

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2016)*

Coordinador: Francisco Pascual Vives¹
Redactores: Laura Aragonés Molina², Björn Arp³,
Fernando Lozano Contreras⁴, Millán Requena Casanova⁵,
y José Ángel Rueda García⁶

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN. IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES. VI. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN⁷

En nuestra séptima “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” se analizan diecisiete litigios que han sido resueltos durante el año 2016. También se comentan dos arbitrajes que datan del año 2015 y que al publicarse tardíamente no pudieron incluirse en nuestra sexta crónica (*REEI*, vol. 31). Como viene siendo habitual se exponen los apartados de las decisiones y laudos que entendemos de interés desde la perspectiva de la práctica española. Conviene advertir que, salvo indicación *a contrario*, las notas al pie incluidas en todos los documentos expuestos en esta crónica se han omitido. En el apartado final, además de dar cuenta de

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembros del proyecto de investigación “La Unión Europea frente a los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (DER2015-63498-C2-1-P (MINECO/FEDER)).

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es). Redacta los epígrafes V y VII.

² Profesora Visitante de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es). Redacta los epígrafes I y V.

³ Doctor en Derecho y Abogado (arp@american.edu). Redacta el epígrafe IV.

⁴ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (jfernando.lozano@uah.es). Redacta el epígrafe III.

⁵ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es). Redacta el epígrafe II.

⁶ Doctor en Derecho y Asociado Principal de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (joseangel.rueda@cuatrecasas.com). Redacta los epígrafes VI y VII.

⁷ Epígrafe elaborado por la Profa. Laura Aragonés Molina.

algunos de los acontecimientos más importantes en la materia para la práctica española, destacamos varias novedades derivadas del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas por parte de la Unión Europea (UE) tanto desde una perspectiva intracomunitaria, como desde el plano de la acción exterior, aportando además documentación y materiales de la práctica europea que consideramos de interés para España.

Por orden de publicación, en primer lugar, se presenta el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/12/17), resuelto al calor del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrado entre España y Venezuela (firmado el 2-11-1995), en un procedimiento regido por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (BOE, 13-9-1994) y a las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Reglas de Arbitraje del CIADI). En este caso las empresas demandantes alegaron la ruptura de un convenio urbanístico con el Gobierno español por el que se recalificarían unos terrenos en el término municipal de Las Rozas adquiridos por las demandantes para construir un complejo residencial. La no recalificación de los terrenos a pesar de las negociaciones previas y del cumplimiento de los requisitos exigidos suponía para las dos empresas españolas demandantes, controladas por un nacional venezolano, un incumplimiento del APPRI celebrado entre España y Venezuela. El árbitro único designado para resolver este litigio, R. Oreamuno Blanco (costarricense), por medio de Laudo de 14-8-2015 desestimó las pretensiones de las demandantes, con base en que el lenguaje explícito del convenio urbanístico constataba que se trataba de un documento preparatorio que no garantizaba la recalificación de los terrenos ni creaba ninguna expectativa legítima para los inversores venezolanos.

En segundo lugar, en el caso *Philip Morris Asia Limited c. Australia* (caso CPA n° 2012-12), la controversia surgió a raíz de la aplicación de una serie de medidas aprobadas por el Gobierno australiano en virtud de una nueva ley sobre el empaquetado del tabaco (*Tobacco Plain Packaging Act 2011*). La empresa demandante, constituida conforme a la normativa de Hong Kong, inició un procedimiento arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), regido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la CNUDMI) y con fundamento en el APPRI celebrado entre Hong Kong y Australia (firmado el 15-9-1993). La demandante alegó, entre otros argumentos, que la norma australiana violaba sus derechos de propiedad intelectual al afectar al diseño de su marca, lo que ocasionaba una importante pérdida de valor de su inversión en Australia. El Estado demandado, por su parte, alegó tres excepciones preliminares. El tribunal arbitral, presidido por K.-H. Böckstiegel (alemán) y formado por los árbitros G. Kaufmann-Kohler (suiza) y D.M. McRae (canadiense-neozelandés), ordenó la bifurcación del procedimiento y resolvió sobre dos de las tres excepciones, a saber, 1) la inversión del demandante no se había admitido válidamente en Australia; y 2) la controversia surgió con anterioridad a que la inversión estuviera protegida por el APPRI como resultado de la reestructuración de la inversión o porque la

reestructuración constituía un abuso de derecho. En su Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad de 17-12-2015, el tribunal estimó la segunda excepción en la medida en que la reestructuración de la inversión se llevó a cabo con el propósito principal de que la inversión estuviera protegida por el APPRI y poder plantear una demanda contra el Estado.

En tercer lugar, en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012), las empresas demandantes iniciaron un procedimiento arbitral ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), con base en el Tratado sobre la Carta de Energía (en adelante, TCE) (*BOE*, 17-3-1998; corr. de errores en *BOE*, 12-6-1998 y aplicación provisional en *BOE*, 17-5-1995), y regido por el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la CCE. Las demandantes habían realizado una inversión en España para la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico, pero en 2010 España modificó el régimen especial que regulaba este sector por medio de varios Reales Decretos-leyes que supuestamente causaron perjuicios a las demandantes. En particular, alegaron haber sufrido la expropiación de una parte sustancial de su inversión en contravención del art. 13 del TCE, no contaron con medios efectivos para la tramitación de demandas, ya que el derecho español no permitía interponer recursos contenciosos-administrativos frente a los Reales Decretos-leyes, incumpliendo así el art. 10.12 del TCE; por último, alegaron también una violación del estándar de trato justo y equitativo previsto en el art. 10.1 del TCE, al haber modificado España el régimen regulatorio y económico de forma inesperada y al vulnerar sus expectativas legítimas, además de que las medidas eran retroactivas. El tribunal arbitral formado por A. Mourre (francés), en calidad de Presidente, G.S. Tawil (argentino) y C. von Wobeser (mexicano), como árbitros, por Laudo de 21-1-2016, desestimó las pretensiones de las demandantes y les condenó al pago de las costas del arbitraje.

En cuarto lugar, se analiza el caso *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/26), sustanciado conforme al Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI y con fundamento en el APPRI celebrado entre Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (firmado el 17-3-1998) y en el APPRI celebrado entre Portugal y Venezuela (firmado el 17-6-1994). Las empresas demandantes aseveraban haber sufrido una expropiación indirecta de sus inversiones al poseer el 50,1997% de las acciones de una empresa venezolana (*Matesi Materiales Siderúrgicos, S.A.*) que fue nacionalizada, así como otras interferencias a su inversión anteriores a la nacionalización que supondrían el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, y el deber de brindar completa protección y seguridad a su inversión. El órgano arbitral presidido por J. Beechey (británico) y compuesto por los árbitros J.L. Kessler (estadounidense) y T.T. Landau (británico), mediante Laudo de 29-1-2016, acogió las pretensiones de las demandantes en cuanto a la nacionalización y expropiación de su inversión en violación de los APPRI antes citados y les concedió una indemnización de 87,3 millones de dólares estadounidenses más intereses.

En quinto lugar, se examina el caso *Total S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/04/01), donde Argentina había solicitado la anulación del Laudo emitido el 27-11-

2013, analizado en nuestra segunda crónica (*REEI*, vol. 23, pp. 30-38 y 40-43) así como de las Decisiones sobre jurisdicción y responsabilidad que formaban parte integrante del Laudo. La primera controversia se ventiló al calor del APPRI celebrado entre Argentina y Francia (firmado el 28-6-1990), en un procedimiento regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por medio del laudo cuya anulación se solicitaba, el órgano arbitral había declarado la responsabilidad internacional de Argentina por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo previsto en el APPRI antes citado y le había impuesto el pago de una indemnización. Argentina fundamentó su solicitud de anulación en tres causas previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (art. 52.1.b); 2) quebrantamiento grave de normas de procedimiento (art. 52.1.d); y 3) falta de fundamentación del laudo (art. 52.1.e). La comisión *ad hoc* presidida por E. Zuleta (colombiano) y formada por los árbitros T. Cheng (china) y A. Castellanos (guatemalteco) dictó su Decisión sobre anulación el 1-2-2016, desestimando todas las causas de anulación alegadas por la solicitante.

En sexto lugar, en el caso *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/23), Argentina presentó una solicitud de anulación del Laudo emitido el 11-6-2012 en un procedimiento regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI y con fundamento en el APPRI celebrado entre Argentina y Francia. El órgano arbitral había declarado la responsabilidad internacional de Argentina por no ofrecer un trato justo y equitativo a las inversiones de las entonces demandantes y le había impuesto una indemnización de más de 136 millones de dólares estadounidenses. En su solicitud de anulación Argentina alegó todas las causales de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, salvo la relativa a la corrupción de alguno de los miembros del tribunal. En su Decisión de 5-2-2016, la comisión *ad hoc* compuesta por Ch. Greenwood (británico), como Presidente y T. Cheng (china) y Y. Taniguchi (japonés), en calidad de árbitros, desestimó las pretensiones de Argentina en su totalidad y le impuso el pago de las costas del procedimiento y los honorarios y gastos de los miembros de la comisión.

En séptimo lugar, se estudia el caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (caso CIADI n° ARB/05/20), en el que Rumania solicitó la anulación del Laudo emitido el 11-12-2013 en un procedimiento regulado por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI y resuelto sobre la base del APPRI celebrado entre Suecia y Rumania (firmado el 29-5-2002) y que fue comentado en nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 33-39 y 53-58). Rumania fundó su solicitud en varios motivos que encontrarían cabida en tres causas recogidas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, a saber, 1) extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal (art. 52.1.b); 2) quebrantamiento grave de normas de procedimiento (art. 52.1.d); y 3) falta de fundamentación del laudo (art. 52.1.e). En su Decisión sobre anulación de 26-2-2016, la comisión *ad hoc* formada por C. von Wobeser (mexicano) (Presidente), B.M. Cremades (español) y A.A. Yusuf (somalí), desestimó los motivos de anulación alegados por Rumania.

En octavo lugar, se presenta el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB (AF)/11/2), donde la empresa demandante aseveró el incumplimiento por Venezuela de varias obligaciones previstas en el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela (firmado el 1-7-1996); en particular, alegó haber sufrido una expropiación indirecta de su inversión y el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, así como la ausencia de protección y seguridad completas. El órgano arbitral formado por L. Lévy (suizo-brasileño), como Presidente y por los árbitros J.Y. Gotanda (estadounidense) y L. Boisson de Chazournes (francesa), por medio de Laudo de 4-4-2016, estimó que Venezuela había incumplido el citado APPRI, en cuanto a la expropiación y al incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo y concedió a la demandante una indemnización de 1.202 millones de dólares estadounidenses más intereses.

En noveno lugar, es objeto de estudio el caso *TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala* (caso CIADI n° ARB/10/23), en el que ambas partes en litigio presentaron solicitudes de anulación del Laudo dictado el 19-12-2013, comentado en nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 25-27 y 39-41), en un procedimiento regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, dilucidado el calor del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (firmado el 5-8-2004) (CAFTA). Por una parte, la empresa *TECO Guatemala Holdings LLC* solicitó la anulación parcial de este Laudo, principalmente, la parte del Laudo correspondiente a la indemnización por daños; por otra parte, Guatemala solicitaba la anulación total del mismo. Ambas partes basaron su solicitud en tres causas de anulación contempladas en el art. 52.1 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (art. 52.1.b); 2) quebrantamiento grave de normas de procedimiento (art. 52.1.d); y 3) falta de fundamentación del laudo (art. 52.1.e). En su Decisión sobre anulación de 5-4-2016, la comisión *ad hoc* presidida por B. Hanotiau (belga) y formado por los árbitros T. Oyekunle (nigeriano) y K. Sachs (alemán) acordó anular la parte del Laudo referente a la indemnización por daños y a los intereses y costas correspondientes, en favor de la empresa *TECO Guatemala Holdings LLC* con fundamento en las causas de anulación previstas en el art. 52.1.d) y 52.1.e) del Convenio CIADI. Desestimó las demás causa alegadas por la empresa, así como la solicitud de anulación total del Laudo por parte de Guatemala.

En décimo lugar, se examina el caso *Vestey Group Ltd c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/06/4). La controversia surgió a raíz de una serie de medidas legislativas aprobadas por Venezuela sobre las tierras y el desarrollo agrario que modificaban el régimen jurídico existente en 2001, y que a juicio de la empresa demandante suponían una expropiación de su inversión en contravención del APPRI celebrado entre Reino Unido y Venezuela (firmado el 15-3-1995). Por medio de Laudo de 15-4-2016, el tribunal arbitral compuesto por G. Kaufmann-Kohler (suiza), como Presidenta, H. Grigera Naón (argentino) y P.-M. Dupuy (francés), como árbitros, declaró que Venezuela expropió la inversión de la demandante incumpliendo las condiciones previstas en el art. 5.1 del APPRI antes citado y le condenó al pago de una indemnización de 98.145.325 dólares estadounidenses y al pago de la totalidad de los costes del arbitraje.

En undécimo lugar, en el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30), las empresas demandantes iniciaron un procedimiento arbitral conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI y con fundamento en el TCE. En esta primera fase del procedimiento, España alegó varias excepciones a la jurisdicción del tribunal, a saber: 1) el TCE no era aplicable a disputas entre inversores ambos pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea, lo que afectaba a la inversión de *RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l.*; 2) la reclamación por supuestos daños a las plantas de producción de energía renovable sólo correspondía a empresas españolas que eran las propietarias de las instalaciones, no a las demandantes; 3) las demandantes no eran inversores ni su inversión podía considerarse una “inversión” en los términos del TCE; 4) las medidas impositivas quedaban excluidas del ámbito de aplicación del TCE y el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica creado por la Ley española 15/2012 era una medida impositiva; 5) las demandantes no habían intentado una solución amistosa ni habían respetado el plazo de tres meses previo al arbitraje previsto en el art. 26 del TCE y en la legislación española. El tribunal arbitral presidido por A. Pellet (francés) y formado por los árbitros P. Nikken (venezolano) y R. Volterra (canadiense), emitió su Decisión sobre jurisdicción el 6-6-2016 en la que se declaró competente para conocer de la controversia, tomó nota del abandono por las demandantes de la reclamación concerniente a la modificación de la Ley de Impuestos Especiales, en lo que concierne al impuesto sobre hidrocarburos, por el art. 28 de la Ley 15/2012 y remitió la cuestión de las medidas impositivas previstas en el art. 21 del TCE para la fase del fondo, así como la determinación de la composición y el valor de los derechos supuestamente vulnerados susceptibles de indemnización, rechazando las restantes excepciones a la jurisdicción.

En decimo segundo lugar, el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7), se dirimió al calor del APPRI celebrado entre Suiza y Uruguay (firmado el 7-10-1988), en un procedimiento regulado por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Las empresas demandantes alegaron que las medidas de control del tabaco aprobadas por el Ministerio de Sanidad uruguayo que imponían que cada marca de cigarrillos presentara una única imagen, prohibiendo, por lo tanto, la utilización de diferente empaquetado o variantes del mismo para cigarrillos vendidos bajo una misma marca, así como el incremento del tamaño de las advertencias sanitarias sobre el consumo de tabaco que deben incorporar las cajetillas, suponían un grave perjuicio para el valor de su inversión, así como la vulneración de sus derechos de propiedad intelectual, entre otros. En los términos del APPRI antes citado, estas medidas implicaban: 1) un impedimento para el uso y disfrute de su inversión (art. 3.1); 2) un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo y denegación de justicia (art. 3.2); 3) una expropiación de su inversión contraria al APPRI (art. 5); y 4) incumplimiento de los compromisos asumidos conforme al APPRI (art. 11). El tribunal arbitral formado por P. Bernardini (italiano), en calidad de Presidente, G. Born (estadounidense) y J. Crawford (australiano), como árbitros, en su Laudo de 8-7-2016, rechazó las pretensiones de las demandantes y les impuso el pago de los costes del arbitraje, así como la suma de 7

millones de dólares estadounidenses por los gastos incurridos por la demandada. El árbitro G. Born agregó una opinión disidente.

En décimo tercer lugar, se estudia el caso *The Renco Group, Inc. c. Perú* (caso CIADI n° UNCT/13/1), en el que la empresa *The Renco Group Inc.* presentó una demanda con fundamento en el Acuerdo de Protección Comercial entre Estados Unidos y Perú (firmado el 12-4-2006) iniciando un procedimiento arbitral regido por el Reglamento de la CNUDMI. En esta fase del procedimiento el tribunal arbitral presidido por R.J. Moser (austríaco) y formado por los árbitros L. Yves Fortier (canadiense) y T.T. Landau (británico), se pronunció sobre la excepción a la jurisdicción planteada por Perú, basada en el supuesto incumplimiento por la empresa demandante del requisito previsto en el art. 10.18.2.b) del Acuerdo, que disponía que ninguna reclamación podía someterse a arbitraje conforme a esa sección del Acuerdo, a menos que el demandante consintiera por escrito y que la notificación del arbitraje estuviera acompañada de la renuncia por escrito del demandante de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, así como a cualquier actuación respecto de cualquier medida que alegase haber constituido una violación a las que se refiere el art. 10.16 (estructura “sin vuelta atrás”). En definitiva, esta disposición suponía una condición y límite al consentimiento para el sometimiento de la controversia a arbitraje y, por ende, a la jurisdicción del órgano arbitral. En su Laudo parcial sobre jurisdicción de 15-7-2016, el tribunal estimó que la empresa demandante no había cumplido el requisito formal anterior al incluir una reserva de derechos en su notificación de arbitraje y, por tanto, el tribunal se declaró incompetente.

