>	<b>25</b>
<b>V. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.....</b>	<b>27</b>

<b>A. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO INFRINGIÓ SU OBLIGACIÓN SE BRINDAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO AL INVERSIONISTA CONFORME AL APPRI Y EL DERECHO INTERNACIONAL .....</b>	<b>27</b>
<b>CUESTIÓN PRELIMINAR: EL ESTÁNDAR DE TJE OFRECE UN UMBRAL DE PROTECCIÓN MÍNIMO, CONFORME A LA COSTUMBRE INTERNACIONAL. ....</b>	<b>28</b>
1. <i>La República del Pacífico no vulneró el derecho al debido proceso de la Parte Demandante. ....</i>	<i>28</i>
2. <i>No es cierto que el inversionista no haya contado con la oportunidad de defensa.</i>	<i>31</i>
<b>B. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO II(3) DEL APPRI. ....</b>	<b>36</b>
1. <i>La República del Pacífico actuó de manera diligente y razonable al haber garantizado a Invex del Pacífico el acceso al Tribunal Nacional. ....</i>	<i>37</i>
2. <i>La República del Pacífico no desconoció la obligación de PSP a través del procedimiento administrativo adelantado por la ANS. ....</i>	<i>38</i>
<b>C. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO INFRINGIÓ SU OBLIGACIÓN DE NO LLEVAR A CABO EXPROPIACIONES A TRAVÉS DE MEDIDAS EQUIVALENTES. ....</b>	<b>38</b>
1. <i>La República del Pacífico no realizó una Expropiación Indirecta y Progresiva al Inversionista. ....</i>	<i>39</i>
2. <i>La República del Pacífico no actuó en contra de sus actos. Los presupuestos para alegar la doctrina de los actos propios no se configuraron. ....</i>	<i>42</i>
<b>D. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO VULNERÓ EL ART. II (2) DEL APPRI, RELATIVO A LA OBLIGACIÓN DE PROVEER AL INVERSIONISTA UN TRATO NO MENOR AL DADO A SUS NACIONALES. ....</b>	<b>43</b>
1. <i>La República del Pacífico no violó el artículo II (2) del APPRI toda vez que no se individualizaron los sujetos relevantes para realizar la comparación de tratos provistos.</i>	<i>43</i>
<b>E. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO DESCONOCIÓ SU DEBER DE PERMITIR AL INVERSIONISTA LA TRANSFERENCIA LIBRE Y SIN DEMORA DEL CAPITAL Y LAS UTILIDADES RELACIONADAS CON SU INVERSIÓN .....</b>	<b>44</b>
<b>VI. PETITORIO .....</b>	<b>46</b>

## **I. BIBLIOGRAFÍA**

<b>Doctrina</b>	
Aljure Salame	Aljure Salame, A. (2011). <i>El Contrato Internacional</i> (1era ed.). Bogotá: Legis Editores S.A.
Bentolila	Brower, C. N., & Sharpe, J. K. (2003). Multiple and Conflicting International Arbitral Awards. <i>The Journal of World Investment &amp; Trade</i> , Vol. IV(N. 1), 211-222.
Bottini	Bottini, G. (2008). Indirect Claims under the ICSID Convention. <i>University of Pennsylvania Journal of International Law</i> , Vol. 29(N. 3), 563-639.
Brower & Sharpe	
Dolzer & Schreuer	Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). <i>Principles of International Investment Law</i> (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
Douglas	Douglas, Z. (2009). <i>The International Law of Investment Claims</i> . Cambridge: Cambridge University Press.
González de Cossío	González de Cossío, F. (2009). <i>Arbitraje de Inversión</i> (1era ed.). México DF: Editorial Porrúa.
Medina Muñoz,	Medina Muñoz. Afese. Revista 31.
OECD	OECD. (2008). Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. En OECD, <i>International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations</i> (pp. 7-78). Paris: OECD Publishing.
Salacuse	Salacuse, J. W. (2010). <i>The Law of Investment Treaties</i> . Oxford: Oxford University Press.
Schreuer, Malintoppi, et al.	Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2012). <i>The ICSID Convention - A commentary</i> (2nd. ed., 3rd Printing. ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
Wu	Wu, E. (2006). Addressing Multiplicity of Shareholder Claims in ICSID Arbitrations under Bilateral Investment Treaties: A ‘Tiered Approach’ to Prioritising Claims? <i>Asian International Arbitration Journal</i> , Vol. 6(N. II), 134-163.
<b>Laudos Arbitrales</b>	
BP Group Plc. c. Argentina	BG Group Plc. v. The Argentine Republic. Final Award (UNCITRAL Arbitral Tribunal 24 de diciembre de 2007).
Burlington Resources c. Ecuador	Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador. Decision on Jurisdiction, Case No. ARB/08/5 (ICSID 2 de junio de 2010).
Enron c. Argentina	Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID CASE No. ARB/01/3 (ICSID 14 de enero de 2004)
Fedax c. Venezuela	Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, Case No. ARB/96/3 (ICSID 11 de julio de 1997).
Joy Mining c. Egipto	Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/03/11 (ICSID 6 de agosto de 2004)

Murphy c. Ecuador	Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador. Award on Jurisdiction, Case No. ARB/08/4 (CIADI 15 de diciembre de 2010).
National Grid Plc. c. Argentina	National Grid Plc. v. The Argentine Republic. Decision on jurisdiction. (UNCITRAL Arbitral Tribunal 20 de junio de 2006).
Phoenix c. República Checa	Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic, Case No. ARB/06/5 (ICSID 15 de abril de 2009).
Salini c. Marruecos	Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. v. Kingdom Of Morocco. Decision on Jurisdiction., Case No. ARB/00/4 (ICSID 23 de julio de 2001)
Wintershall c. Argentina	Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic. Award, Case No. ARB/04/14 (ICSID 8 de diciembre de 2008).
Tecmed	Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).
Saluka c. República Checa	Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL
Neer	L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States 15 October 1926 VOLUME IV pp. 60-66
Pope & Talbot Inc.	Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL
Thunderbird	International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, <i>UNCITRAL</i>
Methanex	Methanex Corporation v. United States of America, <i>UNCITRAL</i>
APPL c. Sri Lanka	Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, (ICSID Case No. ARB/87/3)
Lauderc. República Checa	Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL
Suez c. Argentina	Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17)
AES c. Hungría	AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22
ELSI	Caso ELSI, USA v. Italia. CIJ. Reporte de 1989.
Vivendi II c. Argentina	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3
Biwater Gauff c. Tanzania	Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22
Metalclad c. México	Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No. ARB(AF)/97/01
Too c. Greater Modesto Associates	Too v. Greater Modesto Associates. Tribunal de Solución de Controversias entre Irán y U.S.A.
Feldman c. México	Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1

### Tratados Internacionales

Carta Europea de la Energía	Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, firmada el 17 de diciembre de 1994 en la Lisboa. <a href="http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/SP.pdf">http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/SP.pdf</a>
Modelo Alemán de TBI	German Model Treaty 2008 <a href="http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf">http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf</a>
Modelo Estadounidense de TBI	2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty <a href="http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf">http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf</a>
TBI entre Canadá y Argentina.	Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the promotion and protection of investment. Signed November 5, 1991; Entered into force April 29, 1993. <a href="http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argen_canada.pdf">http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argen_canada.pdf</a>
TBI entre el Reino Unido y Colombia	Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia”, elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010. <a href="http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1464_2011.html">http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1464_2011.html</a>
TBI entre Estados Unidos y Argentina	Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment. Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994. <a href="http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf">http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf</a>
TBI entre Estados Unidos y Honduras	Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Honduras relativo al fomento y la protección recíproca de la inversión. Firmado el 1 de julio de 1995; Entró en vigor el 11 de julio de 2001. <a href="http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/us_honduras_sp.pdf">http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/us_honduras_sp.pdf</a>
TBI entre Japón y Perú	Agreement between Japan and the Republic of Peru for the promotion, protection and liberalization of investment. Signed 22 November, 2008; Entered into force December 10, 2009. <a href="http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/japan_peru.pdf">http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/japan_peru.pdf</a>
TBI entre México y Austria	Agreement between the United Mexican States and the Republic of Austria on the Promotion and Protection of Investments. Signed June 29, 1998; Entered into force March 26, 2001. <a href="http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/austria_mexico.pdf">http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/austria_mexico.pdf</a>

## II. ABREVIATURAS

§/§§	Párrafo/Párrafos del memorial de la Parte Demandante.
¶/¶¶	Párrafo / Párrafos
ANS	Agencia Nacional de Salud de la República del Pacífico
APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Pacífico y la República del Oriente.
Art.	Artículo
BIT	Bilateral Investment Treaty
c.	Contra
Cfr.	Confrontar con
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ONPI	Oficina Nacional de la Propiedad Intelectual de la República del Pacífico
P./Pp.	Página/Páginas
PSE	Protección y Seguridad Plena
ss.	Páginas/párrafos siguientes
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TJE	Trato Justo y Equitativo

### III. HECHOS

#### **Las partes en la controversia.**

1. La República del Pacífico, ubicada en Latinoamérica desde hace varios años, ha venido adelantando una política para la atracción de las inversiones extranjeras.
2. En el marco de esta política, se han celebrado varios tratados de libre comercio donde se incluyen capítulos de inversión y acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones; también, se han adelantado varias reformas tributarias y legales recientes, y se creó la Oficina de Promoción de Inversiones, Pacific Investment.
3. Como consecuencia de las inversiones realizadas, para el año 2013, la República del Pacífico ha logrado desarrollar una importante agroindustria exportadora de materias primas, y se perfila como un como un centro regional de investigación y desarrollo de nuevas variedades de productos agroindustriales.
4. A su vez, Invex del Oriente es una sociedad constituida y con sede en la República del Oriente, cuyo dueño es Leif Erikson de origen islandés, nacionalizado y con domicilio en la República del Oriente.
5. El señor Leif Erikson encomendó la gestión y cedió formalmente el usufructo de la compañía Invex del Oriente al señor Martin Waldseemüller, nacional de Guanahani. En el 2001, Waldseemüller fundó a nombre de Invex del Oriente la sociedad Invex Holdings.
6. Invex Holdings es una compañía constituida y con sede en la República de Guanahani, cuyo objeto social consiste en la producción, el procesamiento, la comercialización y la distribución de alimentos a nivel mundial.
7. A lo largo de los años, Invex Holdings se ha posicionado como líder mundial en el desarrollo e investigación en la producción de semillas y cepas genéticamente modificadas de varios productos agrícolas. Para lo anterior, se vale de centros de innovación de la propiedad intelectual.
8. Hacia el 2008, los altos ejecutivos de Invex Holdings expresaron su interés en abrir un centro regional de innovación y producción en la República del Pacífico, y formularon una solicitud de ingreso a la Zona Franca del Pacífico.
9. En desarrollo de la política general de atracción de la inversión, la República del Pacífico aprobó la solicitud de ingreso de Invex Holdings a la Zona Franca del Pacífico, y permitió la constitución de la sociedad denominada Invex del Pacífico en su calidad de filial de Invex Holdings.

### **Resumen de la transacción.**

10. Invex Holdings, a través de Invex del Pacífico, inauguró un centro de innovación y producción en marzo del 2008 en territorio de la República del Pacífico. Adicionalmente, la Oficina Nacional de Propiedad Intelectual otorgó a Invex del Pacífico patentes para el desarrollo de su actividad.
11. Desde entonces, Invex del Pacífico logró consolidarse como una compañía estable, capaz de abastecer tanto la demanda interna de la República del Pacífico como la demanda externa.

### **Sobre las actuaciones de la república del pacífico frente a invex del pacífico.**

12. El 22 de abril del 2011, una Organización No Gubernamental llamada Natura, presentó una demanda ante el Tribunal Nacional solicitando la anulación de las patentes otorgadas a Invex del Pacífico argumentando que su obtención se dio sobre plantas y variedades vegetales de ocurrencia natural.
13. El 14 de febrero del 2013 El Tribunal Nacional, en una decisión sin precedentes, dio por probado que las patentes otorgadas recaían sobre plantas y variedades vegetales resultantes de procesos esencialmente biológicos y por lo tanto procedió a declarar la anulación de las patentes.
14. El 2 de abril del 2013, la Agencia Nacional de Salud, abrió una investigación en contra de Invex del Pacífico para verificar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias locales.
15. En desarrollo de esta investigación, el 3 de abril del 2013, funcionarios de la Agencia Nacional de Salud se hicieron presentes en la planta de operaciones de Invex del Pacífico.
16. En esta visita, en estricta sujeción a las reglas constitucionales, como medida cautelar y en aras de proteger el derecho colectivo a la salud pública en la República del Pacífico, se ordenó la suspensión temporal de actividades por un periodo de 120 días; adicionalmente, los funcionarios, siguiendo los protocolos de protección contra riesgos biológicos, tomaron varias muestras de las plantas y especies vegetales para ser sometidas a exámenes de laboratorio en la Agencia.
17. La medida adoptada fue notificada por la Agencia mediante un edicto fijado a la entrada de la planta toda vez que el gerente general no se encontraba en las instalaciones al momento de los hechos.

