

DISIDENCIA DEL CO-ÁRBITRO MANUEL CONTHE

1. Discrepo respetuosamente de mis colegas sobre tres cuestiones para mí relacionadas: el supuesto respeto por Bolivia del “debido proceso” (*due process*); la declaración de falta de jurisdicción del Tribunal sobre las reclamaciones relativas al precio “*spot*” y pagos por capacidad; y el reparto de costas a partes iguales.
2. A mi juicio:
 - (i) La expropiación por Bolivia no cumplió las exigencias de “debido proceso”.
 - (ii) El Tribunal debiera haber rechazado las reclamaciones sobre el precio “*spot*” y los pagos por capacidad por razones de fondo, no de jurisdicción, pero limitándose a exponer por qué consideraba que no violaron el Tratado.
 - (iii) El Tribunal debiera haber condenado a Bolivia en costas, al menos parcialmente.

Bolivia no respetó su obligación de “debido proceso”.

3. A mi juicio, la expropiación de EGSA por Bolivia constituyó una “confiscación”, pues, además de no pagarse compensación, el proceso seguido por Bolivia para determinar el valor de mercado de EGSA no respetó las exigencias del “*due process*” que impone el artículo 5 del Tratado con el Reino Unido. Es cierto que la versión en español del Tratado traduce “*due process*” como “por procedimientos jurídicos”, término oscuro y poco feliz, pues no tiene tras de sí la larguísima historia, jurisprudencia y bagaje jurídico del término inglés “*due process*”. Por eso, de acuerdo con los principios de la Convención de Viena, debe darse a término español el significado preciso y asentado del término inglés “*due process*”, traducido con frecuencia, con mayor rigor, como “debido proceso”.
4. Como resulta evidente que ese “procedimiento jurídico” debe tener algún contenido mínimo para merecer el calificativo de “debido” (*due*) –entre otras razones, por exigencia del principio de “nación más favorecida” que consagra el artículo 3 del Tratado-, ¿cuáles son esas exigencias mínimas que debía haber cumplido el procedimiento expropiatorio?
5. A mi juicio, una expropiación, como acto administrativo limitativo de los derechos de un particular, debe cumplir, desde el punto de vista jurídico, tres requisitos mínimos de procedimiento:

- (i) Ser un acto motivado, es decir, ir acompañado de una justificación de sus aspectos esenciales (en este caso, de un informe o razonamiento técnico que justificara la valoración nula atribuida a EGSA).
 - (ii) No sólo la decisión en sí sino también su motivación deben ser comunicados oficialmente al particular; y
 - (iii) El “procedimiento jurídico” debe permitir al particular, a la vista de esa motivación, hacer alegaciones antes de que el Estado adopte su decisión final (es decir, fije el justiprecio definitivo).
6. Bolivia pareció querer cumplir el primer requisito, pues ENDE encargó un informe de valoración a la consultora PROFIN. Pero olvidó pronto, sin embargo, las exigencias mínimas del “*due process*” porque:
- (i) Como señala el apartado de “bases y limitaciones” del informe de PROFIN, la consultora lo concibió como “un documento estratégico” y secreto para que el Gobierno boliviano lo utilizara en su negociación con GAI, de donde cabe deducir que no actuó con plena imparcialidad.
 - (ii) Ese informe nunca fue comunicado a Rurelec, que sólo lo conoció tras aportarlo Bolivia durante este arbitraje como documento R-154; y
 - (iii) Bolivia nunca dio a Rurelec oportunidad de hacer alegaciones sobre esa valoración.
7. En suma, un informe secreto de carácter estratégico no constituye, desde un punto de vista jurídico, la obligada motivación de un acto administrativo limitativo de derechos.
8. Bolivia violó, pues, su Tratado con el Reino Unido no sólo porque infra-estimó el valor de EGSA, sino, además, porque al fijar esa valoración nula no respetó las exigencias mínimas de “procedimiento jurídico” (*due process*) de su artículo 5.

El Tribunal debiera haberse declarado competente sobre los “Nuevos Reclamos”

9. La inobservancia por Bolivia del “debido proceso” en la expropiación refuerza el argumento de los Demandantes de que el Tribunal tenía jurisdicción para pronunciarse sobre los que Bolivia llama “nuevos reclamos”, a pesar de la referencia del artículo 8 del Tratado a una espera de 6 meses desde la notificación escrita “del reclamo”.