En décimo cuarto lugar, se presenta el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/5). La empresa canadiense *Rusoro Mining Ltd.* inició un procedimiento arbitral conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI, fundamentando su demanda en un incumplimiento por Venezuela del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. La demandante, que se dedicaba a la extracción de oro, alegó haber sufrido una expropiación de su inversión como consecuencia de la aprobación en 2009 de una Resolución del Banco Central de Venezuela que imponía una serie de obligaciones que restringían significativamente la exportación de este mineral. Tras varias modificaciones de la normativa, en 2011 se aprobó un decreto para la nacionalización de la industria minera del oro. La empresa demandante concretaba su demanda en la violación de seis obligaciones previstas en el APPRI antes citado: 1) expropiación sin la debida compensación; 2) incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo; 3) incumplimiento del deber de proporcionar completa protección y seguridad a su inversión; 4) incumplimiento de brindar un trato no menos favorable que a sus propios inversores; 5) incumplimiento de la garantía de transferencia y devolución sin restricciones de sus inversiones; e 6) imposición de restricciones a la exportación de oro contrarias al APPRI. Por su parte, Venezuela formuló una contrademanda basada en supuestas malas prácticas de la empresa en la explotación de una de las minas que perjudicaba su aprovechamiento futuro. El órgano arbitral compuesto por J. Fernández-Armesto (español), como Presidente, F. Orrego Vicuña (chileno) y B. Simma (alemán), como árbitros, declaró en su Laudo de 22-8-2016 que Venezuela había incumplido el

APPRI en cuanto a la expropiación sin la debida compensación, así como por las restricciones a la exportación de oro. Sin embargo, rechazó las reclamaciones basadas en las medidas aprobadas en 2009 por haber expirado el plazo y declaró su falta de jurisdicción para conocer de la contrademanda interpuesta por Venezuela. Asimismo, condenó a Venezuela al pago de 966,5 millones de dólares estadounidenses como indemnización por la expropiación, además de alrededor de 1,2 millones de dólares estadounidenses por daños derivados de la imposición de restricciones a la exportación, así como más de 3 millones de dólares estadounidenses por las costas del arbitraje.

En décimo quinto lugar, en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI nº ARB/98/2), se planteó esta controversia ante un tribunal del CIADI, conforme al Convenio CIADI y a sus Reglas de Arbitraje y con fundamento en el APPRI celebrado entre España y Chile (*BOE*, 19-3-1994). La controversia, que se inició en 1997 y que fue resuelta por primera vez por medio de Laudo de 8-5-2008, ha sido objeto de varios recursos. En esta crónica se estudia el laudo que pone fin a tan prolongada disputa tras una Decisión de anulación parcial de 18-12-2012, estudiada en nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp. 50-54). Conforme al art. 52.6 Convenio CIADI, cualquiera de las partes puede solicitar el inicio de un nuevo procedimiento ante un nuevo tribunal cuando una decisión ha sido anulada. En este caso, al tratarse de una anulación parcial del Laudo original de 2008, el órgano arbitral sólo podía entrar a resolver aquellas cuestiones que fueron anuladas y, en definitiva, que no revistieran valor de cosa juzgada. Estas cuestiones se basaron en la naturaleza de la reparación debida por los incumplimientos del APPRI constatados en el Laudo original de 2008 y, en caso de que la reparación se estableciera en forma de indemnización, habría que determinar la cuantía de la misma. Los demandantes solicitaron, primero, el reconocimiento de Coral Pey Grebe, hija de Víctor Pey Casado, como demandante en este procedimiento; segundo, una indemnización por daños derivados del incumplimiento declarado por el primer tribunal del art. 4 del APPRI antes citado (denegación de justicia e incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo), también en concepto de lucro cesante y por enriquecimiento injusto del Estado demandado; tercero, una indemnización por daños morales y, por último, una cuantía por intereses, impuestos y costas del arbitraje. El tribunal, compuesto por F. Berman (británico), como Presidente, y los árbitros V.V. Veeder (británico) y A. Mourre (francés), por medio de Laudo de 13-9-2016 declaró que: 1) la señora Pey Grebe no podía ser parte demandante en su propio derecho en este procedimiento; 2) el reconocimiento formal de los derechos de los demandantes y la declaración de haber sufrido la denegación de justicia, constituía en sí mismo una forma de satisfacción a la luz del Derecho internacional (DI) suficiente para el incumplimiento declarado por el primer tribunal del art. 4 del APPRI; 3) los demandantes no habían probado suficientemente haber sufrido otros daños cuantificables derivados del incumplimiento del art. 4; 4) el argumento basado en el enriquecimiento injusto no se consideró jurídicamente bien fundado; y 5) no había lugar a la indemnización por daños morales. Por último, en cuanto a las costas del arbitraje, el tribunal atribuyó el pago de las tres cuartas partes a los demandantes y el pago de una cuarta parte al demandado, debiendo abonar los demandantes al demandando la cuantía de 159.509,43 dólares estadounidenses.

En décimo sexto lugar, se presenta el caso *Spence International Investments, LLC y otros c. Costa Rica* (caso CIADI n° UNCT/13/2), en el que ocho demandantes particulares y una persona jurídica, todos ellos estadounidenses, iniciaron un procedimiento arbitral administrado por el CIADI y regido por el Reglamento de la CNUDMI, alegando la expropiación de sus inversiones inmobiliarias residenciales en 26 terrenos o lotes por parte de Costa Rica en contravención del CAFTA. Según las demandantes la expropiación se llevó a cabo sin percibir una pronta y adecuada indemnización (art. 10.7 del CAFTA) y tampoco se les proporcionó el acceso a los medios administrativos y/o judiciales necesarios para la revisión inmediata de su expropiación (art. 10.5 del CAFTA). El órgano arbitral formado por D. Bethlehem (británico) como Presidente, y M. Kantor (estadounidense) y R.E. Vinuesa (argentino-español) en calidad de árbitros, por medio de un Laudo interino de 25-10-2016, dictaminó que carecía de jurisdicción para conocer de las reclamaciones sobre determinados lotes, mientras que respecto a otros concluyó que, por vía de referencia a las sentencias pertinentes y aplicables de los tribunales costarricenses, el cálculo de algunas indemnizaciones había sido arbitrario y/o injusto, contrario al art. 10.5 del CAFTA. Por último, respecto a otros lotes, declaró que las partes deberían tener la oportunidad de ser escuchadas respecto a la cuestión de determinar si el tribunal tenía jurisdicción para conocer de las reclamaciones por parte de las demandantes sobre la violación del art. 10.5 del CAFTA por referencia a las sentencias pertinentes y aplicables de los tribunales costarricenses dictadas con posterioridad al 10-6-2013, fecha en la que comenzó este procedimiento.

En décimo séptimo lugar, se estudia el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/26). El tribunal arbitral, presidido por A. Bucher (suizo) y formado por los árbitros P.J. Martínez-Fraga (estadounidense) y C. McLachlan (neozelandés), dirimió la controversia al calor del APPRI celebrado entre Argentina y España (*BOE*, 18-11-1992), conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. Las empresas demandantes alegaron que Argentina había violado el estándar del trato justo y equitativo, la obligación de brindar protección a su inversión y de no adoptar medidas discriminatorias y la obligación de no expropiar sin la pronta y adecuada indemnización. A su vez, Argentina presentó una contrademanda en la que argumentaba que las demandantes no habían realizado la inversión necesaria para prestar los servicios previstos en el contrato de concesión que las autoridades argentinas celebraron con ellas a través de la empresa *Aguas del Gran Buenos Aires, S.A.*, constituida por inversores extranjeros, entre ellos, las demandantes, para el abastecimiento y saneamiento del agua, lo que suponía una violación de los compromisos asumidos y de sus obligaciones de acuerdo con el DI público. Mediante Laudo de 8-12-2016 el órgano arbitral confirmó que Argentina había violado el APPRI en relación con el estándar de trato justo y equitativo, rechazando las restantes reclamaciones. Por su parte, desestimó la contrademanda presentada por Argentina y ordenó el pago de 400.000 dólares estadounidenses a *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia* por costas del procedimiento correspondientes a la fase de jurisdicción, además de la suma de 647.000 dólares estadounidenses más intereses a las demandantes en concepto del anticipo de las costas pagado al CIADI.

En décimo octavo lugar, en el marco del caso *SAUR Internacional SA c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/04/4), Argentina solicitó la anulación de la Decisión sobre jurisdicción de 27-2-2006, la Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 6-6-2012 y el Laudo de 22-5-2014 estudiado en nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 48-54, 60-63 y 65-66), con base en el APPRI celebrado entre Argentina y Francia, en un procedimiento regido conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. La demandante basó su solicitud en tres causas de anulación: 1) extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades (art. 52.1 b); 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (art. 52.1 d); y 3) falta de motivación del laudo (art. 52.1 e). La comisión *ad hoc* formada por E. Zuleta (colombiano) en calidad de Presidente, y A.A. Yusuf (somalí) y A. Castellanos (guatemalteco), como árbitros, en su Decisión de 19-12-2016 desestimó la solicitud de anulación de Argentina, debiendo sufragar los gastos y honorarios de los miembros de la comisión y los costes de administración por la utilización de las instalaciones del CIADI.

Por último, se presenta el caso *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/5), en el que la comisión *ad hoc* formada por A.A. Yusuf (somalí) como Presidente y por los árbitros Tan Sri Dato' Cecil W. M. Abraham (malayo) y R. Knieper (alemán) conoció de la solicitud de anulación presentada por Venezuela contra el Laudo de 13-3-2015, estudiado en nuestra sexta crónica (*REEI*, vol. 31, pp. 46-49), por el que se le declaraba responsable de haber expropiado la inversión de la empresa *Tidewater Investment SRL* en contravención del APPRI celebrado entre Venezuela y Barbados (firmado el 15-7-1994). Venezuela alegó tres causas de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, a saber, 1) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades (art. 52.1.b); 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (art. 52.1.d); y 3) falta de motivación del laudo (art. 52.1.e). En su Decisión sobre anulación de 27-12-2016 la comisión estimó la anulación del Laudo en la parte respecto a la que no se expresaron los motivos en que se fundaba y desestimó las demás causas de anulación. Las demandadas debían abonar al Estado solicitante el 30% de los gastos de los miembros de la comisión y del CIADI.

En esta crónica, además, se analizan diversas decisiones de jurisdicciones internas dictadas con el propósito de anular [*Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Rusia* (caso CCE n° 24/2007)] y ejecutar los laudos emanados de tribunales arbitrales de inversiones, a saber y por este orden: *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Rusia* (caso CNUDMI/CPA n° AA 226), *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Rusia* (caso CNUDMI/CPA n° AA 227), *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Rusia* (caso CNUDMI/CPA n° AA 228); y *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/11/2). Asimismo, se estudia el Auto n° 12/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14-11-2016, que acordó el otorgamiento del executur de un laudo arbitral en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA (003/2007/ARB) en el asunto *Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE) c. Guinea Ecuatorial*.

Al margen de los litigios estudiados, conviene señalar que durante el año 2016 se registraron 42 arbitrajes de inversión ante el CIADI y cinco arbitrajes que siguen las reglas del Mecanismo Complementario. Además, se registró un procedimiento de conciliación entre un inversor de nacionalidad griega y Albania. Los Estados europeos son los que más demandas han recibido (18), seguidos de los americanos (14), asiáticos (11) y africanos (6).

II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO⁸

Este epígrafe estudia las decisiones relativas al consentimiento al arbitraje de inversiones, así como aquellos aspectos relacionados con la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*.

1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

El laudo dictado en el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/12/17), la segunda excepción a la jurisdicción se refería a los efectos sobre la competencia del tribunal de la denuncia de Venezuela del Convenio CIADI. Sobre el tema relativo a la expresión (retirada) del consentimiento al arbitraje, el árbitro único se pronunció de la siguiente manera:

“62. [...], [P]ara resolver este tema en particular el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- a. Venezuela, como Estado contratante, tenía derecho a denunciar el Convenio (Artículo 71 antes citado).
- b. Venezuela denunció el Convenio y esa denuncia se notificó el 24 de enero del 2012.
- c. El plazo fijado en el Artículo 71 del Convenio venció el 25 de julio del 2012.
- d. Los derechos y obligaciones de Venezuela y de las Demandantes (específicamente, el derecho de acceder a la jurisdicción del CIADI) estaba vigente cuando estas presentaron su Solicitud el 14 de junio del 2012.

(...)

64. El mencionado artículo 71 del Convenio consagra la facultad de todo Estado de denunciarlo, mediante notificación escrita y señala, categóricamente, que la “denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.

65. Es evidente que ese artículo no hace diferenciación alguna, en lo que respecta a los efectos de la denuncia, entre el Estado denunciante, sus nacionales, los demás Estados contratantes y los nacionales de estos. Se limita a señalar que la denuncia surtirá efecto seis meses después de la notificación que la comunicó.

⁸ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Millán Requena Casanova.

66. En vez de crear una norma de excepción referente al plazo de seis meses consagrado en el artículo 71, el 72 reitera el mismo criterio de que la notificación de la denuncia no afecta “...los derechos y obligaciones” de los “nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro” “...con anterioridad al recibo de dicha notificación...”.

67. En este caso, las Demandadas tenían, antes de la denuncia del Convenio por parte de Venezuela, el derecho de acudir al CIADI el cual no se vería afectado por dicha denuncia hasta seis meses después de notificada.

68. En vista de lo expuesto en los párrafos precedentes, el Tribunal considera que la denuncia del Convenio por parte de Venezuela no incidiría en los derechos y obligaciones derivados de este hasta seis meses después de notificada y, por lo tanto, en este caso concreto, no afecta la jurisdicción del CIADI ni la competencia de este Tribunal”.

En función de ello, el tribunal resolvió rechazar la excepción a la jurisdicción fundada en los efectos de la denuncia de Venezuela al Convenio CIADI, afirmando su competencia para conocer la controversia.

El laudo dictado en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012), se ocupó de resolver las cuestiones sobre jurisdicción y admisibilidad relativas a la invocación del TCE como título para activar la jurisdicción de un tribunal arbitral. La primera objeción planteada por España se basaba en el argumento que las empresas demandantes renunciaron a la jurisdicción arbitral activando la cláusula *electa una vía* del art. 26.2.a) o b) del TCE, que establece que el arbitraje internacional y el recurso a los tribunales ordinarios o administrativos de una parte contratante del TCE son vías alternativas y excluyentes. Esta cláusula se habría activado, por una parte, como consecuencia de la presentación por las demandantes ante el Tribunal Supremo de dos recursos contencioso-administrativos (ambos desestimados) en relación con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre; y, por otra, debido a la presentación de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, inadmitida a trámite por no cumplir los requisitos de admisibilidad. No obstante, para las demandantes la cláusula *electa una vía* no se habría activado al no cumplirse el “test de la triple identidad”, que exige que los procedimientos ante los tribunales internos y ante el órgano arbitral compartan las mismas partes, el mismo objeto o *petitum* y el mismo fundamento legal. Sobre este particular, el tribunal señaló lo siguiente:

“405. (...), para que la cláusula *electa una vía* sea aplicable es necesario que el inversor afectado por la medida supuestamente ilícita haya recurrido previamente a los tribunales locales o a otro procedimiento de solución de controversias previamente acordado. Se desprende de esta norma que el inversor es necesariamente el inversor afectado por la medida supuestamente ilícita”.

Al respecto, para apreciar si existe identidad de partes, el tribunal analizó la estructura societaria de las distintas entidades presentes en los diversos procesos en causa, con el fin de cerciorarse si los procedimientos iniciados ante el Tribunal Supremo, por un lado,

y ante el TEDH, por otro, lo fueron en realidad por las demandantes a través de sociedades interpuestas (párrs. 406-407). El órgano arbitral concluyó que, ni siquiera bajo una interpretación flexible del “test de la triple identidad”, se podría considerar que hay una identidad sustancial de partes. Para ello hubiera sido necesario demostrar que las demandantes tenían el poder de decisión de las sociedades titulares de las plantas fotovoltaicas que iniciaron acciones ante los tribunales internos (Grupo *T-Solar* y Grupo *Isolux Corsan S.A.*), de tal manera que pueda considerarse que estas últimas fueron realmente sociedades interpuestas. Y, sobre esta cuestión, España nunca alegó que la estructura corporativa del grupo empresarial de las demandantes:

“408. fuera concebida o modificada con el propósito fraudulento de permitir a las Demandantes sortear la cláusula *electa una vía* del art. 26. En ausencia de una demostración en ese sentido, el Tribunal Arbitral no puede considerar que, conformemente al artículo 26 del TCE, las Demandantes han optado por someter la controversia al Tribunal Supremo o al TEDH”.

Asimismo, el órgano arbitral quiso precisar que el procedimiento iniciado ante el TEDH tampoco permite activar la cláusula *electa una vía*, porque:

“409. El TEDH no puede considerarse como un tribunal arbitral de la Parte Contratante en el sentido del artículo 26(2)(a) (...). Y no hay duda de que el TEDH no es un tribunal del Reino de España. Tampoco puede considerarse que el procedimiento ante el TEDH sea ‘*un procedimiento de solución de controversias previamente acordado*’ en el sentido del artículo 26(2)(b) del TCE, pues no existe ningún acuerdo de las Partes para someter su controversia al TEDH”.

Las anteriores consideraciones llevaron al órgano arbitral a rechazar la objeción jurisdiccional fundada en la cláusula *electa una vía* del art. 26 del TCE.

Asimismo, España alegó que la controversia había surgido en el marco de relaciones de inversión intra-europeas, cuya resolución queda sujeta al Derecho de la UE y, en particular, a su sistema jurisdiccional. En otras palabras, el TCE no resulta aplicable a las inversiones realizadas dentro de la UE por nacionales de los Estados miembros, ni confiere el derecho a resolver los conflictos intra-UE a través del recurso al arbitraje (párr. 208). A su vez, esta objeción jurisdiccional fue estructurada en tres argumentos. El primero hacía referencia a que todas las partes en el arbitraje forman parte de una misma Organización Regional de Integración Económica (la UE), por lo que la reclamación no cumpliría con el requisito de “diversidad de territorios” entre el inversor y la parte contratante, como exige el art. 26.1 del TCE. A juicio del órgano arbitral:

“429. (...) Este argumento desconoce que, aunque la UE sea miembro del TCE, los Estados que la componen no han dejado de serlo también. Tanto la UE como los Estados miembros pueden tener legitimación procesal como demandados en una acción basada en el TCE.