### **Planteamiento de la controversia.**

18. Tras notificarse de la decisión tomada, el 4 de abril de 2013, el señor Waldseemüller en su calidad de representante legal de Invex Holdings, envió una carta a la Presidenta Ripoll en donde solicitó la realización de consultas y negociaciones al amparo del APPRI celebrado entre la República del Pacífico y la República del Oriente.
19. El 30 de mayo de 2013, en respuesta a la anterior comunicación, el gobierno respondió que “respetar las decisiones de carácter técnico tomadas” por la ANS y que, en consecuencia, manifestó su oposición a adelantar consultas y negociaciones previas.
20. El 15 de julio del 2013, el señor Waldseemüller actuando como representante legal de Invex del Oriente, presentó una solicitud de Arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

### **IV. ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.**

1. En esta sección se probará que el Honorable Tribunal no es competente para conocer de la demanda interpuesta por Invex del Oriente. En la sección siguiente se demostrará que, en el caso hipotético de que se declare la competencia, la República del Pacífico cumplió plenamente con las obligaciones de derecho internacional que le son aplicables.
2. En desarrollo de la sección relativa a la ausencia de competencia se demostrará lo siguiente:
  - A. Que Invex del Oriente no tiene el carácter de inversionista, puesto que no realizó inversión alguna en territorio de la República del Pacífico; B. Que Invex del Oriente carece de *ius standi* para acudir a arbitraje; C. Que la Parte Demandante no cumplió con el requisito previo de intentar consultas y negociaciones, tal como está previsto en el art. V(1) del APPRI; y D. Que no hay una controversia sobre la sentencia del 14 de febrero del 2013.

#### **A. INVEX DEL ORIENTE NO REALIZÓ UNA INVERSIÓN.**

3. Invex del Oriente no puede ser considerado como un inversionista, dado que no realizó una inversión en territorio de la República del Pacífico. El carácter de inversionista está ligado directamente a la realización de una inversión, o al haber asumido tal obligación (art. I(1) APPRI).
4. La Parte Demandante considera que la inversión de Invex del Oriente en la República del Pacífico es la sociedad local Invex del Pacífico (§§22 – 30). Más adelante, reconoce que quien realizó la inversión directamente fue Invex Holdings (§32), y que Invex del Oriente tiene naturaleza de inversionista porque el APPRI es lo suficientemente amplio para incluir las

inversiones indirectas (§33). Justifican esta conclusión jurídica con base en los criterios interpretativos de la Convención de Viena (§34) y el objeto y fin del APPRI (§35).

5. Estos argumentos no tienen cabida en el presente caso, toda vez que: 1. Invex del Pacífico es una operación económica realizada por Invex Holdings, una persona jurídica diferente de Invex del Oriente; y 2. La participación indirecta en una sociedad no es una inversión protegida a la luz del APPRI y el Convenio CIADI.

**1. Invex del Pacífico es una operación económica realizada por Invex Holdings, una persona jurídica diferente de Invex del Oriente.**

6. Si se llegara a considerar que Invex del Pacífico es una inversión, no se podría pasar por alto que el que la realizó fue una persona jurídica diferente de Invex del Oriente: Invex Holdings. La República del Pacífico estuvo en contacto con Invex Holdings antes de la creación de Invex del Pacífico, no con Invex del Oriente. Invex Holdings era la empresa que era reconocida en el plano internacional como un líder altamente posicionado, y no Invex del Oriente. La comitiva de agentes gubernamentales visitó la sede principal de Invex Holdings en Guanahani, y no a Invex del Oriente en la República del Oriente. El gobierno de la República del Pacífico le concedió la entrada a su zona franca a Invex Holdings, no a Invex del Oriente.

7. Invex Holdings tiene la nacionalidad de Guanahani, lugar donde fue constituida y tiene su sede. Guanahani no es parte del APPRI, razón por la cual Invex Holdings no puede beneficiarse de las normas de protección de las inversiones contenidas en este instrumento internacional.

8. En los argumentos de la Parte Demandante relativos al carácter de inversión que debe revestir Invex del Pacífico (§§22 y ss.) no se encuentra ningún fundamento fáctico o jurídico para atribuirle su titularidad a Invex del Oriente. La Parte Demandante intenta presentar a Invex del Oriente como quien realizó la operación económica consistente en la creación de Invex del Pacífico, pero es consciente de que Invex del Oriente no es el titular directo de la operación económica, sino que el que tiene tal carácter es Invex Holdings (§32). Por eso hace énfasis en su participación en Invex Holdings, y trata de beneficiarse de la definición de inversión contenida en el artículo I(1)(b) del APPRI.

9. Dado que el APPRI no le confiere ningún tipo de derechos a Invex Holdings por no cumplir con el requisito de nacionalidad, este intenta beneficiarse de las normas contenidas en este tratado a través de una persona jurídica diferente que sí tiene la nacionalidad de un Estado parte en el APPRI. Por tal razón, se califica a Invex del Oriente en el memorial de la Parte Demandante como un accionista (“*shareholder*”) indirecto de Invex del Pacífico (§40), y se

busca incluir su participación indirecta en esta sociedad como una inversión. Se procederá a demostrar que lo anterior no es de recibo a la luz del APPRI y del Convenio CIADI.

**2.La participación indirecta en Invex del Pacífico no es una inversión a la luz del APPRI ni del Convenio CIADI.**

10. El CIADI no tiene jurisdicción y el Tribunal no es competente si no se está frente a una inversión que cumpla los requisitos del APPRI y del Convenio CIADI. Se debe tratar de una inversión a la luz de estos dos tratados. La jurisdicción del CIADI se deriva del Convenio CIADI (art. 25), y el consentimiento a través de un TBI, como el APPRI, es uno de los mecanismos que los Estados parte en el Convenio CIADI pueden utilizar para acudir a este mecanismo de solución de controversias (*Dolzer & Schreuer*, p. 257-259).

11. Si se trata de una inversión únicamente a la luz del APPRI o únicamente a la luz del Convenio CIADI, la consecuencia jurídica es la ausencia de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal, puesto que se debe cumplir con los requisitos contenidos en estos dos instrumentos internacionales. Como se proseguirá a exponer, la participación indirecta de Invex del Oriente en Invex del Pacífico no clasifica como una inversión b. ni a la luz del APPRI, a. ni a la luz del CIADI.

**a. No hay una inversión a la luz del APPRI.**

12. Como bien lo establecen los criterios del artículo 31 de la Convención de Viena, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El APPRI establece que inversión es todo tipo de activo invertido en territorio de un Estado parte de este tratado (art. I(2) APPRI). Un activo es todo derecho que se encuentra en patrimonio de una persona, y el verbo “invertir” implica necesariamente la realización de una conducta activa, de una operación económica.

13. De la redacción del artículo I(2) del APPRI se entiende claramente que debe haber una relación directa entre el inversionista y los activos que destina a la inversión. El inversionista debe tener unos derechos directos sobre los activos que está invirtiendo en territorio de uno de los Estados parte en el tratado, porque de lo contrario la pretendida inversión no estaría protegida.

14. Hay una clara diferencia entre la titularidad sobre acciones u otras formas de participación en una sociedad nacional de una de las partes en el APPRI (art. I(2)(b)), y la titularidad sobre

la participación en una persona jurídica propietaria de las acciones en una sociedad constituida en un Estado parte en el APPRI. En el primero de los casos se está realizando una transacción de naturaleza económica que tendría el carácter de inversión para el APPRI, mientras que en el segundo no existe protección a la luz del APPRI.

15. La adquisición de acciones en una sociedad local es una conducta activa que otorga unos derechos en el patrimonio de quien realiza dicha operación económica, lo cual está incluida expresamente en el artículo I(2)(b) del APPRI. La participación indirecta en una sociedad se encuentra por fuera de la definición de inversión dada por el APPRI. Esta no implica la realización de una inversión en territorio de un Estado parte en el APPRI, ni una relación directa con la operación económica hecha en la República del Pacífico.

16. Invex del Oriente no es titular de la participación accionaria en Invex del Pacífico. Estas acciones no son activos de su patrimonio. Hay una relación indirecta que no se encuentra protegida por el APPRI. Si las partes en el APPRI hubieran querido incluir la participación accionaria indirecta como una forma de inversión, lo habrían establecido expresamente.

17. Lo anterior se puede evidenciar en la práctica internacional. En varios tratados internacionales se ha establecido, a diferencia del texto del APPRI, que será inversión todo tipo de activo de propiedad o controlado por un nacional de un Estado parte en estos instrumentos. Tal es el caso del artículo 1(6) del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, el artículo I(1)(a) del TBI entre Estados Unidos y Argentina, el artículo I(d) del TBI entre Estados Unidos y Honduras, el artículo 1(2) del TBI entre México y Austria, el artículo 1(a) del TBI entre Canadá y Argentina, el artículo 2(a) del TBI entre el Reino Unido y Colombia, el artículo 1(1) del TBI entre Japón y Perú, el artículo 1(1) del modelo alemán de TBI, y el artículo 1 del modelo estadounidense de TBI, entre muchos otros ejemplos que podrían citarse.

18. Si estamos frente a un tratado que se refiere a la protección de las inversiones, no parece lógico que las partes hubieran olvidado incluir operaciones económicas cubiertas por estas normas. Por esta razón, la interpretación más acertada es que si la hipótesis no está prevista no podrá ser considerada como una inversión.

19. La posibilidad de que accionistas indirectos acudan al CIADI va en contra de la finalidad y objeto perseguido por cualquier norma de protección de las inversiones extranjeras, y más si se da en el marco de una cadena de propietarios, como se profundizará más adelante. Uno de los objetivos primordiales del APPRI es el mantenimiento de un clima satisfactorio para las inversiones extranjeras, y al permitir que los accionistas indirectos acudan al APPRI se está generando una situación abiertamente incompatible con esta finalidad.

20. La interpretación del concepto de inversión propuesta por la Parte Demandante es excesivamente amplia. Permitir la inclusión de la participación accionaria indirecta en el concepto de inversión sería la fuente de una gran cantidad de problemas jurídicos y económicos.

21. Esta hipótesis permite que una misma persona cuente con la posibilidad de múltiples reclamaciones, las cuales pueden traer como consecuencia varias indemnizaciones por un mismo daño o sentencias contradictorias en dicha materia. Se puede prestar para *forum shopping* o un abuso del derecho y la personalidad jurídica por parte de os eventuales demandantes. Sería un exabrupto considerar que este instrumento internacional querría permitir supuestos jurídicos tan complejos y problemáticos como anteriormente enunciados.

#### **b. No hay una inversión a la luz del Convenio CIADI.**

22. En la hipótesis en que se considerara que la participación accionaria indirecta es una inversión protegida por el APPRI, tampoco se podría acudir al CIADI, dado que no estamos en presencia de una inversión a la luz del Convenio CIADI.

23. Si bien es cierto que el Convenio CIADI no define el concepto de inversión, una adecuada interpretación de este tratado deja ver que no todo tipo de operación económica reviste el carácter de inversión. Los Estados partes en el Convenio tienen un límite en su libertad para definir qué tipo de operaciones económicas tendrán protección de inversión extranjera.

24. En los llamados *criterios Salini* se pueden encontrar las características que una operación económica debe cumplir para que sea considerada una inversión a la luz del Convenio CIADI. Los *criterios Salini* han sido acogidos por diferentes pronunciamientos arbitrales, en los cuales se ha determinado que las inversiones responden a parámetros objetivos para encontrarse dentro de la jurisdicción del CIADI.

25. Aunque se han incluido otros, como los que la Parte Demandante atribuye al profesor Schreuer (§23), los *criterios Salini* para determinar que se está frente a una inversión a la luz del Convenio CIADI son cuatro: 1. La realización un aporte; 2. Que dicho aporte implique un riesgo; 3. Que tal aporte tenga una duración relativamente considerable o larga; y 4. Que contribuya al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión (*Aljure Salame*, p. 266; *Dolzer & Schreuer*, p. 248; *OECD*, p. 67; *Douglas*, p. 190).

26. La participación accionaria indirecta no se puede considerar como un aporte desde los *criterios Salini*, puesto que no representa una inversión y por ende no goza de protección en el Tratado. No se trata objetivamente de una inversión, sino de un interés indirecto en una persona jurídica sobre la cual ejercería un control intermediado.