10. Los Demandantes invocan varios laudos (especialmente, *Lauder, Abaclat, SGS c. Pakistán, Biwater Gauff v. Tanzania*, etc.) que atribuyen carácter meramente procedimental, y no jurisdiccional, a tales períodos de espera. Y esos argumentos cobran todavía mayor fuerza, a mi juicio, cuando un Tribunal debe analizar si tiene competencia para pronunciarse sobre ciertas reclamaciones complementarias de otra principal relativa a una confiscación.
11. Si Bolivia no respetó las exigencias más elementales del “debido proceso” para expropiar EGSA, ¿tenía derecho a exigir a los Demandantes que notificaran de forma separada, con su correspondiente período de espera de 6 meses, las reclamaciones sobre el precio “spot” y los pagos por capacidad, a pesar de que tales reclamaciones, de haber sido aceptadas por el Tribunal, hubieran aumentado el valor de EGSA y, en consecuencia, el monto de la compensación debida? A mi juicio, como Bolivia no observó las reglas mínimas del “debido proceso” al nacionalizar EGSA, no es razonable interpretar el artículo 8 del Tratado de forma que exigiera una notificación separada de esas reclamaciones accesorias.
12. Análogamente, quien es arrojado de un país extranjero por una autoridad pública que, sin sujetarse a procedimiento administrativo alguno, se apropia de su casa por la vía de hecho sin pagarle compensación, debe estar legitimado para pedir en su demanda no sólo el valor de la casa cuando se la quitaron, sino también la pérdida de valor que sufrió cuando, poco antes, esas mismas autoridades –a sus ojos, de forma injusta- le redujeron la superficie del jardín o el volumen edificable de la parcela.
13. Comparto con el resto del Tribunal, sin embargo, la opinión de fondo de que las decisiones de 2007 y 2008 no violaron el Tratado, pues no fueron ni discriminatorias ni arbitrarias, motivo por el que Tribunal debiera haberlas rechazado. Ahora bien, me parece paradójico que el Tribunal, tras declararse incompetente sobre los “nuevos reclamos”, haya aprovechado para incluir en el Laudo un *obiter dicta*, tan extenso como poco matizado, sobre el ilimitado derecho de los Estados a introducir cambios regulatorios, condicionados tan sólo a que no pongan en peligro la viabilidad financiera de las inversiones.

El Tribunal debiera haber condenado a Bolivia en costas, al menos parcialmente.

14. Finalmente, la inobservancia por Bolivia del “debido proceso” debiera haber llevado al Tribunal a condenar a Bolivia en costas, al menos con carácter parcial.
15. En efecto, la falta de respeto por Bolivia del “debido proceso” forzó a los Demandantes a iniciar este arbitraje y les ha generado costes que minorarán su compensación efectiva. Es cierto que, como tantos demandantes agraviados, Rurelec “infló” sus pretensiones y el

Tribunal ha rechazado buena parte de ellas. Pero, como resulta singularmente apropiado constatar en una disputa relativa a un sistema eléctrico basado en el principio del “coste marginal”, el “coste marginal” provocado en el procedimiento por las pretensiones desestimadas de las Demandantes ha sido bajo: las costas del Tribunal y de las Partes tienen un elevado componente fijo, y no habrían sido mucho menores si Rurelec hubiera reclamado exactamente la compensación que el Tribunal le ha concedido. Así pues, la exageración de sus pretensiones no ha impuesto un “coste marginal” apreciable a Bolivia; mientras que ésta, al obligar a Rurelec a instar el procedimiento para hacer valer sus derechos, le ha ocasionado un elevado “coste marginal” que el Tribunal debiera haber ordenado que Bolivia resarciera, al menos parcialmente.

16. Esa decisión habría sido, además, congruente con un principio económico esencial en el diseño y aplicación de las normas imperativas, como son los Tratados internacionales: incumplirlos no debe resultar más ventajoso que respetarlos. Por eso, constatada la ilegalidad de la expropiación tanto por la falta de pago de compensación –afirma unánime el Tribunal-, como por el incumplimiento del “debido proceso” –añado yo-, el Tribunal debiera haber condenado en costas a Bolivia, al menos con carácter parcial.
17. Lamento, en fin, que en materia de CAPEX el Tribunal, confiando en su mera intuición, haya dado por buenas afirmaciones de un testigo de parte, el Sr. Paz, que el propio experto de Bolivia, al no poder documentarlas, no incluyó en su propio modelo de valoración.
18. Lamento no haber sido capaz de convencer a mis colegas sobre los puntos señalados en esta opinión, pero celebro que, gracias a nuestro presidente, pudiéramos debatirlos de una forma no-hostil.