430. El artículo 1.10 del TCE, al definir el concepto de “territorio”, se refiere tanto al territorio de los Estados contratantes (...). Parece por tanto razonable deducir que, al referirse a inversiones realizadas “en el territorio” de una parte contratante,

el artículo 26.1 se refiere tanto, en el caso de un Estado miembro de la UE, al territorio de un Estado nacional como al territorio de la misma UE. No existe en el TCE ninguna regla de la cual pueda desprenderse una interpretación diferente.

431. (...) En el presente caso, las demandas no se fundamentan en actuaciones de la UE, sino en actos supuestamente ilícitos cometidos por el Reino de España en el ejercicio de su soberanía nacional. Tampoco la demanda está dirigida contra la UE, o implica de alguna manera que la UE sea declarada responsable, así que no le cabe duda al Tribunal Arbitral que el Reino de España tiene legitimación pasiva para actuar en este arbitraje y por tanto el territorio al cual se refiere el artículo 26(1) del TCE, a fines jurisdiccionales, es el territorio del Reino de España y no el territorio de la UE”.

Como segundo argumento España alegó que el TCE contiene una “cláusula de desconexión implícita”, cuyo objeto sería desvincular a los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, del mecanismo de solución de controversias del TCE. Así, en aplicación de la cláusula arbitral del art. 27 del TCE, una controversia relativa al TCE entre Estados miembros de la UE ya estaría sometida *implícitamente* a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). Para averiguar si el TCE contiene una “cláusula de desconexión implícita” el tribunal acudió a la regla interpretativa del art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969 (*BOE*, 13-6-1980) (CVDT). De acuerdo a esta regla interpretativa el tribunal señaló que:

“437. (...) los términos del TCE son claros y no justifican una interpretación adicional que pueda llevar a añadir a este tratado una cláusula de desconexión implícita para disputas intra-UE.

438. En realidad, el Tribunal considera que las Partes Contratantes en el TCE no tenían ninguna necesidad pactar una cláusula desconexión, sea implícita o explícita. El papel de una cláusula de desconexión sería, en efecto, el de resolver un conflicto entre el TCE y el TFUE”.

El tribunal no consideró conveniente aplicar el razonamiento de un tribunal del CIADI en el caso *Electrabel c. Hungría* (caso CIADI núm. ARB/07/19, Decisión de 30 de noviembre de 2012, parte VII, párr. 4.191), puesto que en la presente disputa no se apreciaba contradicción alguna entre el TCE y el Derecho de la UE. Así, el tribunal arbitral sostuvo tajantemente que:

“438. (...) no existe ninguna norma de derecho de la UE que impida a Estados miembros de la UE resolver mediante arbitraje sus controversias con inversores de otros Estados miembros. Tampoco existe norma alguna de derecho de la UE que impida resolver a un tribunal arbitral aplicar el derecho de la UE para resolver semejante disputa”.

Como tercer argumento para demostrar que los conflictos intra-UE quedan al margen del arbitraje, España alegó que el art. 344 del TFUE establece la incompatibilidad del arbitraje entre inversores europeos y Estados miembros de la UE con el Derecho de la

Unión. El tribunal rechazó este amplio alcance otorgado por España al art. 344 del TFUE. Sobre esta cuestión el tribunal también fue rotundo al afirmar que:

“443. (...) (U)n Estado miembro pueda pactar convenios arbitrales en disputas que pueden implicar temas de derecho de la UE. Por fin, hoy en día es universalmente aceptado que un tribunal arbitral no solo tiene el poder, sino incluso el deber, de aplicar el derecho de la UE.

444. El alcance del artículo 344 no puede, por tanto, ser el de prohibir a los Estados someter cualquier disputa que pudiera implicar una interpretación de los tratados europeos a un procedimiento de resolución distinto de los previstos en el ordenamiento europeo. Como justamente plantea el tribunal del caso *Electrabel c. Hungría*, el alcance del artículo 344 del TFUE es más limitado. Se trata de garantizar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga la última palabra sobre la interpretación del derecho de la Unión para asegurar su interpretación uniforme (...).

445. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el tribunal del caso *Electrabel c. Hungría* también estimó relevante la Unión Europea firmó el TCE, aceptando pues la posibilidad de arbitrajes entre inversores y Estados Miembros bajo el artículo 26. Al respecto es relevante notar que el TCE no permite reservas”.

Esta consideración de la *ratio decidendi* de otros tribunales pone de relieve que la sectorialización, a la que contribuye el DI de las inversiones, puede abordarse como un problema técnico y controlarse aplicando criterios suministrados por los distintos tribunales arbitrales (*consistencia interna*) e, incluso, considerando como otros tribunales “externos” a este sector (por ejemplo, el TJUE) han resuelto una cuestión parecida en su jurisprudencia (*consistencia externa*).

El laudo dictado en el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB(AF)/11/2), se ocupó de resolver dos excepciones a la jurisdicción del tribunal. La primera excepción a la jurisdicción se refería a la *falta de notificación de la controversia y arreglo amistoso* en relación con las reclamaciones relativas a la rescisión del “Contrato de Operación Minera” (COM), dado que la demandante no cumplió con los requisitos de notificación y arreglo amistoso establecidos en el art. XII.2 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. Según Venezuela, después de la rescisión del COM, la demandante no buscó formas procurar un arreglo amistoso con respecto a la rescisión. En lugar de ello, trece días después de la rescisión, presentó su solicitud de arbitraje. Después de analizar el sistema de solución de controversias establecido en el art. XII del APPRI, el tribunal consideró que:

“449. Según el Tribunal, la pregunta es si, con arreglo al Artículo XII (1)-(2) del TBI, la rescisión del COM se vincula a la “controversia” respecto de la cual la Demandante envió su Notificación de la Controversia en el mes de noviembre de 2008 y respecto de la cual el Tribunal goza de jurisdicción. En otras palabras, ¿el Tribunal enfrenta dos controversias diferentes, que requerirían una nueva notificación de la controversia y un nuevo arreglo amistoso, o la evolución de la misma controversia?

450. El Tribunal considera que la consulta pertinente en estas circunstancias es si los desacuerdos en cuestión en los dos escenarios se relacionan con el mismo “objeto”. El Tribunal encuentra sustento para este enfoque en varias decisiones de tribunales internacionales (...).

(...)

452. En *Teinver c. Argentina*, el tribunal CIADI se enfrentó a una excepción similar. Allí, la cuestión consistía en determinar si “existe una relación lo suficientemente fuerte entre estos dos desacuerdos (entre las partes) de modo tal que las negociaciones respecto del primer desacuerdo basten para satisfacer (el requisito del período de enfriamiento de 6 meses)” contenido en el TBI aplicable. El tribunal sostuvo que “(l)a jurisprudencia internacional señala que el *objeto* de las negociaciones debe ser el mismo que el de la controversia planteada ante el tribunal”. La conclusión del tribunal fue que las dos “cuestiones” en los dos conjuntos de desacuerdos se “enc(ontraban) relacionadas hasta tal punto que compart(ía)n el objeto”.

453. En forma similar, el tribunal CIADI en *Swisslion c. Macedonia* concluyó que los hechos nuevos de los que la parte demandante se quejaba en su Memorial “están comprendidos en el objeto de la reclamación original, son admisibles como tales y pueden presentarse *sin requerir consultas adicionales entre las Partes*”.

454. A los ojos del Tribunal, no caben dudas de que las dos áreas principales de desacuerdo en cuestión en el marco del presente arbitraje (a saber, una vinculada a la denegación del Permiso y la otra vinculada a la rescisión del COM) se relacionan con la misma controversia puesto que tienen el mismo objeto. Ambos desacuerdos se refieren a un conflicto de opiniones jurídicas e intereses de las Partes en relación con la reclamación de Crystallex de explotar Las Cristinas, y los hechos subyacentes se relacionan con los efectos del COM.

(...)

455. En vista de esto, la Demandante entregó debidamente su Notificación de la Controversia en el mes de noviembre de 2008 y cumplió con el período de enfriamiento de 6 meses, conforme al Artículo XII(1)-(2) del TBI. En ese momento, las negociaciones no rindieron frutos. Puesto que la más reciente rescisión del COM se relacionaba con la controversia que había comenzado en el mes de abril de 2008, no era necesario que la Demandante entregara una nueva notificación de la controversia en el mes de febrero de 2011 ni que se iniciara un nuevo período de arreglo amistoso de seis meses, en tanto no había controversia (nueva) que notificar.

(...)

457. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal concluye que la Demandante cumplió con los requisitos jurisdiccionales del TBI en materia de notificación de la controversia y esfuerzos de arreglo amistoso establecidos en el Artículo XII (1)-(2) del TBI”.

De acuerdo con esta conclusión, el tribunal no analizó el argumento subsidiario según el cual hubiera sido inútil intentar nuevamente llegar a un arreglo amistoso.

La segunda excepción planteada se refería a la ausencia de jurisdicción con respecto a las reclamaciones contractuales. Según Venezuela, las alegaciones de la demandante relativas a la rescisión del COM eran reclamaciones contractuales no cubiertas por el APPRI, y que la demandante estaba tratando de elevar un supuesto incumplimiento contractual por parte de Corporación Venezolana de Guayana (la “CVG”), en “una reclamación bajo el tratado”. Sobre este aspecto, resaltó que el APPRI no contenía una “cláusula paraguas”. En su análisis el tribunal comenzó recordando que su jurisdicción se basaba en el art. XII del APPRI, según el cual la esfera de controversias que podían someterse a arbitraje se limitaba a los desacuerdos relativos a supuestos incumplimientos del propio Tratado:

“476. (...) En este caso, el Tribunal no puede encontrar en el expediente indicio alguno que sugiera que la Demandante ha disfrazado reclamaciones contractuales de reclamaciones en virtud de tratados. Por el contrario, el Tribunal considera que la Demandante ha establecido que sus reclamaciones en relación con el COM se basan fundamentalmente en el Tratado y, por consiguiente, se encuentran dentro de los parámetros de la jurisdicción *ratione materiae* definidos en el Artículo XII del TBI. A modo de ejemplo, con respecto a la expropiación, la Demandante ha alegado que la rescisión injustificada de un contrato sobre la base de una prerrogativa soberana es expropiatoria y que la supuesta “destrucción” de los derechos contractuales de la Demandante contenidos en el COM constituye una expropiación (...) Al Tribunal le queda claro que la Demandante no invoca violaciones contractuales de parte de Venezuela y no le solicita al Tribunal que juzgue si hubo *incumplimientos contractuales* en relación con el COM—ni podría hacerlo—.

(...)

478. La cuestión relativa al efecto de la Cláusula 19 del COM sobre la jurisdicción de este Tribunal se encuentra íntimamente relacionada con la cuestión relativa a la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones en virtud de tratados.

(...)

480. Tal como ya se ha aclarado, la Demandante no plantea ante este Tribunal reclamaciones vinculadas a la “ejecución” del COM, sino reclamaciones relativas a supuestos incumplimientos de las obligaciones internacionales asumidas por la Demandada a través de un tratado internacional (...). No obstante, una cláusula de jurisdicción exclusiva en relación con controversias relativas a posibles incumplimientos *contractuales*, como la Cláusula 19 del COM, no puede privar a un tribunal internacional de su jurisdicción con arreglo a un tratado internacional en relación con posibles incumplimientos de *tratados*. En otras palabras, un Tribunal CIADI (Mecanismo Complementario) tiene el deber de cumplir su cometido en virtud del TBI, esto es, pronunciarse respecto de reclamaciones en virtud de tratados de conformidad con el derecho internacional,

independientemente de una cláusula jurisdiccional de derecho interno relativa a la resolución de controversias de distinta naturaleza”.

481. Por último, el Tribunal aborda el argumento de la Demandada según el cual la Demandante renunció al “derecho a arbitrar reclamaciones relacionadas con [la rescisión del) Contrato según lo previsto en un tratado internacional de inversión” mediante la Cláusula 19 del COM. El Tribunal considera que, incluso si estuviera dispuesto a considerar que un inversor puede renunciar a través de un contrato a derechos contenidos en un tratado, tal renuncia tendría que formularse en términos claros y específicos (...).

(...)

482. En el caso que nos ocupa, no hay prueba alguna de que las Partes tuvieran la intención específica—mediante la Cláusula 19 del COM—de limitar la aplicación del TBI o los derechos procesales concedidos de conformidad con dicho Tratado. Tal como se explicará *supra*, la Cláusula 19 es una cláusula de jurisdicción exclusiva que, en sus propios términos, se circunscribe a controversias “que pudieran suscitarse con motivo de la ejecución de este contrato [COM]”. Dicha cláusula no hace mención alguna a los derechos de la Demandante en virtud del TBI, ni referencia alguna al TBI en términos generales ni al derecho de la Demandante a recurrir a arbitraje por la supuesta violación de tales derechos. Asimismo, el Tribunal tampoco considera que la referencia de la Cláusula 19 a los “Tribunales extranjeros” pueda privar a un tribunal internacional constituido con arreglo a un tratado internacional de su jurisdicción respecto de los supuestos incumplimientos de tratados ni encuentra indicios de que las Partes efectivamente contemplaran un conjunto de circunstancias semejante”.

En conclusión, el tribunal arbitral afirmó su jurisdicción para conocer de todas las reclamaciones en virtud del APPRI sometidas al mismo.

La decisión sobre jurisdicción dictada por un tribunal arbitral del CIADI en el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30), se ocupó de resolver distintas objeciones a la jurisdicción tribunal, la primera de las cuales se refería a que la controversia había surgido en el marco de relaciones de inversión intra-europeas. En efecto, en línea con los argumentos presentados en *Charanne y Construction Investments c. España*, España consideró que el TCE no se aplicaba a las controversias surgidas en el marco de relaciones de inversión intra-europeas. En su argumento España señaló que, al aplicar el DI, el tribunal debería acudir al art. 26.6 del TCE que requiere que las cuestiones en litigio serán resueltas “*con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*”. Lo que significa que el Derecho de la UE debe considerarse igualmente aplicable que el DI. En cambio, para los demandantes el art. 26.6 del TCE no favorecía una objeción a la jurisdicción respecto a las inversiones intra-europeas. Aunque los Tratados de la UE pueden calificarse como DI a los efectos del art. 26.6 del TCE, no es el caso del Derecho derivado, que esencialmente es equivalente al derecho interno. Además, desde la perspectiva del DI público, el Derecho de la UE no prevalece sobre el DI, aspecto que ha sido corroborado en la

práctica de otros tribunales que se han pronunciado sobre el TCE (párr. 63). Respecto a la jurisdicción del tribunal basada en la “supremacía” del Derecho de la UE sobre las normas del DI, el tribunal se pronunció de la siguiente manera:

“73. Nor does the Tribunal question that the EU law as a whole (primary and secondary rules together) must be considered as being part of international law outside the EU legal order.

74. However, this Tribunal has been established by a specific treaty, the ECT, which binds both the EU and its Member States on the one hand and non-EU States on the other hand. As for the latter, EU law is *res inter alios acta* and it cannot be upheld that, by ratifying the ECT, those non-EU States have accepted the EU law as prevailing over the ECT. The ECT is the “constitution” of the Tribunal (...).

75. Therefore, in case of any contradiction between the ECT and EU law, the Tribunal would have to insure the full application of its “constitutional” instrument, upon which its jurisdiction is founded. This conclusion is all the more compelling given that Article 16 of the ECT expressly stipulates the relationship between the ECT and other agreements – from which there is no reason to distinguish EU law. It follows from this that, if there must be a “hierarchy” between the norms to be applied by the Tribunal, it must be determined from the perspective of public international law, not of EU law. Therefore, the ECT prevails over any other norm (apart from those of *ius cogens* – but this is not an issue in the present case). In this respect, this Tribunal fully agrees with the position of the tribunal in *Electrabel*.

76. This being said, and contrary to the position of the *Electrabel* tribunal, the present Tribunal is of the opinion that, to the extent possible, in case two treaties are, equally or unequally, applicable, they must be interpreted in such a way as not to contradict each other. Such a canon of interpretation is not different from that taken by the CJEC, which held that “[w]hen the wording of secondary Community legislation is open to more than one interpretation, preference should be given as far as possible to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty [...] Similarly, the primacy of international agreements concluded by the Community over provisions of secondary Community legislation means that such provisions must, so far as is possible, be interpreted in a manner that is consistent with those agreements” (...). As observed by the tribunal in *Electrabel*, “it would have made no sense for the European Union to promote and subscribe to the ECT if that had meant entering into obligations inconsistent with EU law”. That observation is consistent with Article 207(3) TFEU, which requires the Council and the Commission to ensure that “the agreements negotiated are compatible with internal Union policies and rules”.

En relación con el posible conflicto entre los arts. 26 del TCE y 344 del TFUE el tribunal señaló que cada una de estas disposiciones se refería a diferentes tipos de controversias, por lo que no existía un conflicto entre ambos preceptos:

“80. The settled opinions of other tribunals endorse the view that it cannot be reasonably maintained that Article 344 TFEU sets up an “interpretative monopoly” in favour of the EUCJ. International tribunals have convincingly shown that there

exist a number of contexts where other judicial or arbitral bodies can and are called upon to interpret and apply EU law”.

Otro de los argumentos planteados por España se refería a la existencia de una “*cláusula de desconexión implícita*” contenida en el art. 26 TCE, que aseguraría la aplicación del Derecho de la UE entre los Estados miembros. Pero el tribunal consideró que el art. 26 del TCE no la incluye:

“81. The Tribunal is also not convinced by the Respondent’s argument about the existence of an “implicit disconnection clause” in Article 26.

82. The purpose of a disconnection clause is to make clear that EU Member States will apply EU law in their relations inter se rather than the convention in which it is inserted. Absent such a clause in a multilateral treaty, it is intended to be integrally applied by the EU and its Member States. It has not been challenged that no such clause has been included in the ECT. According to the Respondent, the inclusion of such a clause would be meaningless when “the envisaged agreement covers areas in which there has been total harmonisation”. In the Tribunal’s view, given that there is no disharmony or conflict between the ECT and EU, as noted above, there was simply no need for a disconnection clause, implicit or explicit”.