27. No hay una contribución de activos patrimoniales en cabeza de Invex del Oriente, no hay una destinación de capital para el desarrollo de una actividad económica en territorio de la República del Pacífico. Invex Holdings es el que compromete activos que se encuentran dentro de su patrimonio para la constitución de una sociedad y el desarrollo de una actividad económica. Invex Holdings es el que realiza un aporte, el que tiene una relación directa con los activos destinados a la creación de Invex del Pacífico, el que realiza una conducta que eventualmente podría tener el carácter de inversión, y no Invex del Oriente.

28. En el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI se puede evidenciar la intención de los redactores de excluir la participación indirecta como una forma de inversión cubierta por las normas de protección de las inversiones extranjeras. En este artículo está consagrada la hipótesis del control, en virtud de la cual se les permite a los Estados parte en el Convenio acordar atribuirles el carácter de nacionales beneficiados por las normas de protección a las inversiones a las personas sometidas a control extranjero.

29. Lo anterior deja ver claramente que los redactores del Convenio CIADI quisieron excluir la participación indirecta como una forma de inversión protegida por este instrumento. La interpretación excesivamente amplia que varios tribunales arbitrales han adoptado donde se admiten las inversiones indirectas es criticable y errónea, puesto que va en contra del espíritu del Convenio CIADI, y se pasa por alto la figura del control del artículo 25(2)(b).

30. Tampoco puede decirse que la participación indirecta en una persona jurídica contribuya al desarrollo económico del Estado receptor. Lo que podría alegarse que contribuye a tal finalidad es la operación económica realizada por parte de Invex Holdings. Los beneficios a la economía de la República del Pacífico alegados por la Parte Demandante (§23) están ligados con la constitución y actividad económica de Invex del Pacífico. A la hora de tratar la participación indirecta de Invex del Oriente, la Parte Demandante omite hacer comentarios en este sentido, dado que la participación accionaria indirecta no es suficiente para contribuir al desarrollo económico de un Estado.

31. La titularidad sobre las acciones de Invex Holdings tiene una relación demasiado remota con el desarrollo económico en la República del Pacífico, para considerar que tiene la suficiente entidad para contribuir a este. Los beneficios se producen por la efectiva realización de actividades productoras en la economía de un país, no por una relación indirecta de participación accionaria, de la cual cualquier persona podría beneficiarse y buscar beneficios que no fueron previstos por los redactores del Convenio CIADI.

32. Tal es el caso de la posibilidad de múltiples reclamaciones e indemnizaciones para una misma persona frente a un mismo daño, a partir de diferentes entidades que respondan a sus

intereses. La posibilidad de sentencias contradictorias en un mismo punto, abuso del derecho y la personalidad jurídica tampoco puede considerarse como un efecto deseado por los redactores del Convenio CIADI. Esto pone en peligro los derechos de los Estados parte en este tratado, y desincentiva la apertura de sus fronteras a la inversión extranjera.

33. Queda claro que la participación indirecta de Invex del Oriente en Invex del Pacífico no puede considerarse como una inversión ni a la luz del APPRI ni del Convenio CIADI, pero en el caso hipotético en que el Tribunal lo considerara como una inversión, el efecto sería el mismo porque se vería obligado a declarar que no es competente.

#### **B. INVEX DEL ORIENTE CARECE DE *IUS STANDI*.**

34. En el caso hipotético en que el Tribunal llegara a aceptar que la participación indirecta en Invex del Pacífico es una inversión, Invex del Oriente carecería de *ius standi* para acudir ante el CIADI con miras a iniciar un proceso arbitral.

35. La Parte Demandante alega que Invex del Oriente tiene *ius standi* porque tiene la nacionalidad de la República del Oriente (§31), y porque realizó una inversión de forma indirecta en la República del Pacífico. Se fundamenta en que Invex del Oriente es el titular del 100% de la participación accionaria de Invex Holdings (§40), sociedad por medio de la cual realizó la inversión en territorio de la República del Pacífico: Invex del Pacífico (§32), y porque Invex Holdings es el titular del 100% de la participación accionaria de Invex del Pacífico (§33).

36. La Parte Demandante intenta justificar lo anterior en una supuesta amplitud de la definición de inversión en la cual no se distingue entre inversiones directas e indirectas (§34), y para alcanzar el objeto y fin perseguido por el APPRI (§35). Se fundamenta también en un autor para argumentar que la acción de invertir no requiere necesariamente una relación de propiedad en sentido estricto con los activos destinados para tal fin (§36).

37. La Parte Demandante insiste en tratar a Invex del Oriente como inversionista con base en lo anteriormente enunciado, pero omite una cuestión fundamental que claramente la perjudicaría si se trajera a colación: el verdadero titular y beneficiario real de Invex del Pacífico, Invex Holdings y también Invex del Oriente es una persona natural: Leif Erikson.

38. Si se sigue la línea argumental presentada por la Parte Demandante, Leif Erikson queda claramente cubierto por sus argumentos como un inversionista. Él es nacional de la República del Oriente (cfr. §31). Él invirtió también de forma indirecta, porque es el titular del 100% de las acciones de Invex del Oriente (cfr. §§32, 33, 40), y esto lo hace el dueño real, el verdadero beneficiario de la operación económica llevada a cabo por el entramado societario compuesto

por todas las personas jurídicas sometidas a su control. La amplitud de la definición de inversión contenida en el APPRI también lo cubriría por tratarse de una participación indirecta (cfr. §35), en la cual no hay una relación de propiedad en estricto sentido (cfr. §36).

39. Si se llegara a considerar que la participación indirecta de Invex del Oriente en Invex del Pacífico es una inversión, la consecuencia necesaria sería reconocerle el mismo carácter a la participación indirecta de Leif Erikson en Invex del Pacífico, sumado el hecho de que Leif Erikson es el titular de la totalidad de las acciones de Invex del Oriente.

40. Invex del Oriente es un intermediario más en la cadena de propietarios. Puede que sea cierto que a Invex del Oriente le pertenece el 100% de la participación accionaria de Invex Holdings, pero bajo ninguna circunstancia puede pasarse por alto que Invex del Oriente a su vez le pertenece a Leif Erikson en su totalidad, y esto trae graves consecuencias que van en contra de lo perseguido por el APPRI y el Convenio CIADI.

41. Al reconocerle *ius standi* a Invex del Oriente se estaría dejando un boquete abierto para que una misma persona, a través de varias sociedades propias, inicie varios procesos en los que se discutirá en esencia los mismos hechos y los mismos daños y en consecuencia, podrá haber acumulación de indemnizaciones, contradicción de sentencias y *fórum shopping*. Además, afectaría la estabilidad de la que goza la República del Pacífico para conceder condiciones favorables para los inversionistas.

42. Si se acepta la tesis de la Parte Demandante, es posible que tanto Leif Erikson e Invex del Oriente realicen reclamaciones ante el CIADI sobre unos mismos hechos que tendrían una misma consecuencia: el daño alegado por la Parte Demandante sería el mismo. Existe la posibilidad de una doble indemnización por un mismo daño, o la existencia de sentencias contradictorias en un mismo punto. Lo mismo podría suceder frente a Invex Holdings e Invex del Pacífico, dado que al acudir a un criterio tan formalista como la ausencia de cosa juzgada argumentada por la Parte Demandante en otro asunto (§§18 y ss.) se estaría permitiendo desconocer la realidad económica y ser la base para permitir enriquecimientos injustificados, inestabilidad jurídica y abuso por parte de los eventuales demandantes.

43. Todas las acciones iniciadas por Invex del Pacífico, Invex Holdings o Invex del Oriente van a beneficiar a Leif Erikson. Por tal razón, no se puede permitir que los inversionistas indirectos tengan *ius standi* ante el CIADI y que el único que pueda acudir sea el verdadero inversionista, o que el único que tenga *ius standi* sea el beneficiario real. Se necesita un punto de corte, en el que quien demande sea quien tenga la relación más directa con la inversión.

44. Si se llegara a considerar que los accionistas indirectos son inversionistas – lo cual consideramos un razonamiento jurídico erróneo y con consecuencias nada deseables –, el único

que debería tener *ius standi* debería ser el verdadero titular, al menos en los casos donde a este le pertenece la totalidad de los eslabones en la cadena de propietarios.

45. Es preciso resaltar que en *BG Group Plc. c. Argentina* (¶¶1, 24 y ss.) y *National Grid Plc. c. Argentina* (¶¶35 y ss.), los laudos citados por la Parte Demandante (§38), no hay una situación similar a la de Invex del Oriente como esta alega. Tanto *National Grid* como *BG Group* eran los titulares finales en la cadena de propietarios. No eran un eslabón intermedio como Invex del Oriente. Estos laudos se fundamentan en presupuestos fácticos diferentes a los de este caso.

46. Ya establecido que Invex del Oriente carece de *ius standi*, se demostrará que no cumplió con el requisito previo de intentar consultas y negociaciones, tal como es exigido por el APPRI en su artículo V(1).

### **C. LA PARTE DEMANDANTE NO CUMPLIÓ CON EL REQUISITO PREVIO DE INTENTAR CONSULTAS Y NEGOCIACIONES.**

47. Invex del Oriente no cumplió con el requisito jurisdiccional previo de intentar consultas y negociaciones con la República del Pacífico. La consecuencia de la inobservancia de tal requisito es la ausencia de competencia por parte del Tribunal.

48. El agotamiento de las consultas y negociaciones tiene el carácter de requisito jurisdiccional. Su incumplimiento trae como consecuencia la ausencia de competencia por parte del Tribunal, tal como ha sido establecido por la jurisprudencia arbitral en varios casos (*Wintershall c. Argentina*, ¶¶ 142 – 143; *Enron c. Argentina*, ¶ 88). El APPRI concede la posibilidad de acudir a arbitraje a los nacionales de sus Estados parte, pero la competencia del Tribunal está *diferida* hasta que las partes “intenten” llevar a cabo consultas y negociaciones, como bien lo exige el artículo V(1) de este tratado.

49. La Parte Demandante sostiene que la República del Pacífico no puede retirar unilateralmente el consentimiento para acudir a arbitraje (§9). Alega que cumplió con el requisito de intentar consultas y negociaciones por medio de una sociedad interpuesta, puesto que Invex Holdings envió una carta donde se detallaron los motivos de la controversia (§10), y que el gobierno rechazó su solicitud en una comunicación posterior por considerar que realizar negociaciones con inversionistas extranjeros sobre asuntos de esa naturaleza va en contra de su política (§11).

50. La Parte Demandante sostiene, además, que acudió a arbitraje internacional por la ausencia de garantías para una solución pronta de la controversia (§12). Alega haber cumplido el requisito previo de consultas y negociaciones “al notificar de la controversia a la República del

Pacífico” a través de la comunicación del 4 de abril del 2013 que considera de suficiente entidad para haber cumplido este requisito (§13). El jefe de gabinete le indicó a Invex Holdings que podría acudir a los tribunales de la República del Pacífico para que resolviera su controversia, en su respuesta del 30 de mayo del 2013. La Parte Demandante sostiene que no está obligada, dado que el APPRI le otorga la facultad de elegir si acude a los jueces del Estado receptor de la inversión o al CIADI (§§14 – 15).

51. Se demostrará que los argumentos de la Parte Demandante no tienen cabida en el presente caso, puesto que: 1. No hubo un retiro del consentimiento para arbitraje; 2. No se intentaron consultas y negociaciones; 3. La carta del 4 de abril del 2013 no tiene la suficiente entidad para cumplir con este requisito; y 4. La República del Pacífico brinda garantías suficientes para la solución de la controversia, puesto que sus jueces son los llamados para conocer de dicha controversia.

### **1. No hubo un retiro unilateral del consentimiento para arbitraje.**

52. La República del Pacífico nunca ha retirado su consentimiento para acudir a arbitraje porque nunca ha consentido someter a arbitraje sus diferencias con nacionales de Guanahani. La carta del 30 de mayo del 2013 no constituye un retiro unilateral de la voluntad para acudir a arbitraje ante el CIADI por parte de la República del Pacífico. Sostener lo contrario es tergiversar las palabras del representante del gobierno de la República del Pacífico e ir en contra de los hechos que motivaron su respuesta.

53. El 4 de abril del 2013, Invex Holdings envió una carta a la presidente de la República del Pacífico para iniciar consultas y negociaciones sobre las medidas gubernamentales tomadas por la ANS el 3 de abril del 2013. Se invocaba el APPRI, un tratado bilateral internacional del cual Guanahani, el Estado de la nacionalidad de Invex Holdings, no es parte. El gobierno de la República del Pacífico se negó a sostener consultas y negociaciones puesto que el asunto elevado por Invex Holdings no se encuentra dentro de su política de protección de las inversiones.

54. La política de protección de inversiones de la República del Pacífico se puede apreciar en los diferentes tratados internacionales que ha celebrado con diferentes Estados para protección de inversiones de sus nacionales. El APPRI es un claro ejemplo de esta política, la cual hizo que la República del Pacífico asumiera una serie de compromisos jurídicos para la protección de inversionistas nacionales de la República del Oriente.

55. Invex Holdings intenta beneficiarse de un tratado que no genera ningún tipo de derechos a su favor, dado que es una empresa constituida y con sede en Guanahani, Estado que le

proporciona la nacionalidad y no es parte del APPRI que está invocando. Por eso son claras las palabras del jefe de gabinete al responder que no está dentro de la política de la República del Pacífico llevar a cabo consultas y negociaciones con Invex Holdings: se trata de un inversionista extranjero excluido de protección, y frente al cual no tiene ninguna obligación jurídica de negociar o de someter sus controversias a arbitraje CIADI.

56. Es necesario hacer énfasis en que para que una persona pueda acudir al CIADI debe cumplirse con dos requisitos de vital importancia: 1. Que el Estado de su nacionalidad sea parte del Convenio CIADI, y 2. Que exista consentimiento para acudir a arbitraje, el cual puede surgir de la aceptación de una oferta unilateral de arbitraje contenida en un TBI que le confiera derechos a inversionistas extranjeros nacionales de sus Estados parte. Guanahani no es parte en el APPRI, y no se probó que sea parte del Convenio de Washington. Por más voluntad política que tenga el gobierno de la República del Pacífico pueda llegar a tener para permitirle acudir a arbitraje CIADI a Invex Holdings, esa posibilidad se encuentra bloqueada por lo anteriormente expresado.

## **2. La Parte Demandante no intentó consultas y negociaciones con la República del Pacífico.**

57. La Parte Demandante considera que intentó consultas y negociaciones a través de Invex Holdings (§10), pero no da fundamento alguno sobre por qué sería de recibo admitir el cumplimiento de este requisito jurisdiccional a través de una interpuesta persona. La Parte Demandante omite los fundamentos de su afirmación, pero le atribuye el cumplimiento de tal requisito a Invex del Oriente al sostener que esta sociedad fue la que “notificó de la controversia” a la República del Pacífico (§13).

58. Los argumentos de la Parte Demandante no tienen fundamento fáctico o jurídico alguno que permitan entender que hubo un cumplimiento del requisito de intentar consultas y negociaciones a través de interpuesta persona.

59. Los hechos del presente caso son claros en cuanto a lo anterior. Invex del Oriente no intentó consultas y negociaciones con la República del Pacífico en ningún momento. Las aparentes negociaciones fueron llevadas a cabo por Invex Holdings, una persona jurídica diferente de Invex del Oriente, cuya nacionalidad no le permite beneficiarse de las disposiciones del APPRI, como la posibilidad de intentar consultas y negociaciones con la República del Pacífico. Invex del Oriente pretende beneficiarse de los intentos realizados por parte de una entidad jurídica diferente y de otra nacionalidad, dado que el que “intenta” negociar no coincide con el que acude a arbitraje.

60. El artículo V(1) del APPRI establece claramente que las partes en la controversia deben intentar primero darle solución por medio de consultas y negociaciones. Las partes en esta controversia son Invex del Oriente y la República del Pacífico, y su diferencia versa sobre las alegaciones que realiza la Parte Demandante sobre una afección de su participación indirecta en Invex del Pacífico por medio de determinadas medidas estatales.

61. Si seguimos la línea argumental de la Parte Demandante utilizada para descartar una identidad de partes al tratar la sentencia del 14 de febrero del 2013, la conclusión necesaria sería que Invex Holdings no puede cumplirle el requisito del artículo V(1) del APPRI a Invex del Oriente, dado que Invex Holdings es una persona jurídica diferente y es parte en una controversia distinta.

62. La Parte Demandante alega que la sentencia del 14 de febrero del 2013 no constituye cosa juzgada (§§18 y ss.). Uno de sus argumentos es que no hay identidad de partes, puesto que en el proceso ventilado ante el Tribunal Nacional las partes eran la ONG Natura e Invex Holdings, y en la presente demanda las partes son Invex del Oriente y la República del Pacífico (§19). Para la Parte Demandante se trata de dos controversias distintas.

63. Como Invex Holdings e Invex del Pacífico son sujetos diferentes de acuerdo a los argumentos de la Parte Demandante, las controversias que se presenten entre alguno de estos con la República del Pacífico son igualmente diferentes entre sí. Invex Holdings no es parte en la controversia que hay entre la Invex del Oriente y la República del Pacífico, puesto que es un sujeto diferente, y por tal razón su conducta no se puede enmarcar dentro del supuesto del artículo V(1) del APPRI. La Parte Demandante no puede ir en contra de sus propias declaraciones y pretender beneficiarse selectivamente de la realidad fáctica.

64. Debe tenerse en cuenta que el artículo V no incluye ningún supuesto de cumplimiento a través de interpuesta persona. Si así lo hubieran deseado las partes en el APPRI, no habrían incluido el requisito de que las consultas y negociaciones fuesen intentadas por alguna de las partes en la controversia que se pretende ventilar ante el CIADI.

65. Como evidencia de lo anterior se puede traer a colación la carta del 4 de abril del 2013, en la cual presuntamente se intentan consultas y negociaciones. La Parte Demandante la considera suficiente para cumplir con este requisito, pero nunca se hace referencia alguna a Invex del Oriente. La carta – si es que puede tomarse como un intento de negociación – se envía a nombre de Invex Holdings que, como se ha insistido, no tiene una nacionalidad que le permita beneficiarse de las disposiciones del APPRI.

66. Invex del Oriente no apareció en la escena sino hasta la solicitud de arbitraje. Invex Holdings siempre actuó en nombre propio. Invex Holdings era la empresa que era reconocida

como líder mundial en su sector económico, con la que se llevaron a cabo negociaciones para que entrara a la República del Pacífico, a la que se le confirió el ingreso a la Zona Franca del Pacífico, y la que envió la carta de solicitud de consultas y negociación.

67. Es razonable considerar que por la realidad de los hechos la República del Pacífico se negó a sostener consultas y negociación, puesto que como se explicó anteriormente, no tiene ninguna obligación jurídica de negociar o acudir a arbitraje con nacionales de Guanahani, e Invex Holdings siempre fue la cara visible con la que tuvo contacto, y dicha sociedad siempre actuó a nombre propio. Invex Holdings nunca actuó a nombre de Invex del oriente.

68. El objetivo de establecer un requisito jurisdiccional previo de intentar consultas y negociaciones es el concederle al Estado demandado la oportunidad de darle solución a la controversia antes de que el demandante acuda a arbitraje, dadas las importantes dificultades y costos que puede acarrear un proceso de esta naturaleza. Privar al Estado demandante de esta oportunidad trae como consecuencia, al menos temporalmente, la ausencia de competencia del Tribunal (*Burlington Resources c. Ecuador*, ¶315 – 318).

69. El Estado tiene derecho a una etapa de consultas y negociaciones, y deben garantizarse las condiciones para que este pueda ejercerlo efectivamente. Permitir conclusiones como que se cumplió el requisito de intentar consultas y negociaciones a través de una interpuesta persona (§10) que nunca declaró estar actuando a nombre de la Parte Demandante atenta claramente contra los derechos de la República del Pacífico. Lo mismo sucede si una presunta solicitud para intentar consultas y negociaciones que no tiene la entidad suficiente para que el Estado tenga la oportunidad de resolver prejudicialmente al asunto, como se explicará a continuación.

### **3. La carta del 4 de abril del 2013 no es suficiente para cumplir con la obligación de intentar consultas y negociaciones.**

70. Una simple misiva no es suficiente para entender cumplido el requisito de consultas y negociaciones consagrado en el APPRI. La simple “notificación” de la controversia no basta para entender que se intentaron consultas negociaciones. Las partes en la controversia no están obligadas a llegar a una solución por intermedio de las consultas y negociaciones (*Murphy c. Ecuador*, ¶135), pero deben actuar con debida diligencia, deben procurar que este mecanismo se desarrolle de una forma satisfactoria, para que haya un verdadero cumplimiento del requisito establecido en el artículo V(1) del APPRI.

71. Si la Parte Demandante estaba interesada en llevar a cabo consultas y negociaciones, debió primero que todo actuar con buena fe y solicitar consultas y negociaciones a nombre de esta, y tratar efectivamente de negociar con la República del Pacífico. En los hechos del caso se dice

que los ejecutivos de Invex Holdings guardaban la esperanza de un cambio de posición frente a las negociaciones por la reelección de la presidente, pero no se evidencia ningún intento de acercamiento que demostrara que fueron más allá de simples buenas intenciones.

72. La pretendida minuciosidad de la solicitud de consultas y negociaciones debe tomarse con precaución. Del texto de la carta únicamente puede entenderse que Invex Holdings quería negociar sobre los hechos del 3 de abril del 2013 y sobre las acciones de la ANS, un organismo de carácter gubernamental. Y en todo caso, entender esa carta como el agotamiento de tan importante herramienta sería caer en un excesivo formalismo que impide el efectivo ejercicio del derecho que tiene la República del Pacífico a una etapa de consultas y negociaciones.

73. En dicha carta nunca se hace referencia a la sentencia del 14 de febrero del 2013. No se “intenta” negociar sobre este pronunciamiento del Tribunal Nacional, pero en el memorial de la Parte Demandante se incluye y califica tal pronunciamiento como un hecho que violó las obligaciones internacionales asumidas por la República del Pacífico.

74. Además de que Invex Holdings no podía hacer uso de esta etapa consagrada en el APPRI, se le está negando la oportunidad a la República del Pacífico de pronunciarse y decidir si negocia o no sobre el impacto que tuvo la sentencia del Tribunal Nacional. En la hipótesis de que el Tribunal considerara que se cumplió el requisito previo del art. V(1) del APPRI, únicamente habría competencia con respecto a los hechos que tuvieron lugar el 3 de abril del 2013, dado que sólo se hizo mención de estos en la carta del 4 de abril del 2013.

75. Si el requisito es intentar consultas y negociaciones sobre una controversia, se entiende necesariamente que el Tribunal solo podrá conocer sobre lo que se intentó negociar. Es totalmente contrario a la buena fe intentar incluir cuestiones que deliberada o negligentemente se omitieron en el requisito jurisdiccional previo, para así ampliar subrepticamente el ámbito de competencia del tribunal arbitral. Permitir esto sería dar paso a que la Parte Demandante se beneficiara de su propia culpa, algo rechazado por todos – y si no todos, casi todos – los sistemas jurídicos del planeta. Se está intentando dotar de competencia al tribunal a partir de elucubraciones artificiosas que en nada reflejan la realidad fáctica.

76. La carta del 4 de abril del 2013 no tiene la suficiente entidad para ser considerada un intento efectivo de consultas y negociaciones, y en el caso de que así sea considerado, su contenido sólo se extiende hacia una de las varias conductas que se alegan como fuente de responsabilidad de la República del Pacífico. La argumentación de la Parte Demandante atenta contra la oportunidad de resolver prejudicialmente el asunto, y la igualdad jurídica que debe tener la República del Pacífico en la presente cuestión.

**4. La República del Pacífico proporciona suficientes garantías para la solución de la presente controversia. Sus jueces son los llamados a conocer del presente caso.**

77. Como se demostró anteriormente, la República del Pacífico no tiene ninguna obligación jurídica de negociar o acudir a arbitraje con los nacionales de Guanahani. Por tal razón, la República del Pacífico considera que la solicitud de Invex Holdings es contraria a su política, y le brinda una herramienta de defensa clara: acudir a sus tribunales nacionales para que se resuelva la controversia en derecho.

78. Para que una persona pueda acudir al CIADI, el Estado de su nacionalidad debe ser parte del Convenio CIADI y haber prestado su consentimiento para someter controversias a arbitraje ante el CIADI, como la inclusión de este mecanismo en un TBI como el APPRI. Si no se cumple con estos requisitos, el CIADI no tendrá jurisdicción y el Tribunal carecerá de competencia. Tal es la situación de Invex Holdings, puesto que Guanahani no es parte en el APPRI que invoca para solicitar consultas y negociaciones, y no hay pruebas de que sea parte del Convenio CIADI.

79. Como Invex Holdings no puede beneficiarse de las normas contenidas en el APPRI, la República del Pacífico le brinda la posibilidad de acudir a sus jueces, los cuales son imparciales y están lo suficientemente calificados para conocer de las demandas que eventualmente quieran interponer los inversionistas extranjeros.