Este razonamiento de un tribunal CIADI en relación con la no inclusión de una “cláusula de desconexión” en el TCE, coincide con el realizado por el órgano arbitral que resolvió el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012), al afirmar que:

“438. En realidad, el Tribunal considera que las Partes Contratantes en el TCE no tenían ninguna necesidad de pactar una cláusula de desconexión, sea implícita o explícita. El papel de una cláusula de desconexión sería, en efecto, el de resolver un conflicto entre el TCE y el TFUE. Sin embargo, no existe ningún conflicto entre los dos tratados. Como se ha dicho en apartados anteriores del presente laudo, la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre una demanda presentada por un inversor de un país miembro de la UE contra otro país miembro de la UE con base en el carácter supuestamente ilícito de actuaciones realizadas en el ejercicio de su soberanía nacional es perfectamente compatible con la participación de la UE como ORJE en el TCE. Y como veremos en sucesivos apartados del presente laudo, no existe ninguna norma de derecho de la UE que impida a Estados Miembros de la UE resolver mediante arbitraje sus controversias con inversores de otros Estados Miembros. Tampoco existe norma alguna de derecho de la UE que impida a un tribunal arbitral aplicar el derecho de la UE para resolver semejante disputa”.

En efecto, de acuerdo con el razonamiento en el caso *Charanne*, el tribunal del caso *RREEF Infrastructure* señaló que:

“85. This follows from the basic public international law principle of pacta sunt servanda. If one or more parties to a treaty wish to exclude the application of that treaty in certain respect or circumstances, they must either make a reservation (excluded in the present case by Article 46 of the ECT) or include an unequivocal

disconnection clause in the treaty itself. The attempt to construe an implicit clause into Article 26 of the ECT is untenable, given that that article already contains express exceptions to the “unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article” that had been agreed amongst the States Party”.

86. Lastly, to recognize the existence of an implicit disconnection clause in Article 26 of the ECT would put into question the function of explicit disconnection clauses when they exist. Moreover, the absence of an explicit disconnection clause in the ECT would naturally lead to the inevitable conclusion that, when negotiating the ECT, the EU considered that there were and would be no inconsistencies between both *juris corpores* and therefore such a clause would have been otiose.

87. The Tribunal observes, however, that should it ever be determined that there existed an inconsistency between the ECT and EU law – *quod non* in the present case – and absent any possibility to reconcile both rules through interpretation, the unqualified obligation in public international law of any arbitration tribunal constituted under the ECT would be to apply the former. This would be the case even were this to be the source of possible detriment to EU law. EU law does not and cannot “trump” public international law”.

Por último, España formuló otra objeción a la jurisdicción basada en que las demandantes no habían observado el requerimiento previsto en el art. 26 del TCE relativo a la notificación de la disputa con el fin de alcanzar una solución amistosa; ni tampoco cumplieron con el “período de enfriamiento” de tres meses antes de someter la controversia a arbitraje en relación con tres medidas legislativas concretas adoptadas por el Gobierno de España, a saber: 1) “Ley 24/2013, de 26 de Diciembre de 2013, sobre el Sector Eléctrico”; 2) “Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos de 6 de junio de 2014, regulador de la producción eléctrica a través de fuentes de energía renovables”; 3) “Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio de 2014, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción eléctrica a partir de fuentes de energía renovables”. Por su parte, las demandantes sostenían que el cumplimiento del “período de enfriamiento” no es un requisito al consentimiento al arbitraje previsto en el art. 26.3 del TCE. En relación con el cumplimiento de ambos requerimientos respecto con las tres medidas legislativas mencionadas el tribunal concluyó que:

“225. The Claimants stress that this fifth objection “is a question of admissibility, not Jurisdiction” and that “[a]s a question of admissibility, the Tribunal cannot refuse to exercise jurisdiction on this basis”. The Tribunal agrees on the first proposition: such an objection bears upon the admissibility of the claim, not on the jurisdiction (or competence) of the Tribunal to deal with it. However, the consequence of an inadmissible submission precisely is that the court or tribunal seized cannot exercise jurisdiction in respect of it – with, it is true, a significant difference when compared with a finding that it has no jurisdiction: when the circumstances at the origin of the inadmissibility of the claim have changed, it can

be submitted anew and the court or tribunal concerned may exercise jurisdiction on the new claim (...).”

El laudo parcial sobre jurisdicción dictado el 15-7-2016 por un tribunal arbitral en el caso *The Renco Group, Inc. c. Perú* (caso CIADI nº UNCT/13/1) analizó la excepción a la jurisdicción planteada por Perú a resultas del supuesto incumplimiento por parte de la demandante en cuanto al requisito contemplado en el art. 10.18.2 del Acuerdo de Protección Comercial, que dispone que, iniciado el arbitraje internacional, un inversionista renuncia al derecho de iniciar o continuar, ante cualquier tribunal administrativo o judicial nacional. Perú argumentó que la demandante no había cumplido con lo establecido en el acuerdo de inversión al haber incluido una “reserva de derechos”, mediante la cual pretendía reservarse su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo en caso de que el tribunal desestimara cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. El órgano arbitral señaló que:

“73. (...) el acuerdo de arbitraje quedará conformado en virtud del Tratado *sólo* si el inversionista satisface los requisitos de *formalidad* y *sustancialidad* de la renuncia contemplados en el Artículo 10.18(2)(b). Esto es así porque el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye una condición y una limitación respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje. El Artículo 10.18(2) contiene los términos respecto de los cuales la oferta de arbitraje no negociable de Perú puede ser aceptada por un inversionista. Por consiguiente, el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye un prerrequisito fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la jurisdicción del Tribunal.

74. En virtud del cumplimiento con el requisito de *formalidad*, la renuncia del inversionista debe ser formulada por escrito y debe ser “clara, explícita y terminante”.

(...)

79. En opinión del Tribunal, las reiteradas referencias a la palabra “cualquier” en el Artículo 10.18 demuestra que la renuncia del inversionista debe ser abarcativa: no se permiten las renunciaciones calificadas de cualquier forma.

80. Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este Tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad.

81. En opinión del Tribunal, esta calificación no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b). La única excepción explícita al requisito de la renuncia establecida en el Artículo 10.18(2)(b) está prevista para los procedimientos que procuren una “medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado” (Artículo 10.18(3)). No existe discusión respecto a que esta excepción no resulta de aplicación en el caso que nos ocupa.

82. A juicio entendido de este Tribunal, el término “cualquier actuación” del Artículo 10.18(2)(b) debe ser interpretado como que contempla procedimientos que se “inician o continúan”, o que se puedan “iniciar o continuar”, ya sea: (a) En el momento en que se presenta la notificación de arbitraje; (b) Durante la tramitación del arbitraje; y/o (c) Una vez concluido el arbitraje, independientemente de que las reclamaciones del inversionista sean desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, o sobre el fondo del litigio.

83. El Tribunal considera que esta interpretación surge claramente del sentido corriente de los términos “cualquier actuación” del Artículo 10.18(2)(b) (...). ”.

A continuación, el tribunal procedió a abordar el *objeto y propósito* del art. 10.18.2.b) del acuerdo, concordando con las partes que su objeto y propósito consiste en proteger al Estado demandado para que no litigue en múltiples procedimientos y en diversos foros sobre la misma medida, minimizando el riesgo de doble compensación y de decisiones inconsistentes pronunciadas por distintos tribunales:

“87. El Tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial. El hecho de que un conjunto de procedimientos concluya y otro comience a continuación puede ser justamente tan perjudicial para el Estado demandado como dos conjuntos de procedimientos que tramiten de forma paralela.

88. Asimismo, el argumento de Renco ignora la posibilidad de que sólo algunas de sus pretensiones puedan ser desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. En el supuesto de que Renco luego decida litigar las pretensiones desestimadas ante un tribunal o corte local, al tiempo que procure tramitar de forma simultánea las restantes pretensiones ante este Tribunal, Perú se vería obligada a litigar procedimientos concurrentes ante una corte local y ante este Tribunal. En este escenario, el Estado demandado enfrentaría una multiplicidad de procedimientos (...). ”.

Asimismo, Perú sostenía que la reserva de derechos de la demandante resultaba incompatible con la estructura “sin vuelta atrás” del art. 10.18.2.b). Dicha disposición permitiría que los inversionistas pudieran valorar si activan posibles recursos internos del Estado receptor antes de presentar la notificación de arbitraje. Por el contrario, la demandante sostenía que el inversionista no podía realizar una “vuelta atrás” una vez reciba la decisión arbitral sobre el fondo si bien, en tanto se llegaba a dicha fase, el inversionista sí podría interponer reclamaciones que fueran desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad ante los tribunales locales:

“96. El Tribunal acepta el argumento de Perú y de Estados Unidos respecto de que el Artículo 10.18(2)(b) constituye una disposición “sin vuelta atrás” cuya intención es proporcionar flexibilidad al permitir recurrir a otros foros hasta una cierta instancia y, seguramente, al prohibir todo otro ulterior recurso. En particular, impide que el inversionista recurra a los tribunales judiciales locales luego de haber sometido las reclamaciones a arbitraje. La reserva de derechos de Renco es incompatible con esta estructura “sin vuelta atrás” debido a que procura reservar el

derecho de Renco de iniciar procedimientos ulteriores en los tribunales judiciales locales y realizar precisamente la “vuelta atrás” que la propia concepción del Artículo 10.18(2)(b) prohíbe.”

97. El fundamento de esta interpretación del Artículo 10.18(2)(b) puede inferirse de la decisión del tribunal de arbitraje en *Waste Management II*. Un tribunal de arbitraje anterior constituido conforme al TLCAN sostuvo que la renuncia original de la demandante era inválida ya que tenía la intención de excluir ciertos procedimientos de su alcance en virtud del cual la demandante había proseguido el litigio ante los tribunales judiciales locales. Luego, la demandante interpuso un nuevo procedimiento de conformidad con el TLCAN, acompañado por la inequívoca renuncia a los procedimientos locales. El Estado demandado argumentó que el primer procedimiento infructuoso en virtud del TLCAN impidió que la demandante incoara toda otra reclamación futura respecto de las medidas alegadas de que se había violado el TLCAN.

(...)

99. El Artículo 1121 del TLCAN está redactado en términos similares a los del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado. El Tribunal se muestra satisfecho dado que el Artículo 10.18(2)(b) debería recibir la misma interpretación. Una vez que se concedió la renuncia conforme al Artículo 10.18(2)(b), dicha renuncia es irrevocable. La demandante no puede, a partir de ese momento, “iniciar” ningún procedimiento ulterior en el foro local respecto de la misma medida. La renuncia que dispone el Artículo 10.18(2)(b) tiene la intención de operar como una renuncia “definitiva” de todos los derechos de incoar reclamaciones en el foro local independientemente del resultado del arbitraje (y de si la reclamación fue desestimada por causales jurisdiccionales o de admisibilidad o sobre el fondo del litigio).

(...)

119. Por los motivos expresados *supra*, el Tribunal concluye que Renco no ha dado cumplimiento al requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia que acompaña a su Notificación de Arbitraje Modificada ya que: (a) La reserva de derechos no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b); (b) La reserva de derechos menoscaba el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b); (c) La reserva de derechos es incompatible con la estructura “sin vuelta atrás” del Artículo 10.18(2)(b); y (d) La reserva de derechos no es superflua”.

Como consecuencia del incumplimiento del art. 10.18.2.b), Perú argumentó que se debían desestimar las reclamaciones por falta de jurisdicción. Por el contrario, la demandante sostuvo que era la objeción relativa a la renuncia planteada por Perú la que debería ser desestimada. Entre la gama de argumentos en contra de la desestimación de las reclamaciones, el tribunal ponderó si se le debería permitir a la demandante “subsana su renuncia”, viciada al retirar la reserva de derechos:

“140. En el presente caso, el Artículo 10.18(2) del Tratado establece que “[n]inguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a

menos que... la notificación de arbitraje esté acompañada ... de la renuncia por escrito del demandante”. Por consiguiente, pareciera que la redacción del Artículo 10.18(2) es mucho más explícita que la del Artículo 1121 del TLCAN.

141. De hecho, Perú destaca que, desde la publicación del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004, los Estados Unidos han modificado el texto relativo a la renuncia en sus tratados, incluido el Artículo 10.18(2) del Tratado y en el DR-CAFTA, de modo tal que establezca expresamente que la renuncia debe acompañar “la notificación de arbitraje”. Asimismo, el título de la disposición sobre renuncia también fue modificado al incluir en el título del Artículo 10.18 del Tratado (como así también en las disposiciones equivalentes del DR-CAFTA y del TBI Modelo de EE.UU.) el término “el consentimiento”.

142. Consecuentemente, el Tribunal está obligado a concluir que la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al “consentimiento” del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal (...).”

(...)

157. El Tribunal se enfrenta a un conflicto evidente entre la interpretación del Artículo 10.18 adoptada por los Estados Unidos y Perú y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal como lo evidencia la doctrina del caso *Mavrommatis*. Luego de analizar cuidadosamente la cuestión, el Tribunal se ve limitado a concluir que la redacción clara y expresa del Artículo 10.18 del Tratado, así como su objeto y su fin, establece una *lex specialis* que debe prevalecer sobre la doctrina *Mavrommatis* o, en cualquier caso, impide su aplicación.

158. En virtud del Artículo 10.18, la presentación de una renuncia válida constituye una condición y limitación del consentimiento de Perú al arbitraje. Ello representa una condición previa a la existencia inicial de un acuerdo de arbitraje válido y, en tal carácter, conlleva a una clara cuestión temporal: si no se presenta una renuncia válida junto con la notificación de arbitraje, la oferta de arbitraje de Perú no ha sido aceptada; no existe un acuerdo de arbitraje; y el Tribunal carece de toda autoridad.”

(...)

160. Por lo tanto, en virtud de todas las razones expuestas *supra*, el Tribunal ha concluido que Renco no puede subsanar unilateralmente su renuncia viciada al retirar la reserva de derechos”.

Por último, la demandante sostuvo que Perú había cometido un “abuso de derecho” respecto al planteamiento tardío de la objeción a la renuncia, pues en realidad no sufrió ningún perjuicio derivado de la reserva de derechos. Sobre este expediente el tribunal señaló que:

“187. [...] A la fecha, Perú no ha sufrido ningún perjuicio sustancial como resultado de la reserva de derechos de la renuncia de Renco. Sin embargo, Renco

sufriría un perjuicio sustancial si Perú afirmara en un proceso de arbitraje que las reclamaciones de Renco han prescrito en virtud del Artículo 10.18(1).

“188. Si bien este Tribunal no puede evitar que Perú ejerza en el futuro lo que entonces considere sus derechos legítimos, el Tribunal puede advertir a Perú, y así lo hace, para que tenga en cuenta, en caso de que se planteara ese escenario, la afirmación de Renco de que la conducta de Perú respecto del planteo tardío de la objeción a la renuncia constituye un abuso de derecho. En la opinión unánime del Tribunal, la justicia se vería satisfecha si Perú aceptara que el plazo de prescripción dejó de correr, a los efectos del Artículo 10.18 (1), en el momento en que Renco presentó su Notificación de Arbitraje Modificada el día 9 de agosto de 2011.

189. Se desprende de las determinaciones del Tribunal en esta sección del Laudo Parcial que Renco no ha logrado satisfacer los requisitos para que Perú preste su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado. Por ende, las reclamaciones de Renco deben ser desestimadas por falta de jurisdicción”.

El laudo emitido en *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/5), tuvo como objeto resolver tres objeciones a la jurisdicción del tribunal presentadas por Venezuela. Una objeción se refería a que el tribunal no tenía jurisdicción conforme al Mecanismo Complementario del CIADI. Venezuela afirmó que en un caso sometido al amparo del Mecanismo Complementario, el Estado Parte en el arbitraje o el Estado de la nacionalidad del inversionista debía ser un Estado Contratante del CIADI. Si ninguno de los Estados era un Estado contratante, el arbitraje no podía continuar en este foro. En su análisis el tribunal se pronunció sobre esta objeción de la siguiente forma:

“257. Rusoro opted to submit this dispute to the AF Rules, because at the relevant time Canada was not a party to the Convention (although it eventually acceded in 2013) and consequently arbitration under the ICSID Convention was not possible.

258. Respondent’s jurisdictional objection challenges Rusoro’s decision and submits that the appropriate venue should have been an UNCITRAL arbitration. Venezuela argues that it denounced the Convention effective as of 25 July 2012, while ICSID only registered the case thereafter, on the Date of Registration, 1 August 2012, when neither Canada nor Venezuela were parties to the Convention. The Bolivarian Republic contends that at that time no jurisdiction was available under the AF Rules, which require that at least one of the affected States be a party to the Convention. Venezuela asserts that, given the unavailability of the AF Rules, Rusoro should have initiated UNCITRAL arbitration.

260. In essence, the dispute between Rusoro and the Bolivarian Republic comes down to the following question: which is the relevant date for meeting the requirement that at least one State be a party to the ICSID Convention? Rusoro argues that the relevant date is the Date of Request, while Venezuela avers that it is the Date of Registration.

261. The Tribunal unhesitatingly sides with Rusoro”.

(...)

264. In the present case, on the Date of Request, and together with the filing of its Request for Arbitration, Rusoro asked the Secretary-General of ICSID for her approval to administer the arbitration under the AF Rules. On the Date of Registration, the Secretary-General gave her approval to the use of the AF Rules, and the arbitration was registered.

265. In reaching her decision to grant the authorization, the Secretary-General concluded that the two requirements set forth in Art. 4(2) of the AF Rules had been complied with. The Tribunal sees no reason to disagree with the Secretary-General's decision:

266. (i) Art. 4(2)(a) requires that the dispute must arise directly from an investment (which is undisputed) and that "at the time" one of the two relevant States must be a party to the Convention. The Tribunal agrees with the Secretary-General that "at the time" can only refer to the time when the request for authorization was filed and not to the date when the authorization is granted. This derives from the plain language of the provision (...).