80. Lo anterior está relacionado con la temeraria afirmación de la Parte Demandante al sostener que acudió a arbitraje por la falta de garantías para una solución pronta de la controversia que tiene con la República del Pacífico (§12). Esta declaración se da sin fundamento fáctico alguno, puesto que la Parte Demandante asume que el simple paso del tiempo entre la presentación de la carta y la solicitud de arbitraje satisface los intentos de consultas y negociación. Las garantías existen, pero no han sido utilizadas. A nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos.

81. Invex Holdings no hizo nada para defender sus derechos antes de que Invex del Oriente solicitara arbitraje. La Parte Demandante no tuvo ninguna conducta relevante para la protección de sus intereses, y pretende justificar su negligencia alegando sin fundamento alguno que no tenían suficientes garantías para una resolución pronta de la controversia. Invex Holdings ni siquiera intentó controvertir la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de su patente, y se intenta escudar en la reelección de la presidente para justificar su inactividad, pero lo que es cierto es que nunca se preocupó porque hubiera un efectivo intento de llevar a cabo consultas y negociación.

**D. NO EXISTE UNA CONTROVERSIA FRENTE A LA SENTENCIA  
PROFERIDA POR EL TRIBUNAL NACIONAL 14 DE FEBRERO DEL  
2013.**

82. La Parte Demandante alega que no se puede invocar la sentencia de anulación de las patentes conferidas a Invex del Pacífico como cosa juzgada. Sostiene que este pronunciamiento no imposibilita que Invex del Oriente acuda al CIADI, toda vez que no existe identidad de sujetos, causa y objeto ente las controversias conocidas por el Tribunal Nacional y la que se presenta ante el presente Tribunal Arbitral respectivamente (§§18 y ss.).

83. Puede decirse que no hay cosa juzgada entre el proceso tramitado por el Tribunal Nacional y el que se trae ante el CIADI tal como sostiene la parte demandante, pero esa es una cuestión absolutamente impertinente e irrelevante a efectos de determinar la jurisdicción del CIADI.

84. La jurisdicción del CIADI está determinada por el artículo 25 de Convenio CIADI, como bien reconoce la Parte Demandante (1). De este instrumento internacional se derivan los requisitos que se deben cumplir para el CIADI tenga jurisdicción, los cuales son: 1) que se trate de una controversia jurídica, 2) que surja directamente de una inversión 3) entre un Estado parte y un nacional de otro Estado parte y 4) que las partes en la controversia hayan consentido por escrito acudir al CIADI. La cosa juzgada no aparece en ningún lugar como un impedimento para que el CIADI tenga jurisdicción sobre una controversia.

85. La afirmación de la Parte Demandante es impertinente para el presente caso, puesto que lo que se debe demostrar es que se cumple con los requisitos contenidos en el artículo 25 del Convenio CIADI. La cosa juzgada es un asunto irrelevante como factor de competencia. Si la cosa juzgada fuera un factor de competencia nunca sería un obstáculo, porque es muy difícil que coincida una causa en el derecho interno (una norma doméstica) con una en el derecho internacional (una obligación internacional).

86. El Tribunal no es competente para pronunciarse sobre los asuntos relativos a la sentencia del 14 de febrero del 2013, porque no hay una controversia en ese punto. Es un asunto que se encuentra por fuera de la jurisdicción del CIADI.

87. La sentencia del 14 de febrero del 2013 es de primera instancia, y cuando fue proferida el inversionista no hizo uso de ninguno de los recursos que le confiere la normativa de la República del Pacífico le confiere para controvertir providencias judiciales. Esto no quiere decir que el APPRI exija el agotamiento de los recursos internos, pero es un claro indicio de la aceptación de los efectos de la sentencia y de una ausencia de controversia.

88. Invex del Pacífico continuó operando y desarrollando su actividad económica en territorio de la República del Pacífico, sin controvertir la sentencia que declaró la nulidad de las patentes, sin hacer pronunciamientos sobre sus efectos.

89. El 4 de abril del 2013 Invex Holdings presentó una carta en la que solicitaba consultas y negociaciones. La Parte Demandante sostiene que se detallaron los motivos de la controversia (10). Cuando se examina la carta, puede apreciarse que esta únicamente se refiere a los hechos del 3 de abril del 2013. Invex del Oriente sostiene que las acciones de la ANS van en contra de las obligaciones asumidas en el APPRI, y solicita que se inicien consultas y negociaciones sobre esos hechos.

90. Hay una omisión deliberada de mencionar la sentencia del 14 de febrero del 2013 en la solicitud de consultas y negociaciones. Este pronunciamiento, de acuerdo a varios expertos, cumple con los parámetros normativos domésticos e internacionales, es razonable, y fue aceptado por Invex del Pacífico e Invex Holdings.

91. No hay una controversia frente a esta sentencia, y en virtud del artículo 25 del Convenio CIADI no existe jurisdicción sobre tales hechos. Esto se aprecia claramente por el desarrollo de la actividad económica después de proferirse la sentencia, la no interposición de recursos en su contra, la ausencia de declaraciones al respecto, y su no inclusión dentro de la solicitud de consultas y negociaciones que limita claramente la controversia a las acciones de la ANS el 3 de abril del 2013.

92. La Parte Demandante no puede ir en contra de sus propios actos y pretender que existe una controversia donde no la hay. No se puede permitir que se beneficie de su mala fe y se incluyan cuestiones que están totalmente por fuera de la competencia del Tribunal.

93. Ya demostrado que los argumentos de la Parte Demandante no tienen cabida en el presente proceso, se traerán a colación otras cuestiones que el Tribunal debe tener en cuenta para declarar que no es competente para conocer de la presente demanda

## **V. ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.**

En esta parte del memorial, la representación de la República del Pacífico responderá a cada uno de los argumentos formulados por la Parte Demandante. En concreto, se demostrará que la Parte Demandante no vulneró sus obligaciones emanadas del APPRI relativas a proveer un TJE al inversionista (A), garantizar la PSP de la inversión realizada en su territorio (B), abstenerse de tomar medidas expropiatorias (C), brindar un trato no menos favorable al otorgado a sus nacionales (D) y, finalmente, permitir la transferencia libre y sin demora y las utilidades relacionadas con su inversión €.

### **A. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO INFRINGIÓ SU OBLIGACIÓN SE BRINDAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO AL INVERSIONISTA CONFORME AL APPRI Y EL DERECHO INTERNACIONAL**

94. La Parte Demandada procederá a analizar si las acciones y omisiones de la República del Pacífico frente al inversionista configuraron una violación del estándar de Trato Justo y Equitativo conforme al APPRI y al Derecho Internacional.

95. Para el efecto, en primer lugar se analizará cuáles fueron los argumentos esgrimidos por la Parte Demandante, y después se confrontará esta posición con lo dispuesto en el APPRI y el Derecho Internacional.

96. A juicio de la Parte Demandante, las acciones de la República del Pacífico infringieron el estándar sustantivo de TJE por las siguientes razones fácticas y jurídicas: i) el desconocimiento del derecho al debido proceso del inversionista, al omitir la notificación de las medidas adoptadas por la ANS y no permitir al inversionista ejercer su derecho de defensa frente a las mismas; ii) el tratamiento discriminatorio a la Parte Demandante, originado en las declaraciones oficiales y la ausencia de medidas similares frente a otras empresas en el mismo sector económico, y iii) el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Parte Demandante al no garantizar un marco regulatorio transparente y previsible.

97. Frente a estos argumentos la Parte Demandante, la representación de la República del Pacífico va a acreditar ante el Honorable Tribunal que i) no se vulneró el derecho al debido proceso de la Parte Demandante, ii) no hubo lugar a un tratamiento discriminatorio y iii) no se frustraron las expectativas legítimas del inversionista. Para respaldar esta posición, de manera preliminar se explicará por qué le asiste la razón a la Parte Demandante al afirmar que el TJE,

tal y como se encuentra previsto en el APPRI, debe ser entendido como un estándar *mínimo*, conforme al Derecho consuetudinario internacional.

**CUESTIÓN PRELIMINAR: el estándar de TJE ofrece un umbral de protección mínimo, conforme a la costumbre internacional.**

98. A juicio de la Parte Demandante, el TJE “*es un estándar mínimo internacional independiente del derecho nacional pero <<que es de hecho un nivel mínimo>>*” (negrillas y subrayado por fuera del texto original, CASSALLAS, 2009, p. 112).

99. En efecto, este estándar mínimo de protección, tal y como lo han aceptado instituciones como la OCDE, el Parlamento Europeo y varios tribunales constituidos en el marco del CIADI y del TLCAN, está dado por la costumbre internacional (*Tecmed*, ¶154).

100. Por lo anterior, para que la conducta de un Estado desemboque en una infracción del estándar TJE debe llegar al extremo de implicar “*ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de la acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia*” (*Neer*, subrayado y negrillas por fuera del texto original).

101. En este sentido, recientemente el fallo *Glamis Gold* reconoció que, salvo prueba en contrario, la costumbre internacional recogida en el caso *Neer* sigue vigente hasta que alguna de las partes demuestre lo contrario. Igualmente, en el caso *Pope & Talbot Inc.* también se reconoció la vigencia de la regla de derecho consuetudinario internacional contenida en el fallo *Neer* (*Pope & Talbot Inc.*, ¶62).

102. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la Parte Demandante no invocó ninguna costumbre internacional diferente a la expresada en el fallo *Neer*, la representación de la República del Pacífico considera que la infracción del estándar de TJE debe ser evaluada bajo esta perspectiva acorde con la costumbre internacional vigente.

### **1. La República del Pacífico no vulneró el derecho al debido proceso de la Parte Demandante.**

103. La Parte Demandante sostiene que la violación al debido proceso del inversionista se configuró por el inicio de la investigación administrativa por parte de la ANS y la suspensión temporal de actividades de Invex del Pacífico (Hechos 14 a 17).

**a. Las actuaciones de la ANS fueron respetuosas del debido proceso de conformidad con el Derecho Internacional y el Derecho interno de la República del Pacífico.**

104. La Parte Demandada pondrá en evidencia que las actuaciones administrativas de la ANS, en defensa del derecho colectivo a la salud pública, fueron conformes al debido proceso y en esa medida respetaron el estándar del TJE.

105. La Parte Demandante considera, por el contrario, que se trató de una medida “*arbitraria*”, “*de un acoso a la inversión*” y de una “*acción intempestiva*” (§49 y §50). Para sustentar esta posición la representación del inversionista afirma que i) no se dio notificación de la investigación adelantada por la ANS ni de la medida cautelar adoptada, y ii) no se dio “*oportunidad de defenderse*” a Invex del Pacífico frente a las actuaciones administrativas en curso. Además, se invoca, en el Derecho doméstico, la Constitución Nacional de la República del Pacífico, y en el Derecho Internacional, los fallos *Saluka* y *Tecmed*.

106. Frente a estas afirmaciones sobre los hechos del caso, la Parte Demandante considera necesario recordar que i) la medida adoptada por la ANS fue notificada a Invex del Pacífico mediante un edicto fijado en la entrada de las instalaciones de la compañía el 02 de abril de 2013 (Hechos 14 y 17), y que ii) no es cierto que no se le haya dado oportunidad de ejercer el derecho de defensa al inversionista, pues se trata de hechos no previstos en el caso, y que además no son el resultado lógico y necesario de los realmente expresados.

**i. La medida adoptada por la ANS fue efectivamente notificada a Invex del Pacífico de conformidad con el Derecho interno y el Derecho Internacional.**

107. La Parte Demandante sostiene que los miembros de la ANS “*no notificaron previamente a la empresa de la investigación sumaria abierta, y mucho menos de la medida cautelar que llevaron adelante*”, y que en este contexto “*el Gerente General de Invex del Pacífico no tuvo conocimiento de dichos hechos sino hasta la mañana siguiente*” (§49 y §51).

108. Esta conducta, a su parecer, infringe el derecho del inversionista a ser notificado de las decisiones que lo afecten por parte del Estado receptor de la inversión, tal y como se estableció en el caso *Tecmed*.

109. Por lo anterior, le corresponde a la Parte Demandada analizar si i) se hizo efectivamente la notificación de la apertura de la investigación y de la medida cautelar decretada por parte de la ANS, y ii) si este modo de notificación está conforme con el Derecho Internacional y, particularmente, el estándar de TJE contenido en el APPRI.

- **La notificación de las medidas adoptadas se surtió de conformidad con el Derecho interno de la República del Pacífico.**

110. Respecto de la notificación de la medida cautelar, basta con remitirse al Hecho 25 del Caso, en el cual se lee que el jefe administrativo del contingente fija un edicto a la entrada de la planta de operaciones de Invex del Pacífico ordenando la puesta en marcha de la medida cautelar.

111. Con relación a la notificación de la apertura de la investigación, debe recordarse que el procedimiento administrativo de la ANS es particular a la circunstancias (Aclaración del Caso No. 13). Por lo anterior, en el ordenamiento interno de la República del Pacífico no existía al momento de los hechos ninguna disposición que ordenara notificar a Invex del Pacífico de la investigación en su contra.

- **El procedimiento seguido por la ANS estuvo en concordancia con el APPRI y el Derecho Internacional.**

112. Este procedimiento de la ANS fue respetuoso de las garantías sustanciales contenidas en el APPRI y el Derecho Internacional por dos razones, fundamentalmente: la primera, consistente en el carácter meramente administrativo y provisional de las actuaciones desplegadas por la ANS, y la segunda, en el carácter mínimo del estándar de TJE contenido en el APPRI.

113. En primer lugar, al ser la ANS una autoridad administrativa, (Hecho del Caso 23 y Aclaración del Caso 13), los estándares de debido proceso y de justicia procesal en sus procedimientos son inferiores a los aplicables en el marco de un proceso judicial. La razón de lo anterior, como se explica en el fallo del caso *Thunderbird* (¶197-201), consiste en que los procedimientos administrativos se encuentran sujetos a una posterior revisión judicial.

114. Por este motivo, mal podría pretenderse que las actuaciones de la ANS se sujeten a los mismos formalismos que los propios de un proceso judicial, más aún si se tiene en cuenta que su función -consistente en verificar el cumplimiento de las normas sanitarias y fitosanitarias locales, y por tanto íntimamente ligada con el derecho colectivo a la salud pública- exige que sus actuaciones se den con la mayor celeridad posible.

115. Precisamente por esta razón es que, de manera proporcional frente a la gravedad de las circunstancias, la notificación de la medida cautelar adoptada en el marco de la investigación administrativa se difirió hasta la visita a las instalaciones de Invex del Pacífico, pues de lo

contrario, además, su aplicación se habría dilatado en el tiempo y sus efectos *cautelares* se habrían probablemente vuelto nugatorios.

116. Además, este procedimiento, en virtud de la garantía constitucional según la cual las actuaciones administrativas deben regirse por los principios de proporcionalidad, buena fe y debido proceso, no excluye de entrada el ejercicio del derecho de defensa ni de las demás garantías procesales para el inversionista.

117. En este sentido, vale la pena señalar que, sin perjuicio del carácter no vinculante de las decisiones arbitrales anteriores (Caso *AES*, ¶17-33), el fallo *Tecmed*, invocado como respaldo jurídico por la Parte Demandante, no resulta fácticamente asimilable a lo ocurrido en este caso concreto. La razón de la falta de identidad o similitud fáctica entre los dos casos es que en *Tecmed* la autoridad regulatoria, además de no estar adelantando una investigación administrativa, sino decidiendo sobre la procedencia de la renovación de una licencia de funcionamiento, omitió de manera absoluta su deber de notificación frente al inversionista.

118. Así las cosas, resulta claro que el procedimiento de notificación seguido por la ANS no sólo guardó con la gravedad de las circunstancias y con la naturaleza cautelar de las actuaciones, sino que estuvo acorde con el estándar internacional reducido del debido proceso aceptado por la jurisprudencia arbitral en el seno del CIADI (caso *Neer*).

119. Siendo ello así, la Parte Demandante se pregunta si las acciones de la ANS vulneraron el estándar de TJE conforme al derecho consuetudinario internacional. La respuesta, con base en lo ya expuesto, es negativa. En efecto, salta a la vista que la forma en la que se surtió la notificación de las medidas adoptadas por la ANS no fue de tal entidad que resultaran, *tan alejadas de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia* (*Neer*).

120. Muy por el contrario, se trató de medidas que, lejos de configurar *ultraje*, *mala fe*, *negligencia manifiesta* por parte de la República del Pacífico, se dieron de conformidad con su derecho interno y en respuesta a la gravedad de la situación.

121. Por las razones de hecho y de derecho expuestas, la Parte Demandada concluye que las medidas adoptadas fueron notificadas al inversionista, y que además esta forma de notificación fue conforme con el APPRI y el Derecho Internacional.

## **2. No es cierto que el inversionista no haya contado con la oportunidad de defensa.**

122. En su escrito, la Parte Demandante afirma que “*ni siquiera [le] dieron la oportunidad de defenderse*” (§52).

123. Esta afirmación carece de asidero en el relato fáctico del caso, no sólo por no estar prevista de manera expresa en ninguno de los hechos narrados, sino además porque no es la consecuencia lógica y necesaria de ellos.

124. Por el contrario, el hecho que sí está previsto expresamente en el caso es que, “*como primera medida*” frente a las actuaciones de la ANS, los representantes de Invex Holdings se limitaron a realizar la solicitud de Consultas y Negociación del 04 de abril del 2013 (Hecho 18 y Hecho del Caso 28).

125. En consecuencia, lo que sí se puede deducir de manera lógica y necesaria es que, en realidad, Invex del Pacífico no hizo ejercicio efectivo de su derecho de defensa ante la ANS y/o las autoridades judiciales de la República del Pacífico. Por lo anterior, salta a la vista que Invex de Pacífico no ejerció su derecho de defensa ante las autoridades nacionales por la ausencia de la oportunidad o la posibilidad para hacerlo, sino por la actitud pasiva adoptada al respecto por sus representantes.

126. Por las razones jurídicas y fácticas expuestas, la representación de la República del Pacífico concluye que, al no ser en esta etapa del proceso dable entrar en cuestiones probatorias, esta afirmación de la Parte Demandante debe tomarse como falsa por parte del Honorable Tribunal.

**a. La República del Pacífico no brindó un trato discriminatorio al inversionista.**

127. A pesar de lo dispersos y carentes de estructura que resultan los argumentos de la Parte Demandante en este aspecto, se puede inferir que a su juicio la República del Pacífico brindó un trato discriminatorio al inversionista en dos momentos diferentes i) con las declaraciones del Gobierno Nacional del 14 de febrero de 2013 (§57, en concordancia con Hecho del Caso 22) y ii) con el fallo del Tribunal Nacional y la posterior investigación administrativa iniciada por la ANS (§56). Para el efecto, respectivamente se sostiene en su tenor literal que “*la conducta del demandado fue, además de arbitraria, discriminatoria*” (§56), y los actos de la República del Pacífico “*fueron totalmente discriminatorios*” (§57) – subrayado y negrillas por fuera del texto original-.

128. Sobre el particular, y al margen de la consideración en torno a si la proscripción del trato discriminatorio de los inversionistas forma parte o no del estándar de TJE, la Parte Demandante se limita a afirmar que de la lectura de los Hechos del Caso salta a la vista que no existe una base de comparación para determinar si está violación se configuró o no.

129. En efecto, como lo señala la más autorizada doctrina (Dolzer & Schreuer, págs. 196-197) de la mano de varios pronunciamientos arbitrales en el marco del TLCAN (Cfr. *Pope & Talbot Inc.*, ¶45-63; 68-69 y *Methanex*, ¶17-19; 25-37) y del CIADI (Cfr. *Occidental y Enron*), es necesario tener una base de comparación, como, por ejemplo, otras empresas del sector económico al que pertenece el inversionista.

130. En el caso concreto, se sabe por la Aclaración de Caso 17, que existen empresas que compiten en el mismo sector productivo de Invex del Pacífico, pero no se tiene conocimiento sobre cuáles son esas empresas y, muchos menos, qué trato les ha sido proporcionado por la República del Pacífico.

131. Por lo anterior, la representación de la República del Pacífico concluye que la reclamación de la Parte Demandante sobre el trato discriminatorio supuestamente sufrido debe ser desestimada por parte del Honorable Tribunal.

**b. La República del Pacífico no frustró las expectativas legítimas del inversionista.**

132. En este punto, la Parte Demandada analizará si las acciones y omisiones de la República del Pacífico dieron lugar a la frustración de las expectativas legítimas de la Parte Demandante. Al respecto, en su escrito la Parte Demandante, con base en supuestos fallos precedentes en el seno del CIADI (no especifica cuáles), sostiene que “*las políticas adoptadas por el Estado receptor de una inversión deben ser transparentes y previsibles, de modo que no afecten las expectativas legítimas que tuvieron en cuenta los inversionistas con relación a su inversión*” (§59).

133. A partir de esta premisa, –que en lo esencial es compartida por la Parte Demandada–, la argumentación de la representación del inversionista se desarrolla en dos niveles: el primero, relativo a la creación de las expectativas legítimas, y el segundo concerniente a su supuesto desconocimiento por las acciones y omisiones de la República del Pacífico.

134. En este orden de ideas, en su la Parte Demandante estima que la formación de las expectativas tuvo asidero en los siguientes hechos: i) la labor de promoción de las inversiones adelantada por Pacific Investment frente a Invex Holdings (Hechos del Caso 11 y 12, §60 y 65); ii) las declaraciones de la Señora Presidenta con ocasión de la inauguración del centro de innovación y producción (Hecho del Caso 13, §64), y iii) el otorgamiento de unas patentes por parte de la ONPI con base en la ley de propiedad intelectual (§63).

135. Acto seguido, la Parte Demandante sostiene que la República del Pacífico frustró las expectativas legítimas (no especifica cuáles) del inversionista con los siguientes actos: i) el

financiamiento parcial de la ONG Natura (§66), ii) la anulación de las patentes otorgadas por la ONPI (§63) y iii) la declaración del Gobierno Nacional con ocasión del fallo TN en el sentido de compartir plenamente su decisión (§66).

136. Ciertamente, la Parte Demandante acepta que las legítimas expectativas de los inversionistas deben ser respetadas por el Estado receptor de las inversiones. Sin embargo, la representación de la República del Pacífico también considera que esa garantía de los inversionistas i) no comporta una parálisis de la función soberana de regulación del Estado sobre las actividades económicas, y, más aún, las expectativas del inversionista para ser protegidas deben ser legítimas y razonables frente a las circunstancias.

137. Como se procederá a demostrar a continuación, las actuaciones de la República del Pacífico i) se dieron en ejercicio de su poder soberano, y, en todo caso, ii) las expectativas del inversionista no fueron legítimas ni razonables ante las circunstancias.

### **c. La necesidad de estabilidad en el marco regulatorio no es absoluta**

138. La suscripción de tratados internacionales para la protección de las inversiones por parte de los Estados no significa la renuncia a su facultad soberana de regulación de las actividades económicas en su territorio (*El Paso*, ¶371); en otras palabras, “*el requisito de estabilización no significa el congelamiento del ordenamiento jurídico o la desaparición del poder regulatorio del Estado*” (*Enron*, ¶261).

139. Así, a pesar de que la idea de los APPRI en general es crear un entorno favorable a los inversionistas, ello no significa que estos tratados se conviertan en una suerte de “póliza de seguros” en contra de los cambios regulatorios en el Estado receptor de la inversión (*EDF*, ¶217).

140. Para que ello sea así, -esto es, para que el APPRI proteja contra los cambios en el marco regulatorio fijado soberanamente por el Estado- se requiere la existencia de promesas o representaciones específicas creadas por el receptor de la inversión.

141. Dentro de estos *compromisos específicos* del Estado frente al inversionista no están incluidas las declaraciones políticas ni los enunciados legislativos generales, pues por su falta de especificidad no tienen la virtualidad de dar lugar a expectativas razonables (*Continental Casualty*, ¶261 y *El Paso*, ¶375-379 y 392-395).

142. En el caso que nos ocupa, salta a la vista que no se configuró un cambio sustantivo en el marco regulatorio acordado al momento de la realización de la inversión, pues la Ley de Propiedad Intelectual no sufrió ninguna variación durante los hechos que dieron lugar a esta

disputa, y en general no se verifica ninguna modificación objetiva en el marco regulatorio de la inversión.

143. Sin embargo, incluso si se aceptara en gracia de discusión que la decisión del TN del 14 de febrero de 2013 sí significó un cambio sustancial en el entorno regulatorio de la inversión, pues se trató de una decisión sin precedentes que modificó de manera definitiva la interpretación de la Ley de Propiedad Intelectual en materia de patentes (Hecho 13), salta a la vista que este cambio se daría como una manifestación del poder soberano del Estado de ir ajustando, por vía legislativa o judicial, su ordenamiento interno a las nuevas circunstancias.

144. Adicionalmente, de la lectura del APPRI se puede apreciar que la República del Pacífico se comprometió a “*crear condiciones favorables (...) para la realización de inversiones y a mantener “un clima satisfactorio para las inversiones”* (Preámbulo); sin embargo, en ningún aparte de este documento obra un compromiso específico de mantener una estabilidad absoluta del marco regulatorio de la inversión. Lo que sí se puede verificar, más bien, es que este “*clima satisfactorio*” para las inversiones debe darse dentro del “*respeto de las leyes del país inversor*”.