268. (ii) The Secretary-General also came to the conclusion that the requirement under Art. 4(2)(b) of the AF Rules had been met – a conclusion confirmed by Art. XII.4 of the Treaty, which foresees that if Canada and Venezuela both become parties to the ICSID Convention, any investment dispute will be submitted to ICSID arbitration (and not to AF arbitration)".

Asimismo, el tribunal se pronunció respecto a la imposibilidad de acudir a un arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI (argumento sostenido por Venezuela), en el entendido de que:

"269. The Secretary-General's decision not only made AF arbitration available for adjudicating the present dispute, but it also provoked a second consequence: it precluded the possibility of resorting to an UNCITRAL arbitration, because Art. XII.4 of the Treaty only permits that an investor submit a dispute to UNCITRAL arbitration "in case neither [ICSID or AF arbitration] is available". If, as happened in this case, authorization has been granted to access AF arbitration, UNCITRAL arbitration becomes unavailable.

270. Venezuela's averment that in the present case Claimant should have accessed UNCITRAL arbitration is a legal impossibility: once the decision of the Secretary General has made AF arbitration available, Art. XII.4 of the Treaty precludes the possibility of resorting to the UNCITRAL procedure.

271. This line of reasoning was forcefully and successfully argued by Venezuela in *Nova Scotia*, a case where the positions were reversed: the Canadian investor had filed an arbitration against Venezuela under the UNCITRAL rules, not under the AF, in the wrong understanding that AF arbitration was not available. The Bolivarian Republic successfully challenged the jurisdiction of the UNCITRAL tribunal, with the reasoning that the investor should have requested authorization to access AF arbitration, and that, if the investor had done so, AF arbitration would have been available. In that case, Venezuela accepted that the relevant date for assessing the availability of the AF was that of submission of the request.

272. If Rusoro had started an UNCITRAL arbitration (as Respondent now avers that Claimant should have done), and not proceedings under the AF, the Bolivarian Republic could have challenged the jurisdiction of the UNCITRAL tribunal, arguing that as of the Date of Request Venezuela was still a party to the Convention, and that consequently AF arbitration was available. If the new UNCITRAL tribunal adopted the Nova Scotia doctrine, the Bolivarian Republic would have prevailed.

273. The position which Venezuela now adopts in this arbitration is contrary to that assumed in Nova Scotia, and represents an unacceptable volte-face”.

El laudo dictado por un tribunal del CIADI en el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/26), se ocupó de resolver las cuestiones sobre jurisdicción y admisibilidad en relación con la demanda reconvenicional presentada por Argentina. Para las demandantes, el tribunal debía rechazar su jurisdicción sobre la reconvenición en atención a varios argumentos. En primer lugar, las normas de procedimiento acordadas por las partes y que formaban parte de su Acuerdo de 16-12-2009, no contenían referencias a una reconvenición. En segundo lugar, los argumentos de Argentina se basaba en una supuesta falta de inversión en la Concesión. En cuanto a las violaciones supuestamente cometidas por las demandantes, la demandada se refirió a ciertos principios generales y derechos humanos, sin explicar cómo supuestamente se infringieron.

Asimismo, aunque el art. 46 del Convenio CIADI prevé la posibilidad de plantear una demanda reconvenicional, dicha disposición no confiere, por sí misma, al tribunal arbitral la competencia sobre la reconvenición. Los requisitos de jurisdicción y competencia que se deben satisfacer están establecidos en otras disposiciones, como el art. 25 del Convenio CIADI y el APPRI aplicable. Argentina sostenía que, en virtud del art. 46 del Convenio CIADI, los tribunales arbitrales tienen la obligación de conocer una demanda reconvenicional siempre que se derive directamente del objeto de la controversia, al estar dentro del alcance de la jurisdicción del CIADI. De acuerdo al art. X.5 del APPRI, la demanda reconvenicional debe ser resuelta sobre la base del APPRI, el derecho argentino y los principios generales del DI. En su opinión, la reconvenición se basaba en el daño sufrido por Argentina como resultado de la administración de la concesión por parte de los demandantes, debido principalmente a la falta de inversiones comprometidas. Por tanto, existía una relación directa entre la demanda y la reconvenición. En definitiva, las alegaciones presentadas por las demandantes y la reconvenición se basaban en la misma controversia y podrían ser resueltas por el tribunal arbitral en el mismo procedimiento.

En su respuesta, el tribunal se pronunció sobre la asimétrica naturaleza de los APPRI, argumento defendido por las demandantes, que impediría que el Estado receptor invoque un derecho basado en dicho tratado, incluso mediante la presentación de una demanda reconvenicional:

“1143. (...) The Tribunal finds that this submission conflicts with the simple wording of the dispute resolution provisions of Article X of the BIT invoked in the instant case. Indeed, Article X (1) provides: “1. Disputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute.”

This provision is completely neutral as to the identity of the claimant or respondent in an investment dispute arising “between the parties.” It does not indicate that a State Party could not sue an investor in relation to a dispute concerning an investment. Article X(2) further states that when no settlement had been reached within six months from the date “on which one of the parties to the dispute” instigated it, “it shall, at the request of either party,” be submitted to the competent tribunals of the host State – again without making any distinction depending on whether the investor or the host State may be “one of the parties” or “either party.” This view is confirmed in Article X(3), stating that in certain circumstances the dispute may be submitted to an international arbitral tribunal “at the request of either party to the dispute.” It results clearly from these provisions that either the investor or the host State can be a party submitting a dispute in connection with an investment to arbitration. Arbitral decisions invoked by Claimants when arguing that counterclaims are generally dismissed in actual practice are all based either on more narrowly drafted arbitration clauses or on a lack of close connection of counterclaims based on domestic law.

1144. It further follows from the dual possibility to initiate an arbitration that the BIT does include in the dispute resolution mechanisms retained in Article X the hypothesis of a counterclaim, provided that the requirements defined by the provisions governing such mechanism are met. Indeed, when both parties are entitled to lodge a claim, it cannot happen that in acting first one party could prevent the other from raising its claim. This can be avoided only by admitting the possibility of a counterclaim.

1145. Claimants admit that the Spain-Argentina BIT does not lay down *ratione personae* restrictions on who may bring a claim or expressly limit such claims to a violation of the BIT’s own provisions. This only means that the State parties did not restrict their offer to arbitrate (...).

1146. The Tribunal notes that Claimants admit that their acceptance did not comprise any specific exclusion of potential counterclaims by the respondent State. There had never been the slightest concern expressed in that regard. Therefore, it cannot be assumed that the exclusion of a counterclaim on part of the Argentine Republic had not been made one of the purposes of Claimants’ acceptance of international arbitration. Claimants’ declaration observes complete silence on the issue that has not been addressed, neither explicitly nor implicitly. Moreover, it would seem surprising to give effect to the contradiction appearing in Claimants’ position: when Claimants accept that Article X of the BIT retains a right for the Argentine Republic to raise a claim against the investor, how could it be possible to also admit that Claimants would be entitled to render this right nonexistent merely by restricting their acceptance of arbitration to their own claims?

1147. More importantly, Article X(4) of the BIT offers submission of “disputes between the parties within the meaning of this article” either to an ICSID arbitral proceeding or to an ad hoc UNCITRAL arbitral tribunal. There is no indication given that such submission, including its offer and its acceptance, could be split into parts of the dispute based on the origin *ratione personae* of claims or on the basis of other criteria of delimitation. This was certainly not the Contracting Parties’ intention when referring to UNCITRAL arbitration which comprises Respondent’s right to submit a counterclaim. Article 46 of the ICSID Convention cannot be understood otherwise. When allowing additional or counterclaims to be raised “within the scope of the consent of the parties,” this provision does not open the door for any unilateral determination of the Tribunal’s competence. The consent given by Claimants on the basis of Article X of the BIT, which has been invoked by them as basis of this proceeding, covers all disputes in connection with investments within the meaning of the BIT, exactly as the scope of the Argentine Republic’s offer to arbitrate has been defined in the very same provision. Even if it is argued that Claimants’ acceptance was more restricted in its scope than the Argentine Republic’s offer to arbitrate contained in Article X of the BIT, the appropriate conclusion would have been that no agreement had been concluded between the Parties.

(...)

1149. Claimants also advance that Respondent failed to comply with the preliminary steps for negotiation and submission to the jurisdiction of local courts as provided in Article X(1) and (2) of the BIT. The position needs not to be explained in all parts of its absurdity. When Claimants had chosen to submit to ICSID arbitration, what would be the reason for requesting Respondent to suggest, and to submit to, a prior attempt for settlement, deferring the submission of any of its claim until after the six months term had elapsed? What would have been the purpose of requiring submission of the Argentine Republic to domestic jurisdiction under Article X(2) when Claimants had failed to do so and did successfully argue before this Tribunal that this provision was not pertinent? How should the Tribunal understand Claimants’ complaint that Respondent had not submitted to the procedure provided for in Article X(1) and (2) of the BIT, thus waiting a cumulative period of two years before being permitted to start arbitration, when in the same move, Claimants criticize Respondent heavily for not having raised its claims as soon as Claimants submitted to arbitration?

1150. The Tribunal therefore finds that the BIT accepts a possibility for Respondent to raise a counterclaim in the instant case. It understands Claimants’ surprise that such claim was raised many years after they had given notice of a dispute and that Respondent did not reveal even a hypothesis of such initiative when the Parties agreed upon a set of procedural rules governing this proceeding in preparation of the Tribunal’s first session. Nonetheless, such surprise and disappointment has no legal effect given the provision of Arbitration Rule 40(2) permitting submission of a counterclaim no later than in the counter-memorial. The Parties had not agreed on any waiver of this procedural right nor did they agree on another time factor. The Tribunal accepts therefore that Respondent’s Counterclaim was filed on time in compliance with Arbitration Rule 40(2). It does not share either Claimants’ view that the late submission of this claim, or the fact

that no similar claim was raised by the Argentine Republic in the Impregilo case, had to be understood somehow as a clear sign of its “completely unfounded nature.”

1151. One of Claimants’ main objections is that Respondent’s Counterclaim has no connection with Claimants’ claims under the BIT. The Tribunal observes that the factual link between the two claims is manifest. Both the principal claim and the claim opposed to it are based on the same investment, or the alleged lack of sufficient investment, in relation to the same Concession. This would be sufficient to adopt jurisdiction over the Counterclaim as well. The legal connection is also established to the extent the Counterclaim is not alleged as a matter based on domestic law only. Respondent argues indeed that Claimants’ failure to provide the necessary investments caused a violation of the fundamental right for access to water, which was the very purpose of the investment agreed upon in the Regulatory Framework and the Concession Contract and embodied in the protection scheme of the BIT. It would be wholly inconsistent to rule on Claimants’ claim in relation to their investment in one sense and to have a separate proceeding where compliance with the commitment for funding may be ruled upon in a different way. Reasonable administration of justice cannot tolerate such a potential inconsistent outcome”.

(...)

1153. The Tribunal’s finding is different. As stated above, Article X of the BIT provides for a possibility of a host State submitting a claim or a counterclaim to international arbitration. Therefore, when seized with such a claim, the Tribunal must assume its competence provided that Respondent submits a claim based prima facie on a dispute relating to an investment covered by the BIT and to facts that if established as alleged may constitute violations of rights and obligations that are within the scope of the arbitration agreement governed by Article X (...).

1154. The Tribunal adopts the same distinction in respect of the scope of an arbitration governed by Article X of the BIT. Claimants argue in particular that any claim brought before this Tribunal through the Counterclaim on the basis of an alleged violation of human rights is outside the Tribunal’s competence. The Tribunal admits that such argument is not sufficient to go so far as excluding on a simple prima facie basis any such claim as if it could not imply a dispute relating to an investment.

1155. In light of the reasons given above, the Tribunal concludes that it has jurisdiction to deal with Respondent’s Counterclaim in accordance with Articles 25 and 46 of the ICSID Convention and Article X of the BIT, and that this claim is admissible to be examined on the merits”.

2. La jurisdicción *rationae materiae* y *rationae personae*: el concepto de inversión extranjera y la nacionalidad del inversor

El laudo dictado en el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI nº ARB/12/17), permitió al árbitro único resolver algunas cuestiones de jurisdicción planteadas por España, tras decidir la bifurcación del procedimiento. En primer lugar, tuvo que pronunciarse sobre condiciones establecidas

en el art. 25 del Convenio CIADI y el art. I del APPRI celebrado entre España y Venezuela para calificar a un demandante como “inversor” protegido. En su análisis entendió que, para determinar si el CIADI tiene jurisdicción y el tribunal competencia sobre la controversia, su consideración debía hacerse de acuerdo a las siguientes normas básicas el art. 25 del Convenio CIADI y los arts. I y XI del APPRI:

“27. Es claro que el Reino de España califica como “Estado Contratante”, de conformidad con lo establecido en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y que España suscribió el TBI con Venezuela (...).

(...)

28. (...) a juicio del Tribunal (...), IGB e IGB18 cumplen con las condiciones necesarias para ser considerados “inversores”, de acuerdo con el Artículo I del TBI. En función de lo expuesto, el tribunal resolvió rechazar las excepciones a la jurisdicción afirmando la jurisdicción del CIADI para conocer la controversia.

(...)

32. En este caso, las Partes reconocen que las Demandantes son personas jurídicas constituidas y domiciliadas en España, una de las “Partes Contratantes” del TBI. Sobre esto no hay controversia. Es innegable, además, que España es parte del Tratado y, consecuentemente, la primera condición se tiene por acreditada.

(...)

34. Luego de analizar los argumentos expuestos por las Partes y la prueba aportada por ellas, el Tribunal considera que no hay duda de que (...) controla, efectivamente, a las Demandantes. Esto se evidencia en el hecho de que ella es propietaria del 99,8% de las acciones de IGB la cual, a su vez, es dueña del 99,8% de las acciones de IGB18.

35. La mera tenencia directa de un porcentaje tan alto de las acciones de IGB y, por medio de esta, de las de IGB 18, es en opinión del suscrito una muestra clara de control. Además, el hecho de que (...) sea la única facultada para designar los directores de ambas empresas y quien puede determinar y dirigir las operaciones de las Demandantes convence a este Árbitro de que en este caso se cumple plenamente el requisito del elemento de “control efectivo” que el Artículo I del Tratado requiere.

36. El Tribunal considera, además, lo siguiente: existen elementos suficientes para tener por demostrado que, aunque (...) vive en España, tiene y ejerce los derechos que le corresponden como ciudadana de Venezuela. En este sentido ella es, para los efectos del Artículo 25(2)(a) del Convenio del CIADI, un nacional “de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia” y, por ello, se cumple también con lo preceptuado en ese artículo.

37. Según lo expuesto, el suscrito árbitro considera que (...) es ciudadana venezolana y como tal califica como extranjera para los efectos de lo establecido en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y que, además, ella controla,

efectivamente, tanto a IGB como a IGB18. Queda ahora por analizar si esa señora, IGB e IGB18 están comprendidas en el concepto de “inversor”, según lo establecido por el Artículo I del TBI.

(...)

40. La tesis de España parte del supuesto de que para los efectos de calificar como “inversor”, según lo establecido en el Artículo I del TBI, es indispensable que la inversión se haya hecho directamente por quien pretende que se le reconozca esa inversión. El suscrito no comparte esa posición. Contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, no hay en el Artículo I del Tratado nada que limite el concepto de “inversión” a una inversión directa. Según se explicó en los párrafos precedentes, la connotación que el TBI le da a dicho concepto es sumamente amplia y expresamente incluye las “(A)cciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participaciones en sociedades”.

41. El tema de si un “inversor indirecto” puede reclamar ante el CIADI no es nuevo. Este asunto se ha discutido en muchas oportunidades. A manera de ejemplo el Tribunal menciona los siguientes casos: (i) *Metalpar y Buen Aire S.A. contra la República de Argentina (Caso CIADI No. ARB/0315). Decisión sobre Jurisdicción del 27 de abril del 2006*; (ii) *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra República Argentina (Caso CIADI No. ARB/9713). Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre del 2005*; y, (iii) *CMS Gas Transmission Company contra la República de Argentina (Caso CIADI NO. 0118). Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de Julio del 2003*). En todos esos casos se reconoció el derecho de un “inversor indirecto” de acudir al CIADI. El Tribunal comparte ese criterio.

42. Con base en lo antes expuesto el Tribunal concluye que en este caso se cumplen plenamente las condiciones establecidas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI y en los Artículos I y XI del TBI y, por ello, rechaza el primer argumento de España”.

De acuerdo con estas consideraciones, el árbitro rechazó esta excepción a la jurisdicción del CIADI afirmando su competencia para resolver la controversia.

El laudo sobre jurisdicción y admisibilidad dictado en el caso *Philip Morris Asia Limited c. Australia* (caso CPA n° 2012-12), tuvo como objeto analizar las objeciones preliminares sobre la competencia del tribunal arbitral presentadas por Australia en virtud del APPRI celebrado entre Hong Kong y Australia.

La demandada formuló tres excepciones preliminares relativas a la competencia del tribunal y la admisibilidad de la reclamación, si bien el tribunal entendió que sólo debían analizarse dos de ellas en esta fase del procedimiento. La primera objeción se refería a que la supuesta “inversión” del demandante no había sido admitida por la demandada de conformidad con el art. 1.e) del APPRI, que estipulaba que una inversión debía ser admitida por Australia “*con sujeción a su legislación y a las políticas de inversión aplicables*”. A este respecto, señaló el órgano arbitral que:

“512. The starting point for the Tribunal’s analysis as to whether the Claimant’s investment was “admitted” in Australia is the No-objection Letter, i.e., the Respondent’s notification to the Claimant of 11 February 2011 whereby the Treasury stated that it had no objection to the proposed restructuring. The No-objection Letter reads as follows:

Dear Mr Scarf,

I refer to correspondence received on 21 January 2011 concerning the proposal for Philipp Morris Asia Limited to acquire Philip Morris (Australia) Limited as a result of a Company reorganisation. There are no objections to this proposal in terms of the Government’s foreign investment policy.

Yours sincerely,

Foreign Investment Review Board Secretariat

513. In the view of the Tribunal, the Non-Objection Letter, which contains no reservations, constitutes prima facie evidence that the investment was (and remains) validly admitted.

514. (...). Based on the evidence before it and for the reasons explained further below, the Tribunal finds that the Respondent has not provided sufficient evidence in support of its non-admission objection to rebut the No-objection Letter”.

Habiendo establecido que la inversión fue admitida (inicialmente) a través de la “Carta de No-objeción”, el tribunal revisó si la Carta de No-objeción fue ineficaz porque la información proporcionada por la demandante fue incompleta y, por lo tanto, engañosa. Sobre este particular, el tribunal consideró que la Demandada no impugnó con éxito la emisión de la “Carta de No-objeción”, al tiempo que ninguna autoridad administrativa o judicial determinó que la “Carta de No-Objeción” era inválida:

“522. (...) (T)he Tribunal finds that the Respondent has failed to challenge successfully the undisputed facts that the No-objection Letter was issued and no administrative or judicial authority has found the No-objection Letter to be invalid. The Respondent itself has never taken any action to divest the Claimant of its investment. Moreover, the fact that the No-objection Letter had been sent was later confirmed by officials of the Treasury—on 31 October 2011 and on 31 July 2012—to the effect that the investment was admitted, without there being any suggestion of invalidity

523. In light of these reasons, the Tribunal concludes that the Claimant’s investment was admitted as required in subsection (e) of Article 1 of the BIT and that the Respondent’s non-admission objection must thus fail”.

En virtud de la segunda objeción la reclamación de la demandante no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del art. 10 del APPRI porque se refería a un conflicto preexistente o, alternativamente, que la reclamación constituía un abuso de derecho al intentar reestructurar su inversión para obtener la protección del APPRI sobre una disputa preexistente o previsible:

“526. The Claimant argues that a dispute regarding a breach of an international obligation cannot exist on the basis of mere threats or proposals of a measure. Any disagreement between the Parties prior to the enactment of wrongful legislation has the character of a policy debate in preparation for the positions to be taken in a dispute in the event of enactment. Until June 2011, neither the enactment of the legislation nor the dispute was foreseeable as a very high probability, and the dispute did not crystallise until the legislation was passed. There was therefore no relevant “preexisting” dispute, and the present dispute falls within the jurisdiction *ratione temporis* of the tribunal in accordance with Article 10 of the Treaty. Alternatively, even if a dispute did exist prior to the enactment of the legislation, nothing in Article 10 of the Treaty precludes the extension of the scope of the tribunal’s jurisdiction *ratione temporis* to pre-existing disputes.”

(...)

531. The Gremcitel tribunal accepted that this was the situation in that case because it was only when the measure (a 2007 Resolution by the Peruvian Instituto Nacional de Cultura (INC)) was “adopted and published” that the rights of the claimants were allegedly affected. Prior to that moment, “there was still a possibility that the INC would decide not to adopt the Resolution. The [c]laimants would then have had no act to complain about”.

532. The Tribunal shares this view. It should be mentioned in this context that the date of the dispute is not necessarily identical to that of the alleged breach. Rather, at least as far as one-time acts are concerned, the dispute normally follows the alleged breach (it arises when an aggrieved investor “positively opposes” the measures adopted or any claim of the other party that derives from them).

533. In conclusion, for purposes of the *ratione temporis* objection the critical date is the date when the State adopts the disputed measure, which in this case is the date of enactment of the TPP Act, as before that moment the Claimant’s right could not be affected. In other words, the Claimant was to have acquired its investment by the date of enactment of the TPP Act, i.e. by 21 November 2011. The Tribunal observes that, whether the Tribunal refers to the date when the restructuring was decided (3 September 2010) or when it was completed (23 February 2011), both events occurred before the date of the enactment of the TPP Act.

534. Therefore, and without prejudice to its later finding on abuse of rights, the Tribunal concludes that the requirements for the Tribunal’s jurisdiction *ratione temporis* are met”.

Australia también planteó que la reestructuración de la inversión constituía un abuso de derecho. En cuanto al test jurídico del “abuso de derecho” el tribunal consideró apropiado revisar la jurisprudencia arbitral relevante sobre esta cuestión, señalando que:

“539. As a preliminary matter, it is clear, and recognised by all earlier decisions that the threshold for finding an abusive initiation of an investment claim is high. It is equally accepted that the notion of abuse does not imply a showing of bad faith. Under the case law, the abuse is subject to an objective test and is seen in the fact that an investor who is not protected by an investment treaty restructures its

investment in such a fashion as to fall within the scope of protection of a treaty in view of a specific foreseeable dispute. Although it is sometimes said that an abuse of right might also exist in the case of restructuring in respect of an existing dispute, if the dispute already exists, then a tribunal would normally lack jurisdiction *ratione temporis*.

540. A detailed examination of the relevant cases reveals the following considerations in connection with the legal test for an abuse of right. Among these, it is first and foremost uncontroversial that the mere fact of restructuring an investment to obtain BIT benefits is not *per se* illegitimate.

(...)

554. Despite the variations in the formulations used in the decisions just quoted, this Tribunal considers that case law has articulated legal tests on abuse of right that are broadly analogous, revolving around the concept of foreseeability. In the Tribunal's view, foreseeability rests between the two extremes posited by the tribunal in *Pac Rim v. El Salvador*— “a very high probability and not merely a possible controversy”. On this basis, the initiation of a treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of rights (or an abuse of process, the rights abused being procedural in nature) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time when a specific dispute was foreseeable. The Tribunal is of the opinion that a dispute is foreseeable when there is a reasonable prospect, as stated by the Tidewater tribunal, that a measure which may give rise to a treaty claim will materialise. The Tribunal will now apply this test to the facts of the case”.

(...)

585. [...] the Tribunal concludes that the commencement of treaty based investor-State arbitration constitutes an abuse of right (or abuse of process) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time where a dispute was foreseeable. A dispute is foreseeable when there is a reasonable prospect that a measure that may give rise to a treaty claim will materialise.

586. In the present case, the Tribunal has found that the adoption of the Plain Packaging Measures was foreseeable well before the Claimant's decision to restructure was taken (let alone implemented). On 29 April 2010, Australia's Prime Minister Kevin Rudd and Health Minister Roxon unequivocally announced the Government's intention to introduce Plain Packaging Measures. In the Tribunal's view, there was no uncertainty about the Government's intention to introduce plain packaging as of that point. Accordingly, from that date, there was at least a reasonable prospect that legislation equivalent to the Plain Packaging Measures would eventually be enacted and a dispute would arise. Political developments after 29 April 2010 did not involve any change in the intention of the Government to introduce Plain Packaging Measures and, thus, were not such as to change the foreseeability assessment.

587. The Tribunal's conclusion is reinforced by a review of the evidence regarding the Claimant's professed alternative reasons for the restructuring. The record indeed shows that the principal, if not sole, purpose of the restructuring was to gain protection under the Treaty in respect of the very measures that form the subject matter of the present arbitration. For the Tribunal, the adoption of the Plain Packaging Measures was not only foreseeable but actually foreseen by the Claimant when it chose to change its corporate structure.

588. In light of the foregoing discussion, the Tribunal cannot but conclude that the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute".

En función de lo anterior, el tribunal declaró por unanimidad que las reclamaciones planteadas en este arbitraje eran inadmisibles, rehusando ejercer su jurisdicción sobre esta disputa.

El laudo dictado por un tribunal del CIADI en el caso *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/11/26), resolvió distintas excepciones a la competencia del tribunal planteadas por la demandada. El tribunal arbitral se pronunció con respecto su jurisdicción *rationae personae*. Según la demandada, ninguna de las sociedades demandantes eran "inversores", debido a que Tenaris no tenía su "siège social" en Luxemburgo, mientras que Talta tampoco tenía su sede en Portugal. Para acceder a la jurisdicción arbitral, las demandantes deberían haber demostrado no sólo su constitución respectiva, sino que cada una tenía su lugar de administración efectiva en Luxemburgo y Portugal, respectivamente. Por el contrario, las demandantes sostuvieron que el tribunal tenía jurisdicción *ratione personae* sobre ambas sociedades. De conformidad con el art. 31.1 del CVDT, y a los medios de interpretación complementarios previstos en su art. 32, el término "siège social" o "sede" debe ser interpretado como "domicilio social" o "sede estatutaria", y los documentos presentados prueban que las demandantes tienen sus sedes en Luxemburgo y Portugal, respectivamente. En su análisis el tribunal acudió al método interpretativo establecido en el art. 31.1 del CVDT, señalando al respecto lo siguiente:

"147. El rasgo distintivo clave de ambos Tratados en este caso (...) es que los términos "siège social" y "sede" son utilizados junto a otros criterios que comúnmente estarían abarcados por el propio término, a saber: -- "... constituída de conformidad con la legislación de la República de Venezuela, del Reino de Bélgica, o del Gran Ducado de Luxemburgo..." en el Tratado con Luxemburgo, y - - "... que estén constituidas y funcionen de acuerdo a la Ley de esa Parte Contratante..." en el Tratado con Portugal.

148. Dado este contexto, resulta patentemente evidente (...) que ni "siège social" ni "sede" pueden significar simplemente "oficina registrada" o "sede estatutaria"

en un sentido puramente limitado y formal, ya que ninguno de los dos términos tendría entonces un significado efectivo. Para que una compañía esté “*constituída de conformidad con la legislación... del Gran Ducado de Luxemburgo*”, debe tener su oficina registrada o sede estatutaria en Luxemburgo. Y para que una compañía esté “*constituída y funcione de acuerdo a la Ley de*” Portugal, debe tener su oficina registrada o sede estatutaria en Portugal.

(...)

150. Entonces, si “*siège social*” y “*sede*” han de tener cualquier sentido, y no ser completamente superfluo, cada uno debe connotar algo diferente a la cuestión puramente formal del domicilio de una oficina registrada o sede estatutaria, o algo más allá de esta cuestión. Y esto conduce a que se aplique un sentido comúnmente aceptado de ambos términos, a saber “administración efectiva”, o algún tipo de actividad societaria real o genuina.

151. Esta conclusión se desprende de la simple redacción de cada Tratado. Pero tal como fuera articulado por Venezuela, se encuentra asimismo exigida por la doctrina bien establecida de “*effet utile*”. Según esta, si fuera posible, los términos de un tratado deben ser interpretados de modo tal que no se vuelvan carentes de efecto (...)

154. En conclusión, en aras de dar sentido a cada disposición, y garantizar que se le dé sentido a cada término, el Tribunal determina que tanto “*siège social*” como “*sede*” en los Tratados en cuestión en este caso significan el lugar de administración real o efectiva”.

Asimismo, Venezuela afirmó que las definiciones de “inversionista” debían interpretarse a la luz del art. 25 del Convenio CIADI, cuya definición refleja los requisitos de derecho interno en materia de nacionalidad societaria. El tribunal no acogió este planteamiento señalando al respecto que:

“196. [...] En función de las decisiones de otros tribunales CIADI, como *Rompetrol c. Rumania*, considera que los requisitos y criterios que deben cumplirse para ser considerado inversor societario son los que establecen los tratados pertinentes sobre inversiones y no hay margen para importar condiciones adicionales supuestamente basadas en el Artículo 25 del Convenio CIADI”.

Una vez concretado el significado de ambos términos el tribunal analizó la cuestión de la prueba precisa que exige la administración real y efectiva de ambas sociedades, teniendo en cuenta que la prueba debe ser flexible y contemplar la naturaleza y actividades de la empresa en cuestión. El tribunal analizó este expediente de la siguiente manera:

“201. Tenaris no es más que un *holding*. Básicamente, de acuerdo con sus Estatutos, tiene prohibido participar en las actividades industriales o comerciales de sus filiales operativas.

(...)

205. En este contexto, la actividad de “administrar” Tenaris y sus operaciones sería relativamente limitada. Y conforme las pruebas que obran en este caso, el centro “real” para dicha actividad era Luxemburgo.”

(...)

226. A la luz de los alegatos y las pruebas recibidas y analizadas *supra*, de acuerdo con la naturaleza de cada empresa, el Tribunal concluye que tiene jurisdicción *ratione personae* respecto de las Demandantes: Tenaris demostró que, según lo dispuesto por el Tratado con Luxemburgo, su “*siège social*” está en Luxemburgo. De igual modo, Talta demostró que, conforme al Tratado con Portugal, su sede está en Portugal”.

Por otra parte, Venezuela objetó que no había recibido notificación adecuada de todas las reclamaciones sustantivas antes de iniciar el arbitraje, lo que constituía un incumplimiento por parte de las demandantes de los requisitos jurisdiccionales de los APPRI. En su análisis sobre esta cuestión el tribunal señaló que:

“243. En *Tulip*, la cláusula pertinente disponía que toda controversia podría someterse a arbitraje CIADI doce meses después de que surgiera, luego de haber sido objeto de intentos de arreglo amigable. (...)

244. Según el Tribunal, este estándar se cumple en el caso que nos ocupa”.

Asimismo, el tribunal tuvo que determinar si tanto el Préstamo de Talta como el Contrato *Off-Take* de Talta podían considerarse como una “inversión” en los términos de los Tratados y el Convenio por derecho propio y/o si constituían: “... transacciones interrelacionadas, cada elemento de la(s) cual(es), de forma aislada, podría no constituir una inversión en todos los casos”, concluyendo que:

“287. *El Préstamo de Talta*: En cuanto al Préstamo de Talta, las pruebas rendidas ante el Tribunal demuestran claramente que, en el marco del Acuerdo de Inversión, el compromiso asumido por Talta de anticipar aproximadamente USD 60 millones en aras de financiar la compra de los activos de PosVen y contribuir a los costos de su reacondicionamiento era fundamental para la realización de la inversión en Matesi.

(...)

289. (...) Según el Tribunal, el Préstamo de Talta califica como “inversión” por derecho propio en los términos de los Artículos 1(2) de los Tratados con Luxemburgo y Portugal. Pero aun si eso fuera incorrecto, el Tribunal está convencido de que era un elemento fundamental de la “inversión” de las Demandantes en Matesi.

(...)

291. Sin perjuicio de la necesidad de adoptar un enfoque “*integral*”, el Tribunal acepta la alegación de Venezuela según la cual el Contrato *Off-Take* no constituye

una “inversión” por derecho propio: a pesar del contexto en el que se suscribió, continúa siendo, esencialmente, un contrato comercial para la compra y entrega de productos a un precio conocido, de manera que Talta sacara de Venezuela el beneficio de la ganancia obtenida por la venta en el mercado abierto y lo llevara al extranjero. A tal efecto, el Tribunal considera que el Contrato *Off-Take* debe recibir un trato diferente del Préstamo de Talta”.

(...)

313. A la luz de las cuestiones establecidas *supra*, el Tribunal concluye que posee jurisdicción para entender y determinar la totalidad de las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje, y que debe desestimarse cada una de las excepciones de Venezuela”.

El laudo dictado en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012), se ocupó de resolver diversas objeciones a la jurisdicción del tribunal, una de las cuales se refería a la “nacionalidad” del inversor. España planteó una objeción *ratione personae* a la jurisdicción del tribunal arbitral, fundada en que las demandantes no serían inversores conforme al art. 1.7 del TCE. Esta objeción fue desarrollada a través de dos argumentos complementarios. Primero, la demandada alegó que los beneficiarios últimos de las empresas demandantes serían nacionales españoles (Grupo *T-Solar* y Grupo *Isolux Corsan S.A.*), si bien actuando a través de “cascarones societarios vacíos” que les permitían beneficiarse de la protección que ofrece el TCE a inversores extranjeros (párr. 422). Y, segundo, que el acceso de las demandantes a la jurisdicción arbitral sería contrario al orden público español, al reconocerse un tratamiento jurisdiccional diferenciado, según el cauce procesal elegido, a ciudadanos españoles en la misma situación (párr. 230). Sobre este último expediente el tribunal arbitral entendió que esta cuestión debía ser considerada al momento de decidir el fondo de la disputa (párr. 449).

En respuesta al primer argumento el tribunal trató de dilucidar si el art. 26.1 del TCE exige la “diversidad de nacionalidades” entre las partes en el arbitraje. En cuanto a la nacionalidad del inversor, el órgano arbitral destacó la relevancia del *criterio jurídico o de constitución de la sociedad* recogido en el art. 1.7 del TCE, señalando al respecto que:

“414. (l)a calidad de inversionista viene definida en el artículo 1(7) del TCE, por lo que concierne a personas jurídicas, como aquellas que sean ‘*constituidas con arreglo a la legislación aplicable en la parte contratante*’. No hay disputa en el hecho de que las dos partes Demandantes cumplen con este requisito, al ser los Países Bajos y Luxemburgo Partes Contratantes del TCE. El artículo 1.7(a)(ii) del TCE no contiene ningún otro requisito sino que el inversor esté constituido con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante, en este caso, los Países Bajos y Luxemburgo”.

Conforme a este criterio y tras matizar que sólo en caso de un fraude a la jurisdicción estaría justificado levantar el velo societario, el tribunal arbitral consideró que en este

caso no se había probado el carácter fraudulento de la estructura societaria de la inversión, por lo que:

“415. (...) no existe ninguna base para importar al TCE una regla general según la cual la nacionalidad del inversor debería analizarse según un criterio económico, cuando el mismo TCE se refiere al criterio jurídico de la constitución de la sociedad con arreglo a la legislación de una Parte Contratante. En presente caso, la parte demandada no hace ninguna alegación ni tampoco prueba un carácter fraudulento en la estructura de la inversión de las Demandantes que pudiera justificar el levantamiento del velo societario”.

416. Adoptar la tesis del Reino de España equivaldría a crear un caso de denegación de beneficios cada vez que un inversor, persona jurídica constituida con arreglo a la legislación aplicable de una Parte Contratante de conformidad con el artículo 1(7)(a)(ii), estuviese controlado por ciudadanos o nacionales del Estado receptor de la inversión. Ahora bien, los redactores del TCE no han querido incluir este supuesto en la cláusula de denegación de beneficios del artículo 17, la cual se refiere a la situación de una entidad jurídica controlada por accionistas de un país tercero (un país tercero siendo un país no contratante del TCE) (...)