145. De lo anterior se concluye que del texto del APPRI, así como de ningún documento o comunicación relevante entre la República del Pacífico y el inversionista, se puede establecer la existencia de un acuerdo específico sobre estabilidad jurídica entre las partes en la controversia.

146. Sobre el particular, tanto la labor adelantada por Pacific Investment para la atracción de la inversión, como las declaraciones de la Señora Presidenta en la inauguración del centro de producción reúnen el grado de especificidad necesario para la creación de expectativas objetivas y razonables en el inversionista. Lo mismo puede afirmarse de la Ley de Propiedad Intelectual, pues se trata, por definición, de un enunciado general, impersonal y abstracto, sujeto a interpretaciones posteriores.

**d. Las expectativas del inversionista no resultaban objetivas ni razonables a la luz de las circunstancias**

147. Las expectativas del inversionista, para ser merecedoras de protección por parte del Honorable Tribunal, deben ser objetivas y razonables; es decir, no pueden obedecer a meras expectativas subjetivas del inversionista (*Suez*, ¶209).

148. En el caso concreto, ni la labor de promoción de las inversiones de Pacific Investment, ni las declaraciones de la Jefe de Gobierno ni el otorgamiento de las patentes, como ya se demostró, alcanzaron el grado de especificidad requerido para que el inversionista, de manera

objetiva, se hiciera a la expectativa de que el marco jurídico de la inversión permanecería a lo largo del tiempo.

149. Más en concreto, la actividad de la República del Pacífico, bajo ninguna óptica, dio lugar a que un espectador objetivo e imparcial, desde una perspectiva *ex ante* a la ocurrencia de los hechos, llegara fundadamente a consolidar la creencia de que en ningún momento variaría la interpretación de la Ley de Propiedad Intelectual respecto a la concesión de patentes sobre especies vegetales, que, recuérdese, se trataba hasta el momento de un asunto novedoso a nivel interno (Hecho 13).

150. Por las razones de hecho y de derecho expuestas, la Parte Demandada concluye que las acciones de la República del Pacífico frente al inversionista fueron acordes con el estándar de TJE contenido en el APPRI y el Derecho Internacional.

### **B. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO II(3) DEL APPRI.**

151. La parte demandante afirma que la República del Pacífico violó su obligación de proveer al inversionista *Protección y Seguridad Plenas*, argumentando que, i) el Estado receptor de la inversión tiene la obligación de tomar medidas adecuada en procura de la seguridad de la inversión, lo cual, a su vez, supone que las autoridades gubernamentales deben abstenerse de impedir el disfrute de la inversión, de conformidad con lo que se establezca en el ordenamiento interno del Estado; ii) asimismo, el Estado anfitrión de la inversión debe garantizar la certeza y previsibilidad de las normas de su ordenamiento jurídico interno.

152. Los argumentos esgrimidos por la parte demandante se respaldan en las siguientes situaciones fácticas, a saber: i) el Estado receptor procedió a cerrar las instalaciones del inversionista, ii) el procedimiento administrativo adelantado por la ANS no estaba regulado por normas previsibles que satisficieran el requisito de certeza, puesto que es un procedimiento que se realiza de manera casuista, y, por último, iii) la República del Pacífico no garantizó al inversionista una acción eficaz, honesta, equitativa, que no implicara costos, dilaciones y complejidades, y que, además, fuera adelantada ante autoridad administrativa.

153. En respuesta a lo anterior, la representación del demandado procederá a demostrar que los actos alegados por el demandante no fueron violatorios de la obligación de PSP, en vista de que el Estado receptor de la inversión procedió de conformidad con el Derecho Internacional y el APPR, toda vez que, en primer lugar, i) actuó de manera diligente y razonable, al haber

garantizado el acceso del inversionista al sistema judicial de la República del Pacífico; en segundo lugar, ii) el procedimiento de adelantado por la ANS, al margen de ser casuista, está regulado por los principios universales de la buena fe, la proporcionalidad y el debido proceso.

**1. La República del Pacífico actuó de manera diligente y razonable al haber garantizado a Invex del Pacífico el acceso al Tribunal Nacional.**

154. En sustento de la anterior afirmación, la parte Demandada pasará a exponer los siguientes argumentos.

155. La obligación de PSP, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia arbitral, es una obligación que le impone al Estado receptor de la inversión el deber de actuar con la debida diligencia requerida para proteger al inversionista y su inversión de daños físicos o jurídicos. Para tal fin, el Estado anfitrión deberá actuar de manera razonable frente a las circunstancias particulares de cada inversión. (Dolzer & Schreuer, p. 161, González De Cossío p.189, *APPL v. Sri Lanka* ¶ 45, *Saluka v. República Checa* ¶ 175-177).

156. En desarrollo de esta regla, la práctica arbitral del CIADI sostuvo que el Estado receptor satisface el estándar de PSP garantizando el acceso del inversionista a su sistema judicial (*Lauder v. República Checa* ¶ 314). En igual línea de argumentos, se afirmó que el estándar no se infringe si el Estado anfitrión ejerce su derecho a legislar o su poder de policía, en desarrollo de su soberanía, siempre que tomen medidas razonables de conformidad con las circunstancias particulares de la inversión que se verá afectada (*Suez v. Argentina* ¶ 45 y s.s., y *AES v. Hungría* ¶ 13.3.2).

157. Por su parte, la CIJ, en el caso *ELSI*, sostuvo que la obligación de PSP no podía ser entendida como una garantía de que la propiedad de los inversionistas bajo ninguna circunstancia será ocupada o perturbada (*Caso ELSI, USA v. Italia. CIJ. Reporte de 1989*).

158. La República del Pacífico procedió a suspender temporalmente por 120 días las actividades del inversionista, Invex del Pacífico, de conformidad con su ordenamiento interno (**Hechos 14 y 15**), en salvaguarda de la salud pública. Partiendo de esta base, es claro que, a la luz de las reglas expuestas, el Estado receptor de la inversión, haciendo uso de su poder de policía, tomó

la decisión de suspender temporalmente las actividades de Invex del Pacífico como la medida más razonable para evitar un daño en los ciudadanos de la República del Pacífico.

159. La medida que se tomó, fue razonable ya que se dio en el marco de un procedimiento administrativo guiado por los principios de la buena fe, el debido proceso y la proporcionalidad, (**Hechos 15**) a cargo de la autoridad competente, la ANS, en el que se concluyó que los productos del inversionista podían causar un perjuicio a los consumidores.

## **2. La República del Pacífico no desconoció la obligación de PSP a través del procedimiento administrativo adelantado por la ANS.**

160. El demandado procederá a demostrar que el procedimiento llevado a cabo por la ANS estuvo guiado, por expreso mandato de la Constitución de la República del Pacífico, por los principios universales de la buena fe, la proporcionalidad y el debido proceso.

161. En este sentido, la anterior afirmación se desprende de dos reglas aplicables a este punto de la controversia, por un lado, como ya se dijo, el CIADI, a través de su jurisprudencia, ha determinado que el estándar de PSP se satisface garantizándole al inversionista acceso a los tribunales internos del Estado receptor (*Lauder v. República Checa* ¶ 314). Por el otro, la parte demandante, en este punto, se permitió realizar una lectura distorsionada de los hechos del caso, pues afirma que el procedimiento de la ANS no estaba regulado por norma alguna, y se adelantaba “*según las circunstancias del caso*”, no obstante, por el contrario, la Constitución de la República del Pacífico establece que la ANS, en ejercicio de sus funciones públicas, está sujeta a los principios universales de la buena fe, la proporcionalidad y el debido proceso.

162. Por las razones de hecho y de derecho expuestas, la Parte Demandante concluye que la República del Pacífico no violó ni por acción ni por omisión su obligación de proveer una Protección y Seguridad Plena al inversionista contenida en el Artículo II, numeral 3o, del APPRI.

## **C. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO INFRINGIÓ SU OBLIGACIÓN DE NO LLEVAR A CABO EXPROPIACIONES A TRAVÉS DE MEDIDAS EQUIVALENTES.**

163. En este punto, la Parte Demandada pasará a establecer los respaldos de la afirmación precedente. Para tal fin, en primer lugar, se verán de manera sucinta los argumentos fácticos y jurídicos desarrollados por la Parte Demandante; en segundo lugar, se expondrán las reglas

jurídicas aplicables a este punto de la controversia, y, finalmente, se expondrán los hechos que permiten que el honorable Tribunal aplique las reglas enunciadas.

164. La representación del inversionista considera que la República del Pacífico violó la obligación contenida en el artículo III del APPRI, toda vez que, por un lado, la Parte Demandada i) a través de la demanda interpuesta por la ONG Natura y la decisión del TN y de la ANS, procedió a realizar una *Expropiación Indirecta y Progresiva* que neutralizó la inversión del inversionista privándolo del control que tenía sobre ésta y de los beneficios que le proveía. Por el otro lado, el inversionista asevera que ii) el Estado receptor de la inversión actuó en contra de *sus actos propios* al conferirle las patentes y después anularlas.

165. Así las cosas, se verá primero, i) lo relativo a la expropiación indirecta, para con ello afirmar que la República del Pacífico no expropió al inversionista, y, acto seguido, se pasará a ii) argumentar que la República del Pacífico, tampoco actuó en contra de sus actos.

### **1. La República del Pacífico no realizó una Expropiación Indirecta y Progresiva al Inversionista.**

166. En este punto, la Parte Demandada hará un análisis del concepto de *Expropiación Indirecta y Directa*, en el cual se determinarán las reglas pertinentes al caso en concreto, que deben ser aplicadas. Como producto del anunciado análisis, se afirmará que, dadas las particulares circunstancias de la controversia, la República del Pacífico no procedió a realizar una *Expropiación Directa o Indirecta*, mediante la interposición de la demanda por parte de la ONG Natura, la sentencia proferida por el TN y la actuación administrativa adelantada por la ANS, al contrario de lo que sostiene la Parte Demandante.

167. En desarrollo del esquema anunciado, se procederá primero a determinar si la ONG Natura desconoció la obligación contenida en el art. III del APPRI con la interposición de la demanda ante el TN en la que se solicitó la anulación de las patentes dadas al inversionista.

168. Por lo tanto, en primer lugar, se tiene que, la ONG Natura interpuso una demanda ante el TN, el 22 de abril de 2013, en la que solicitaba la anulación de las patentes otorgadas al inversionista puesto que estas se dieron sobre plantas y variedades vegetales de ocurrencia natural (**Hecho 12**).

169. En este aspecto, se debe hacer referencia al concepto de la ONG. De esta manera, en el plano de la Sociedad Internacional, las ONG se han considerado como instituciones que no pertenecen a una estructura determinada, que actúan de manera independiente, y que son financiadas por ciudadanos y Estados a través de aportes voluntarios. De igual forma, se ha

entendido que las ONG no son organizaciones que representan a los ciudadanos. (Informe No. 28 de la CDHM).

170. Así las cosas, se tiene que la ONG Natura no es un órgano de la estructura Estatal de la República del Pacífico, razón por la cual este hecho no puede ser imputable a la Parte Demandada a la luz del artículo art. 4 del Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados de la CDI de la ONU.

171. En segundo lugar, se debe entender por *Expropiación Indirecta y Progresiva* aquella adelantada por el Estado receptor de la inversión mediante una serie de actos que, considerados de manera autónoma, no constituyen una Expropiación, pero que, vistos en conjunto, y sumados al transcurrir del tiempo, tienen el efecto de: i) privar al inversionista del disfrute económico de la inversión, ii) neutralizar los beneficios de los bienes del inversionista, iii) privar al inversionista de sus derechos y beneficios contractuales, y iv) dejar sin utilidad los derechos del inversionista (*Vivendi II v. Argentina* ¶ 7.5.24).

172. Por su parte, a efectos de agotar todas las posibles conductas aludidas por la Parte Demandante, es necesario mencionar que la *Expropiación directa* es aquella que supone una privación sustancial de los derechos del inversionista por un periodo de tiempo significativo o considerable (*Biwater Gauff v. Tanzania* ¶ 463).

173. Estas definiciones han sido sostenidas en varios Laudos arbitrales de la jurisprudencia CIADI, en los que, además de las reglas enunciadas, se ha afirmado que una Expropiación, particularmente la denominada indirecta, debe tener el efecto de privar sustancialmente al inversionista de su inversión de **manera permanente**, dejándole al inversionista unos derechos que serían considerados inútiles. (*Suez v. Argentina* ¶ 125, *RFCC v. Marruecos* ¶ 69).