417. En un plano más general, el Tribunal Arbitral comparte la postura adoptada bajo el TCE por el Tribunal del caso Yukos, según la cual *‘the Tribunal knows of no general principle of international law that would require investigating how a company of another organization operates when the applicable treaty simply requires it to be organized in accordance with a laws of the contracting party’*”.

Las anteriores consideraciones llevaron al tribunal arbitral a rechazar la objeción a la jurisdicción basada en la calidad de inversor conforme al art. 1.7 del TCE.

El laudo dictado en el caso *Vestey Group Ltd c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/06/4), resolvió distintas objeciones preliminares a la jurisdicción del tribunal planteadas por la demandada. Una de ellas se refería a la ausencia de una inversión protegida en virtud del APPRI celebrado entre el Reino Unido y de Venezuela. En particular, las partes discrepaban sobre si la demandante había realizado una inversión de acuerdo con las leyes de Venezuela. El tribunal señaló que:

“187. [...] On the basis of ICSID jurisprudence as it has evolved, it can now be considered that the definition of “investment” comprises three components: a commitment or allocation of resources, risk, and duration.

188. The Parties do not dispute that during more than a century from 1909 to 2011, Vestey contributed substantial resources to establish and operate cattle farming enterprise in Venezuela. It paid for the land, livestock, vehicles and other equipment; it incurred the costs for maintaining the Farms, creating and improving pastures, and genetically improving the herd. It is not disputed that Vestey’s operations in Venezuela involved risks; nor that Vestey operated in Venezuela for a long time.

188. Hence, Vestey's business in Venezuela meets the definition of investment within the meaning of the ICSID convention".

(...)

191. Vestey held 100% ownership interest in its cattle farming enterprise, i.e. Agroflora. Vestey's shareholding in Agroflora clearly falls within the BIT's list of assets and, in particular, under the category of "shares in and stock and debentures of a Company and any other form of participation in a company".

192. (...) In this case, as was just mentioned, it is undisputed that Vestey contributed substantial economic resources into its Venezuelan cattle farming business. This condition is thus met".

(...)

201. It is undisputed that Vestey owned Agroflora's shares and Vestey presented registered corporate documents to this effect. Nothing in the record suggests nor is it alleged that Vestey did not follow Venezuelan law when it acquired the shares. Therefore, the Tribunal cannot but conclude that the present dispute arises out of the investment of the Claimant.

(...)

204. The legality requirement enshrined in Article 13 of the BIT is distinct from that of the existence or ownership of an investment. To conflate the two would imply that an investment treaty without a legality requirement would do away with the condition of the existence of ownership of the investment. There is no need for long explanations to understand that this would be an absurd result. This view is for instance confirmed when looking at Saba Fakes, which the Respondent cites. There, the tribunal considered the claimant's failure to acquire the ownership of the shares to be fatal to its jurisdiction under Article 25(1) of the ICSID Convention and Article 1 (definition of investment) of the Netherlands-Turkey BIT, irrespective of the legality requirement in Article 2(2) of that investment treaty.

205. The Respondent does not allege that Vestey committed a violation of Venezuelan law when attempting to acquire the land. Nor does it dispute that Vestey acted in good faith in connection with the acquisition of the land. It rather argues that the Claimant's attempt did not succeed because it did not fulfill the requirements for a valid acquisition of title. Assuming *arguendo* that this argument were correct, a failed good faith attempt to acquire property would not constitute a breach of laws and regulations contrary to the legality requirement. In other words, the objection falls outside the ambit of Article 13 of the BIT. It invokes the existence and ownership of the investment, which the Tribunal has already affirmed.

206. Thus, even if it were established, Vestey's alleged failure to acquire ownership of the land would not deprive the Tribunal of jurisdiction (...)".

En función de los argumentos señalados, el tribunal se declaró competente para conocer la controversia.

La decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30), se ocupó de resolver distintas objeciones a la jurisdicción tribunal. Una de ellas se refería a que las demandantes no tenían *legitimación* para presentar una reclamación, en la medida que el daño alegado respecto a las plantas de producción de energía renovable sólo se había causado a las sociedades españolas propietarias de las plantas, y no a las demandantes. España señaló que los accionistas no tenían *jus standi* para presentar una reclamación ante un tribunal arbitral por el daño causado a la sociedad en la que se mantienen las acciones (“*pérdida reflejada*”). Como argumento España sostenía que el principio general del no reconocimiento de las reclamaciones de los accionistas, conocido como “*pérdida no reflejada*”, se acepta en el DI consuetudinario y en todos los sistemas nacionales avanzados de Derecho mercantil. De acuerdo con este principio, cualquier reclamación por pérdidas debería realizarse por la sociedad, mientras que las reclamaciones de los accionistas se limitan a los daños a los accionistas en sus propios derechos. Asimismo, la reclamación presentada por las sociedades ante el Tribunal Supremo español podría conducir a una doble recuperación, contraria a la buena fe. Por el contrario, las demandantes afirmaron que en el DI de las inversiones se permite presentar reclamaciones a los accionistas, independientemente de la localización de la sociedad. Asimismo, los demandantes alegaron que no se trataba de una cuestión de jurisdicción, sino de cuantificación de daños. Cuando se trata de determinar el concepto de inversión extranjera en el contexto de un tratado multilateral de inversión, la práctica arbitral del CIADI demuestra la consideración de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre esta cuestión preliminar. Respecto a la objeción basada en no existencia de una inversión, el tribunal procedió a determinar si existía jurisdicción *ratione personae*:

“114. The “damages objection” is summarized as follows by the Respondent: “Lack of jurisdiction ratione personae of the Arbitral Tribunal to hear the claim for alleged damages to renewable-energy plants, since the legitimacy to make such a claim corresponds exclusively to the companies that own these plants, and these companies are not party to the present arbitration”. Under this general heading, the Respondent also complains of the Claimants’ “fraudulent attempt to obtain ‘two bites of the apple’”. Although linked, these are two distinct arguments which must be discussed separately.

115. The debate between the Parties on the first branch of the objection bears on the most classical question concerning the standing of foreign shareholders to claim compensation”.

(...)

119. However, the Parties differ as to the relevance of the ICJ’s case-law in respect to the issue under review. The Tribunal does not agree with the Claimants’ assertion – in line with a probably majority view in the case-law – that the positions taken by the World Court are irrelevant in that they concern diplomatic

protection. Indeed they do. But there is no reason to set aside the Court's findings when it comes to the definition and scope of such rights. In reality, the two basic principles resulting from the ICJ's jurisprudence remain fully enlightening and applicable: (i) "So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets" but (ii) "The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such".

120. In both Barcelona Traction and in Diallo the ICJ adopted a restrictive definition of the shareholder's direct rights. This is controversial and has been criticized in the context of the public international law related to investment protection. Thus, as early as 2007, the ad hoc committee in the CMS case held that: "whether the locally incorporated company may itself claim for the violation of its rights under contracts, licenses or other instruments, in particular under Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, does not affect the right of action of foreign shareholders under the BIT in order to protect their own interests in a qualifying investment, as recognized again in many ICSID awards". And, even more categorically, the tribunal in the RosInvestCo v. Russia case stated unambiguously "that modern investment treaty arbitration does not require that a shareholder can only claim protection in respect of measures that directly affect shares in their own right, but that the investor can also claim protection for the effect on its shares by measures of the host state taken against the company". In this perspective, whether the investment treaty is a BIT or the ECT does not change the situation: shareholders have a jus standi to act before arbitral tribunals in their character as shareholders.

121. In this respect, the position of the ECtHR also deserves attention. In the Olczak v. Poland case (invoked by the Respondent), the Court found that "shares in a public company have an economic value and, therefore, are to be regarded as "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention" (para. 60). Furthermore, the ECtHR concluded, "the value of the shares in real terms was very seriously reduced. The applicant undeniably lost his property as a result of these measures" (para. 61). So "a shareholder in a public company may claim victim status regarding his complaint under Article 1 of Protocol No. 1" (para 61). Additionally, the ECtHR has established that, notwithstanding the juridical persons' ius standi before it according to Protocol 1, a shareholder in a company may claim in her/his own name to be a victim of the alleged violations of the Convention affecting the rights of the company "in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation or bankruptcy – through its liquidators or trustees in bankruptcy". In such circumstances, the shareholders obtain compensation proportionally to their participation in the company, on the basis of the full compensation that could be accorded to the Company.

122. The Tribunal notes, however, that it would not be uncontroversial to allege that the investment case law is entirely settled in this respect. The formula used by the tribunal in Poštová Banka v. The Hellenic Republic reflects a more cautious rule.

123. *Be that as it may, there is no need for this Tribunal to take position in the abstract on the existence or not of a general rule recognizing the right of action of shareholders, whether generally or conditionally, in contemporary investment law. In the present case, this right stems from Article 1(6) of the ECT, which defines an investment as “every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor” and including “(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise”. This formula removes any possible doubt concerning the Claimants’ jus standi in the present case [...]. In the present case, the ECT clearly includes shares among the protected investments.*

124. *For this reason, the Tribunal cannot uphold the second objection of the Respondent to its jurisdiction. This finding does not, of course, deal with the questions of whether the alleged breaches of the ECT have caused damage to the investment and, if so, what is the proper measure of that damage. The Tribunal reserves these questions for the merits and quantum phase”.*

En definitiva, podemos afirmar que la recepción de las decisiones de la CIJ –y de otros tribunales internacionales– en la jurisprudencia del CIADI contribuye, en cierta medida, a la unidad del DI, mediante la aplicación uniforme de criterios jurisdiccionales bien establecidos en el contexto de este régimen especializado.

A continuación, el tribunal se pronunció sobre la “doble indemnización” ante una reclamación presentada en dos vías simultáneas, interna e internacional:

“125. The same reasoning and solution apply to the issue discussed by the Parties under the heading “two bites of the apple” – that is the reproach made by the Respondent against the Claimants based on the fact that “[t]he same measures challenged in this arbitration by the Claimants are also being challenged before the Spanish Supreme Court by intermediate companies and/or owners of the plants considered in the present Arbitration”.

126. The avoidance of double recovery or, as the Parties put it, of allowing “two bites of the apple” concerns the amount and the modalities of the compensation (in case a breach of the ECT is found). This is a question for quantum, not of jurisdiction. The Parties may properly address the issue during the next phase of the proceeding.

127. For the foregoing reasons, the Tribunal rejects the Respondent’s objection to its jurisdiction based on the lack of “legitimation” of the Claimants to bring before the Tribunal their claims for alleged damages (...).”

La tercera objeción jurisdiccional planteada por España discutía la falta de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae* del tribunal. En primer lugar, España sostenía que las demandantes no eran inversores a los efectos del TCE y del Convenio CIADI. En particular, se argumentó que las demandantes eran meras sociedades instrumentales, carentes de recursos materiales, humanos o actividad comercial. Por el contrario, para las demandantes cada una de ellas satisfacía las exigencias del art. 1.7.ii) del TCE, que únicamente requiere que las empresas estén “*constituidas con arreglo a la legislación*

aplicable en la Parte Contratante”. Las demandantes estaban constituidas conforme a la legislación de Jersey (Reino Unido) y de Luxemburgo y, por tanto, podían calificarse como inversores conforme al TCE. En su análisis, el tribunal arbitral entendió que existían diferentes formas de entidades mercantiles creadas conforme a los distintos sistemas jurídicos que existen en el mundo. El DI atiende al derecho interno para determinar cuestiones de hecho como la legítima constitución de esas entidades, su propiedad, gestión, control o actividad:

“145. The term “shell company” is often used as a short-hand reference to a commercial entity that has little or no activity apart from owning or controlling directly or indirectly assets. Unless there is a reason under the relevant municipal law or investment treaty to conclude otherwise, there is no basis under international law to accord such a commercial entity any less entitlement to the protections afforded under an investment treaty than any other commercial entity. There are examples of investment treaties that include within the definition of investor only commercial entities that can demonstrate certain characteristics or activities. There is no such limitation in the ECT or the ICSID Convention. It would not be proper to read such an artificial limitation into the plain meaning of the ECT, the ICSID Convention or into international law generally.

146. There is no basis in international law for the proposition that “an entity which simply has stakes or shares in other companies is not a company”. The Tribunal has been presented with no evidence of any such proposition in any municipal law relevant to the present case.

*147. Therefore, on the evidence in the record before it, the Tribunal concludes that the Claimants meet the definition of investors under the ECT. The First Claimant indirectly controls, and the Second Claimant indirectly owns and controls, the assets in Spain that are the subject of the dispute in question. The Tribunal therefore concludes that it has jurisdiction *ratione personae* and so dismisses the Respondent’s objection *ratione personae*”.*

Por su parte, España argumentó que las demandantes no habían efectuado una “inversión” en su territorio en el sentido del TCE o del Convenio CIADI, lo que exige una provisión monetaria, la asunción de riesgos y realizar una inversión durante un período de tiempo. En cambio, para las demandantes la definición de inversión contenida en el art. 1.6 del TCE se refiere a “*cualquier clase de activo*” asociado a una “*actividad económica*” en el “*sector energético*”. En su análisis sobre la existencia de una “inversión” protegida el tribunal consideró que:

“156. The definition of investment in the ECT is contained in Article 1(6). It refers to “every kind of asset” associated with an “Economic Activity” in the “Energy Sector”. The definition is open, general and not restricted. The assets that are the subject of the dispute in the present case fit this definition. The assets that are the subject of the dispute in the present case fit this definition.

157. The criteria identified by the Respondent are additional to the definition contained in the ECT. They are also additional to the language of Article 25 of the ICSID Convention. There is no textual or other basis for adding them. The

definition of investment must be interpreted according to article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and not in accordance with tests, criteria or guidelines beyond the terms, the context or the object and purpose of the ECT. There is no test, set of criteria or guidelines that can or should be relied upon in international law to restrict or replace the definition that exists in the ECT. There is no reason to place any such test, set of criteria or guidelines on the language of Article 25 of the ICSID Convention.

158. The Respondent has referred to documents on the record that show there was an assumption of risk in the projects. The Respondent argues that this risk was assumed by the limited partners and not the Claimants. However, as noted in the previous paragraph, there is no requirement for any assumption of risk contained in the ECT or the ICSID Convention just as there is no requirement for funds to be brought into a State from overseas in order for a national of one State to have an investment in another State (for example, a national of one State who merely inherits property in another State nonetheless has an investment in that other State). (...)"

*159. In terms of ownership or control by the Claimants of an investment, the Tribunal considers that the reasons set forth above in respect to the Respondent's argument *ratione personae* apply *mutatis mutandis ratione materiae*: shares fall within ECT "investment" definition and "indirect investments" are also protected by the Treaty. Given the wide definition contained in Article 1(6) ECT, if participants in an Enterprise "upstream" own and control an ultimate asset, then necessarily so too do those participants "downstream" and to the same degree.*

*160. Therefore, on the evidence in the record before it, the Tribunal concludes that the Claimants own or control investments, as that term is defined under the ECT. The Tribunal therefore concludes that it has jurisdiction *ratione materiae* and so the Respondent's objection *ratione materiae* is dismissed".*

Finalmente, España sostenía que conforme al art. 21 del TCE, las medidas tributarias estaban excluidas del alcance del TCE y que el Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica creado en virtud de la "Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética" era una medida tributaria. Por el contrario, las demandantes entendían que dicha medida vulnera las obligaciones de la demandada establecidas en el art. 10.1 del TCE. En su respuesta, el tribunal consideró que se requiere un examen detallado de las circunstancias y efectos de las medidas impugnadas, por lo que: "197. *In view of the foregoing, the Tribunal decides to join the Respondent's objection based on Article 21 ECT to the merits*".

El laudo dictado en el caso *Spence International Investments, LLC y otros c. Costa Rica* (caso CIADI n° UNCT/13/2), resolvió dos excepciones a la jurisdicción planteadas por Costa Rica. La primera excepción se refería a que las demandantes no iniciaron el procedimiento de arbitraje dentro del "plazo de prescripción" de tres años establecido en el art. 10.18.1 del CAFTA ("*excepción del plazo de prescripción*"). La segunda excepción se centraba en que las violaciones alegadas tuvieron lugar antes de que el CAFTA entrara en vigor entre Costa Rica y los Estados Unidos el 1-1-2009 ("*excepción de la entrada en vigor*"). En este aspecto, el art. 10.1.3 del CAFTA establece que "este

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

Con respecto a la primera excepción, la demandada sostenía que el lenguaje expreso del art. 10.18.1 del CAFTA indicaba que el conocimiento implícito es suficiente y que cualquier conocimiento real o implícito por parte de las demandantes de cualquiera de las supuestas violaciones con anterioridad al 10-6-2010 derivaría en la prescripción de las reclamaciones. En su análisis de las excepciones a la jurisdicción, el tribunal interpretó los arts. 10.18.1 de la siguiente forma:

“208. La primera consulta a los efectos del Artículo 10.18.1 radica en *la fecha en la cual la demandante toma conocimiento por primera vez de la violación alegada.*

(...)

209. Como la redacción del Artículo 10.18.1 es simple, el requisito de *conocimiento* por parte de la demandante constituye un requisito de conocimiento efectivo o de conocimiento implícito. Debido que con frecuencia resulta difícil determinar el conocimiento efectivo de la demandante, por lo general los tribunales están llamados a considerar aquello que se reputa que la demandante debería haber sabido. El requisito “debió haber tenido conocimiento” del Artículo 10.18.1 es un estándar objetivo; aquello que una demandante prudente debería haber sabido o que se considera que razonablemente debería haber sabido (...)

210. En cuanto al tema de la toma de conocimiento de la *violación* por primera vez, si el reclamo es justiciable conforme al Artículo 10.18.1 del CAFTA, el Tribunal considera que se debe fundar en aquella violación que da origen a la interposición de acciones autónomas respecto de la cual la demandada tuvo conocimiento por primera vez dentro del plazo de prescripción. El Tribunal señala que este fue el enfoque adoptado por el tribunal en *Mondev* (...).