174. En virtud de las reglas mencionadas, se puede concluir que, en el caso en concreto no hubo una *Expropiación Indirecta*, toda vez que, la Parte Demandada no realizó varios actos diferidos en el tiempo, pues se trata de un sólo acto, a saber, la sentencia proferida por el TN, que tuvo como consecuencia la investigación, aún inconclusa, iniciada por la ANS. Entre estas dos decisiones sólo transcurrieron alrededor de dos meses. Por lo tanto, no se cumple con el requisito jurídico de que existan varios actos aislados y diferidos en el tiempo.

175. En igual sentido, se tiene que, tampoco hubo una privación absoluta de los derechos del inversionista, hasta el punto de dejarlos sin utilidad alguna **de manera permanente**, tal y como prescribe la regla aludida arriba. Por el contrario, respecto de la investigación administrativa en curso, iniciada por la ANS, la suspensión temporal decretada, es una restricción al control de Inve del Pacífico de manera temporal, que no permanente.

176. Ahondando con mayor precisión en el punto anterior, se tiene que el 03 de abril de 2013, la ANS, en desarrollo de un proceso administrativo que aún no se ha culminado, procedió a decretar la suspensión temporal por 120 días de las actividades realizadas en las instalaciones de Invex del Pacífico, en procura del derecho a **la salud pública** de los ciudadanos de la República del Pacífico. En dicha actuación, las autoridades administrativas de la ANS procedieron a notificar al inversionista mediante un edicto, y tomando todas las precauciones necesarias, procedieron a tomar muestras de las plantas y especímenes vegetales que allí se encontraban (**Hecho 14 y 16**).

177. En el proceso administrativo aludido, no se afectó de manera permanente el control del inversionista sobre las instalaciones de Invex del Pacífico, por lo tanto, al cabo de los 120 días de suspensión, el inversionista retomará el control total de la referida empresa. Con esto, se demuestra que las supuestas medidas expropiatorias alegadas por la Parte Demandante no satisfacen los requisitos señalados por la jurisprudencia arbitral del CIADI, ya que no se privó al inversionista del control sobre Invex del Pacífico de manera permanente.

178. En cuanto a la sentencia proferida por el TN en la que se ordenó la anulación de las patentes otorgadas al inversionista, se deben aludir los siguientes criterios para determinar si la misma puede tenerse como una medida expropiatoria.

179. Así las cosas, en cuanto al ejercicio de soberanía de los Estados receptores de inversiones frente a éstas, como lo es proferir una sentencia, la jurisprudencia arbitral ha dicho que las decisiones de los Estados anfitriones **deben carecer de una base sustancial** y organizada para que sean consideradas como medidas expropiatorias (*Metalclad v. México* ¶ 271).

180. En el mismo entendido, los Estados, en ejercicio de su **poder de policía**, pueden tomar decisiones de buena fe, que no sean discriminatorias y que afecten a los inversionistas localizados en su territorio, sin que ello implique una medida expropiatoria. (*Too v. Greater Modesto Associates* ¶ 23. Tribunal de Solución de Controversias entre Irán y U.S.A.).

181. Adicionalmente, se puede afirmar que otro criterio para determinar si un acto o decisión de un Estado entraña una medida expropiatoria es la **Razonabilidad** de la medida. En el caso *Feldman v. México*, el tribunal señaló que si las medidas tomadas por el Estado receptor de la inversión, a pesar de ser razonables, siempre fuesen entendidas como medidas expropiatorias, los Estados perderían su derecho a regular los negocios que se lleven a cabo en su territorio. (*Feldman v. México* ¶ 103).

182. Por su parte, la República del Pacífico procedió a anular las patentes otorgadas al inversionista, toda vez que las mismas iban en contravía de la Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, el TN, en un debate jurídico novedoso, procedió a anular las patentes del

inversionista, ya que, en el proceso, se probó que recaían sobre plantas y variedades vegetales resultantes de procesos esencialmente biológicos (**Hecho 13**).

183. En este orden de ideas, el acto de anulación proferido por el TN el día 14 de febrero de 2013, estuvo en todo momento guiado por las reglas del debido proceso y la legalidad, por lo que dicho acto es a todas luces un acto **razonable** de la República del Pacífico que no puede tenerse como una medida expropiatoria de conformidad con las reglas jurisprudenciales citadas con anterioridad.

184. Por el contrario, el inversionista, a pesar de ser parte en el proceso adelantado ante el TN, no apeló en ningún momento la decisión que en este escenario rebate, con lo cual, pretende subsanar su falta de diligencia en los Tribunales de la República del Pacífico a través del presente trámite arbitral.

## **2. La República del Pacífico no actuó en contra de sus actos. Los presupuestos para alegar la doctrina de los actos propios no se configuraron.**

185. En este punto, la representación de la Parte Demandante acevera que el Estado receptor de la inversión fue en contra de sus actos propios, al otorgarle al inversionista una patentes y después, mediante el fallo proferido por el TN, anularlas, todo con base en la misma ley, a saber, la Ley de Propiedad intelectual de la República del Pacífico.

186. En este sentido, se debe decir que, para que la doctrina de los actos propios pueda ser citada, no basta con expresar someramente la definición de la misma, y, mucho menos, aludir a la doctrina del Estoppel, teoría proveniente del derecho interno anglosajón (MEDINA MUÑOZ, AFESE, Revista 31, p 36).

187. El principio que rige en el plano del Derecho Internacional es el de *Venire contra factum Proprium non valet*, principio que tiene su manifestación en los enunciados de la Doctrina de los Actos Propios. Dicha doctrina, tiene ciertos presupuestos que deben cumplirse para poder pretender sus efectos. Dentro de los presupuestos para su aplicación está el de que la conducta previa, es decir, aquella mediante la cual el inversionista constuyó sus expectativas, debe ser válida y no estar sujeta a ambigüedades (MEDINA MUÑOZ, AFESE, Revista 31, p 49).

188. En el presente caso, la Parte Demandada no encuentra que el mencionado presupuesto se hubiese satisfecho. Esto debido a que, las patentes en ningún momento fueron actos válidos, toda vez que iban en contravía de lo establecido en la Ley de Propiedad intelectual (**Hecho 13**).

189. Igualmente, en gracia de discusión, de suponer que las patentes se otorgaron de manera válida, estaba claro que no había certeza sobre las normas establecidas en la Ley de Propiedad intelectual. Prueba de ello, fue el novedoso debate jurídico que se suscitó en torno al caso de las patentes del inversionista en el TN de la República del Pacífico (**Hecho 13**).

190. Por lo tanto, al no estar configurado el presupuesto aludido arriba, el Tribunal arbitral deberá tener como cierto que la república del Pacífico nunca actuó en contravía de sus actos, pues ellos, desde un principio, no fueron ni válidos, ni estuvieron libres de ambigüedades, o, en otras palabras, no suponían un parámetro seguro para que el inversionista hubiese podido estructurar lo pertinente de su alegato con este punto.

**D. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO VULNERÓ EL ART. II (2) DEL APPRI, RELATIVO A LA OBLIGACIÓN DE PROVEER AL INVERSIONISTA UN TRATO NO FAVORABLE AL OTORGADO A SUS PROPIOS INVERSIONISTAS.**

191. La Parte Demandante asevera que la República del Pacífico violó la obligación de proveer al inversionista un trato igual al dado a sus nacionales. Esta afirmación está pivotada en una deducción de los hechos que se permitió realizar la Parte Demandante, ya que asegura que, en el Estado anfitrión se encuentran otras sociedades o compañías que compiten con el inversionista. Sin embargo, no se puede constatar en los hechos del caso que los otros inversionistas les hubiese ocurrido lo mismo que a Invex del Pacífico.

192. Por su lado, la Parte Demandada procederá a demostrar que la violación del estándar de Trato Nacional, en ningún momento se dio, puesto que no se configuraron todos los elementos reconocidos por la jurisprudencia arbitral del CIADI para que se pueda afirmar que hubo una violación del mencionado estándar.

**1. La República del Pacífico no violó el artículo II (2) del APPRI toda vez que no se individualizaron los sujetos relevantes para realizar la comparación de tratos provistos.**

193. De manera muy precisa, la jurisprudencia arbitral ha determinado que existen tres elementos que deben configurarse para que se pueda formular un reclamo por la violación al estándar del Trato Nacional. Dichos elementos son: i) identificar los sujetos relevantes para

realizar la comparación de trato otorgado, teniendo presente que los mismos se encuentren en *circunstancias similares* (*ADM v. México*), ii) considerar el trato que el Estado le otorgó a cada sujeto de comparación (*Feldman v. México*), y iii) considerar cualquier factor que justifique el trato diferenciado (*T&L v. México*).

194. En este orden de ideas, la representación del Demandado encuentra que la deducción realizada por el Demandante no satisface los requisitos de las reglas antes reconstruídas, toda vez que, en ningún aparte de su argumentación, en lo pertinente, identifica de manera clara a los sujetos por comparar, demostrando que se encuentran en circunstancias similares, así como tampoco describe los dos tratados diferentes y discriminatorios que el Estado receptor de la inversión le otorgó, por un lado, a un inversionista nacional, y por el otro, a la Parte Demandante.

195. Por lo anterior, la Parte Demandada concluye que, con sus acciones y omisiones frente al Demandante, la República del Pacífico no desconoció su obligación contenida en el Artículo II, numeral 2o, del APPRI. Además, estima que el Honorable Tribunal, en vista de que el Demandante se permitió realizar una deducción de los hechos distorsionada, debe tener como falsos sus argumentos en lo pertinente.

#### **E. LA REPÚBLICA DEL PACÍFICO NO DESCONOCIÓ SU DEBER DE PERMITIR AL INVERSIONISTA LA TRANSFERENCIA LIBRE Y SIN DEMORA DEL CAPITAL Y LAS UTILIDADES RELACIONADAS CON SU INVERSIÓN**

196. A continuación, la representación de la Parte Demandada va a indagar si la República del Pacífico desconoció su deber de permitir al inversionista la transferencia libre y sin demora del capital y las utilidades relacionadas con su inversión (artículo IV del APPRI).

197. A juicio de la Parte Demandante, “*los productos elaborados por Invex del Pacífico constituyen efectivamente parte del capital y por tanto parte de su inversión*” (§98). De lo anterior, concluye que la medida cautelar sobre la planta de operaciones de Invex del Pacífico, al imposibilitar la exportación de las mercancías, se tradujo en la vulneración de esta obligación contenida en el APPRI.

198. Frente a este razonamiento de la Parte Demandante, la representación de la República del Pacífico considera que no es cierto que se haya desconocido la obligación consagrada en el

precitado artículo IV del APPRI, toda vez que las mercancías producidas al interior del Estado receptor de la inversión no forman “*del capital*”, ni de “*las utilidades relacionadas con su inversión*”.

199. En respaldo de esta posición, la Parte Demandada se remite al fallo citado por la Parte Demandante en este aspecto, según el cual el objetivo de esta previsión en los APPRI consiste en “*la garantía de que un inversionista extranjero podrá remitir del Estado receptor el ingreso producido, el reembolso de cualquier financiación recibida, cualquier pago debido de regalía, y el valor de la inversión realizada, más cualquier acrecimiento de capital, en caso de venta o liquidación*” (*Continental*, ¶239).

200. Más aún, las categorías de transferencias amparadas por este tipo de disposiciones, como lo enseña la práctica internacional, comprende “*utilidades, intereses, dividendos, otros ingresos corrientes, fondos necesarios para financiar una inversión, ganancias de liquidaciones, los pagos sobre un contrato, gastos de manejo, regalías u otros rubros*” (Dolzer & Schreuer, pág. 214).

201. Como puede verse, la transferencia a la que se refiere la disposición en comento es la de *valores monetarios*, no de bienes muebles, por lo demás producidos (no invertidos) en el Estado receptor.

202. Por las razones de hecho y de derecho expuestas, la Parte Demandada concluye que las acciones y omisiones de la República del Pacífico no constituyeron una violación del artículo IV del APPRI.

## **VI. PETITORIO**

En virtud de los argumentos de hecho y de derecho expuestos la Parte Demandada le solicita respetuosamente al Tribunal que:

1. Declare que no tiene jurisdicción para conocer del presente litigio.

De manera subsidiaria, La Parte Demandada, respetuosamente le solicita al Tribunal que:

1. Declare que la República del Pacífico no vulneró ninguna de las obligaciones contenidas en el APPRI.
2. Ordene a la Parte Demandante pagar los costos derivados del procedimiento arbitral.

Respetuosamente presentado el 07 de febrero de 2014

Por el Equipo No. 07

En representación de la Parte Demandada

REPÚBLICA DEL PACÍFICO.