211. A los efectos del Artículo 10.18.1, la fecha pertinente es aquella en la cual la demandante toma conocimiento por primera vez no sólo de la violación sino también de que, a consecuencia de ello, ha incurrido en una *pérdida o daño*. El Tribunal coincide con la observación del tribunal en el marco del caso *Corona Materials* según la cual “el conocimiento de la violación en sí mismo no es suficiente para que comience a correr el período de prescripción; el inciso (1) exige conocimiento de la violación y conocimiento de la pérdida o daño”. A pesar de que el texto del Artículo 10.18.1 no dispone que la pérdida o el daño en cuestión debe ser una consecuencia de la violación alegada, el Tribunal considera que, necesariamente, esta cuestión sobreviene”.

En cuanto a la interpretación del art. 10.1.3. del CAFTA, el tribunal señaló lo siguiente:

“216. El Tribunal señala que el Artículo 10.1.3 es aplicable a los Estados Parte del CAFTA, no a las partes de la controversia. De conformidad con el Artículo 2.1 del CAFTA (Definiciones de Aplicación General), el término “Parte”, tal como se emplea en el CAFTA, “significa todo Estado respecto del cual haya entrado en

vigor este Tratado”. Así, a los efectos del presente caso, el Artículo 10.1.3 se refiere a las obligaciones de Costa Rica, no a las obligaciones, o derechos, de las Demandantes. La cuestión principalmente controvertida del presente caso radica en la interpretación y aplicación de la frase “no obliga a ninguna Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar... antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”. No es materia de controversia que Costa Rica no pueda estar obligada por actos o hechos que tuvieron lugar con anterioridad al día 1 de enero de 2009. En realidad, la cuestión radica en el efecto que tiene esta redacción en la competencia del Tribunal para que pueda considerar los actos o hechos que tuvieron lugar con anterioridad al día 1 de enero de 2009. Esto se refiere, en el presente caso, a los argumentos que invocan y se fundan en la conducta anterior a la entrada en vigor a los efectos de establecer la responsabilidad y de respaldarse en la metodología que adopta las fechas de valuación anteriores al día 1 de enero de 2009 a los fines del cálculo de la indemnización”.

217. (...) Los actos y hechos anteriores a la entrada en vigor no pueden, en consecuencia y en virtud de la estimación del Tribunal, constituir hechos o antecedentes susceptibles de acción (...).

(...)

220. La demandante putativa no puede tomar conocimiento de la violación alegada del tratado hasta que dicho tratado entre en vigor. Si bien la fecha de entrada en vigor de un tratado puede ser, y usualmente es, conocida con cierta anterioridad a la fecha real de entrada en vigor, la violación del tratado sólo puede tener lugar una vez que el tratado en cuestión tiene fuerza de ley. Una demandante putativa de los Estados Unidos en contra de Costa Rica no puede, en consecuencia, tomar conocimiento, ya sea efectivo o implícito, de la violación del CAFTA antes, como mínimo, del 1 de enero de 2009. Con anterioridad a esta fecha, no había obligación del CAFTA que pudiera ser violada.

221. Esto tiene un sinnúmero de consecuencias relevantes para el presente caso. En primer lugar, excluye la posibilidad de un reclamo sustentable fundada en la violación alegada del CAFTA con anterioridad al día 1 de enero de 2009. Resulta axiomático que las Demandantes no hayan podido incoar los reclamos que ahora alegan con anterioridad al día 1 de enero de 2009. Si debiera haber un reclamo sustentable, éste debe fundarse en la violación alegada y en la pérdida o daño indirecto con posterioridad al día 1 de enero de 2009 (...).

222. En segundo lugar, la fecha de entrada en vigor del 1 de enero de 2009 tiene consecuencias para el funcionamiento de la fecha crítica de prescripción - posterior en el tiempo - del 10 de junio de 2010 (...). En opinión del Tribunal, la norma del derecho internacional consuetudinario relativa a la irretroactividad de los tratados, afirmada en la expresión “para mayor certeza” del Artículo 10.1.3 del CAFTA, controla en última instancia la jurisdicción del Tribunal y la susceptibilidad de acción de la controversia (...). Para que sea susceptible de acción, la violación que supuestamente tuvo lugar dentro del plazo permitido, desde la perspectiva prescriptiva, debe ser susceptible de acción *de forma independiente* si está fundada en una conducta anterior a la fecha de entrada en vigor o anterior a la fecha crítica de prescripción. En este sentido, el Tribunal recuerda y concuerda con las

observaciones del tribunal en *Mondev* respecto de que “[e]l mero hecho de que una conducta anterior no haya sido resarcida o reparada cuando el tratado entra en vigor no justifica que el tribunal aplique el tratado de forma retrospectiva a dicha conducta. Cualquier otro enfoque socavaría tanto el principio intertemporal del derecho de los tratados y la distinción fundamental entre violación y reparación que subyace el derecho en materia de responsabilidad del Estado”.

El laudo emitido en el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/5), tuvo como objeto resolver tres objeciones a la jurisdicción del tribunal presentadas por la demandada. La primera objeción planteaba que el tribunal carecía de jurisdicción al haber prescrito la controversia conforme al art. XII.3.d) del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. Ambas partes reconocían que la “fecha de corte” era tres años antes que la demandante presentara su solicitud de arbitraje, esto es, el 17-7-2009. Según Venezuela, la demandante identificó en su solicitud de arbitraje distintas medidas adoptadas por la demandada que “comenzaron en 2009” equivalentes a un incumplimiento del APPRI (por ejemplo, las Resoluciones del “BCV” de abril y junio y el Convenio Cambiario n° 12). Así las cosas, la demandante básicamente reclamaba que las “Medidas de 2009” incumplieron la disposición sobre expropiación del art. VII del APPRI. La demandante pretendía incluir las pérdidas de su reclamación por compensación a partir de junio de 2009. En opinión de Venezuela, estas reclamaciones estaban prescritas conforme al art. XII.3.d) del APPRI porque la demandante conoció la supuesta violación y el daño ocasionado antes de la “fecha de corte”. En su respuesta a esta objeción el tribunal señaló que:

“204. Paragraph 3 (d) of the same Article then creates a statute of limitations applicable to arbitrable disputes. An investor may only submit a dispute involving (one or more) claims for breach of the Treaty to arbitration, if “no more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage”.

Application of the time bar thus requires that more than three years have elapsed between

- the date when the investor for the first time obtained actual or constructive knowledge (i) of a breach of the Treaty and (ii) of a loss or damage caused by such breach and suffered by the investor, and*
- the date of submission to arbitration of the dispute which involves claims for that breach of the Treaty.*

(...)

206. The similarity of the wording of the provisions of the BIT applicable in the present case with that of the rules governing NAFTA arbitrations recalls the case law developed in the context of such arbitrations. The Tribunal is mindful in this respect that NAFTA jurisprudence is not at one in answering the question of how time concerning continuing and composite acts should be computed.”

(...)

213. *The relevant date for time bar purposes is when Claimant obtained actual or constructive knowledge of the adoption of the 2009 Measures and of their consequences for Rusoro's investment. It is undisputed that the 2009 Measures were published in the Gaceta Oficial of the Bolivarian Republic before the Cut-Off Date; thus by that date the Claimant was aware, or should have been aware, of the enactment of the 2009 Measures.*

214. *However, Art. XII.3 (d) requires, for the time bar to apply, not only that the investor knows about the alleged breach, but also that the investor is aware that such breach would cause loss or damage to its investment.*

(...)

216. *Respondent has drawn the Tribunal's attention to a letter dated 30 June 2009 (i.e. before the Cut-Off Date), sent by Grupo Agapov to the Vice-President of the Republic. In this letter, Claimant complains about the June 2009 BCV Resolution and the Convenio Cambiario No. 12, and states that these measures establish "[...] new rules for the sale of gold which harm our gold production companies alone".*

217. *In accordance with established NAFTA case law, what is required is simple knowledge that loss or damage has been caused, even if the extent and quantification are still unclear. The letter proves beyond any reasonable doubt that as of end of June 2009, and before the occurrence of the Cut-Off Date, Claimant was aware that 2009 Measures could cause loss or damage to its investment.*

(...)

231. (ii) *For this reason, the Tribunal finds that, in the specific circumstances of this case, the better approach for applying the time bar consists in breaking down each alleged composite claim into individual breaches, each referring to a certain governmental measure, and to apply the time bar to each of such breaches separately. This approach is the one adopted by other investment tribunals and respects the wording of Art. XII.3(d), which defines the starting date for the time bar period as the date when the investor acquired knowledge that a breach had occurred and a loss had been suffered."*

232. *The result is that breaches allegedly committed by Venezuela through the adoption of the 2009 Measures have become time barred, cannot result in enforceable claims and cannot be taken into consideration to decide whether a creeping expropriation has occurred (while claims relating to later breaches are not affected).*

(...)

235. *Claimant alleges that the 2009 Measures form part of the breaches which resulted in the Ancillary Claims.*

236. *The Tribunal has already found that any alleged breach committed by Venezuela and based solely on the 2009 Measures is time-barred. This principle also applies to the Ancillary Claims. To the extent that the Ancillary Claims*

concern breaches of the Treaty supported by measures having occurred after the Cut-Off Date, such claims are enforceable and are not affected by Art. XII.3(d). The 2009 Measures may however have some relevance as background and context and to establish the legitimate expectations of the investor”.

En respuesta al argumento de Venezuela por el que sostenía que, si las reclamaciones de la demandante habían prescrito, se debía rechazar la jurisdicción sobre la controversia, el tribunal señaló lo siguiente:

“239. Venezuela’s argument is contrary to the plain reading of Art. XII of the Treaty. Art. XII does not forbid that an arbitrable dispute include multiple claims. If a party submits multiple claims to a single arbitration, the time bar established in Art. XII.3(d) can only apply to those individual claims where knowledge (actual or construed) of the breach and the resulting loss had occurred before the time bar kicked in. The remaining claims cannot be affected. To hold the contrary leads to untenable consequences: a claim which is not time barred cannot become unenforceable because in the same arbitration a separate claim is deemed affected by the time bar.

240. Applying this principle to our case, the fact that any claim based on the 2009 Measures may be declared time-barred, cannot lead to the consequence that Rusoro’s other claims, based on other alleged breaches committed by the Republic, automatically also become unenforceable by application of Art. XII.3(d) of the Treaty”.

Otra objeción a la jurisdicción planteada por Venezuela se refería a la ilegalidad en la propiedad de los activos en la minería conforme al derecho venezolano. Por lo tanto, de acuerdo con el art. I.f) del APPRI, los activos de la demandante no constituían inversiones protegidas. Por su parte, la demandante sostenía que ninguna de sus adquisiciones implicaba un cambio en la identidad de la empresa que tenía los derechos mineros. Tampoco hubo transferencia de derechos mineros en sí mismos. El art. 29 de la Ley de Minas se aplicaba a la situación en la que el concesionario transfiere sus derechos de exploración y explotación minera a otra entidad, no a una situación como el presente caso. Sobre esta cuestión el tribunal se pronunció como sigue:

“294. The relevant question thus is whether Claimant, when it indirectly acquired control over the Venezuelan companies holders of mining rights, without obtaining authorization from the Venezuelan Government, incurred in a violation of Venezuelan mining legislation – as Respondent affirms and Claimant denies. To adjudicate this issue the Tribunal will first establish the applicable provisions of Venezuelan law (A.); it will then summarize the facts (B.), and in a final section it will analyse whether Rusoro has violated these provisions (C.).

(...)

306. It is undisputed that Rusoro never directly acquired mining rights in Venezuela and that, when Rusoro acquired control of the Venezuelan companies holding such mining rights, it never asked or obtained any authorization from the Venezuelan State.

307. *There is no evidence however that Rusoro took any action to hide its acquisitions from the Venezuelan authorities. To the contrary, there is ample evidence that Rusoro, as a company controlled (at least initially) by Russian shareholders and managed by Russian citizens, enjoyed excellent relationships with the Venezuelan authorities. All of the investments made by Rusoro were publicly announced, were published in the press, information was disclosed on the Canadian stock market and reported in Rusoro's published annual accounts. Venezuelan Ministers visited Rusoro's sites and Mr. Agapov, Rusoro's chief executive, met a number of times with high representatives of the Venezuelan Government, including President Chávez".*

(...)

315. *Summing up, there is no evidence in the file suggesting that Rusoro acted with fraud, bad faith or mens rea when it purchased mining rights in Venezuela indirectly by taking control of foreign companies which held those rights. To the contrary, the evidence shows that Rusoro adhered to the interpretation of Art. 29 of the Mining Law then favoured by the Venezuelan authorities and to the administrative practice applied at that time by the Venezuelan Ministry of Mines".*

(...)

326. *The proper interpretation of Art. 29 of the Mining Law proves that the Venezuelan legislator only had the intention to submit to administrative authorization the transfer or encumbrance of concessions – not the indirect transfer of control of companies holding concessions (or other mining rights like CVG Contracts)".*

(...)

340. *The Tribunal thus dismisses Venezuela's jurisdictional objection - that Rusoro acquired its mining assets in contravention of Venezuela's mining regulations, - that the investment does not constitute a protected investment under the Treaty, - that Claimant has no standing in this arbitration and - that the Tribunal lacks jurisdiction.*

341. *Rusoro formalized its investment in Venezuela through the acquisition or control of non-Venezuelan corporations, an activity which did not require administrative authorization from the Venezuelan authorities. The fact that these non-Venezuelan corporations in their turn controlled Venezuelan companies holding mining concessions and contracts did not trigger the requirement of administrative consent set forth in Art. 29 of the Mining Law. The Venezuelan government was aware of Rusoro's acquisitions and at the relevant time never raised any concern".*

(...)

344. *In summary, Venezuela has failed to prove that Rusoro did not own and exploit its investments in Venezuela “in accordance with [Venezuela’s] law”, as required by Art. I (f) of the Treaty”.*

III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN⁹

En este epígrafe se analizan las decisiones tomadas por los órganos arbitrales respecto al cumplimiento de las obligaciones sustantivas impuestas a los Estados en los diversos acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones.

1. La cláusula de plena protección y seguridad de las inversiones

En el caso *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/26) el tribunal arbitral rechazó declarar la violación de la cláusula de protección y seguridad plenas de la siguiente forma:

“425. En su Memorial y Réplica, las Demandantes invocan eventos, especialmente graves disturbios laborales en forma de acción industrial en el mes de noviembre de 2008 (después del Decreto de Nacionalización), que impidieron el acceso a la planta e incluyeron la retención de unos 20 miembros de su personal administrativo, contra su voluntad, en el mes de diciembre de 2008.

(...)

436. El Artículo 3(2) del Tratado con Luxemburgo dispone lo siguiente: “Salvo por medidas que sean necesarias para el mantenimiento del orden público, dichas inversiones gozarán de una protección constante, que excluya toda medida arbitraria o discriminatoria que pueda obstaculizar, de hecho o de derecho, su administración, su mantenimiento, su utilización, su disfrute o su liquidación”.

437. El Artículo 2(2) del Tratado con Portugal dispone lo siguiente: “Cada Parte Contratante protegerá, en su territorio, las inversiones efectuadas de conformidad con sus Leyes y Reglamentos por inversionistas de la otra Parte Contratante y se abstendrá de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que impidan la administración, manufactura, utilización, usufructo, ampliación, enajenación y liquidación de sus inversiones”.

438. Sin duda, el estándar de protección constante se relaciona principalmente con la protección física del inversor y sus activos. En un caso en que el tribunal decidió que un estado podría haber tomado medidas preventivas, que estaban comprendidas en el ejercicio normal de atribuciones inherentes en el gobierno y de las cuales era razonable esperar que hubieran impedido la pérdida del inversor, se concluyó que la protección constante requiere un “estándar objetivo de vigilancia” cuya violación puede producirse por la “mera falta o carencia de cuidado, sin que sea en absoluto necesario demostrar la existencia de dolo o negligencia”.

⁹ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Fernando Lozano Contreras.

439. El Tribunal acepta el alegato de las Demandantes de que la obligación no se limita exclusivamente a la protección física frente a terceros. Señaló la decisión del Tribunal de Biwater de que la obligación “no se limitaba a la omisión por parte del Estado de impedir acciones de terceros, sino que también se extiende a acciones de órganos y representantes del propio Estado”. Asimismo, tomó nota de la decisión de Frontier Petroleum, a saber: “el estado receptor tiene el deber de tomar medidas activas para proteger la inversión de los efectos adversos provenientes de terceros o del estado receptor y sus órganos”.

(...)

443. En cualquier caso, a la luz de las pruebas presentadas, el Tribunal rechaza la afirmación de las Demandantes de que Venezuela no cumplió sus obligaciones derivadas del Tratado que se indicaron supra, o que confabuló con SINTRAMATS para apropiarse de Matesi, o que fomentó la violencia contra la inversión de las Demandantes.

(...)

447. En cuarto lugar, sea o no que SINTRAMATS “[encabezó] un movimiento radical y violento contra la dirección de Matesi”, las pruebas presentadas respaldan la proposición de que las autoridades venezolanas respondieron mediante la organización de dos inspecciones judiciales, la intervención del Defensor del Pueblo y, luego, la emisión de un Mandato de Protección que dispuso la intervención de la Guardia Nacional. No hay pruebas convincentes de confabulación alguna entre Venezuela y SINTRAMATS.

(...)

449. Por estos motivos, el Tribunal se rehúsa a efectuar la declaración solicitada por las Demandantes y desestima sus reclamos conforme al Artículo 3(2) del Tratado con Luxemburgo y el Artículo 2(2) del Tratado con Portugal”.

Una de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver la controversia surgida en el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/11/2) consistió en dirimir si Venezuela había incumplido el estándar de plena seguridad física y protección previsto en el art. II.2 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. La demandante consideró que Venezuela no aseguró la plena seguridad física y protección de las inversiones que había realizado en Venezuela para explotar uno de los yacimientos de oro más importantes del mundo ubicado en la región de Guayana. Según la demandante, la doctrina y las decisiones de tribunales internacionales confirmaban que la comprensión contemporánea de la garantía de plena seguridad física y protección iba más allá de la protección física, abarcando la violación de los derechos de los inversores por operación de las leyes del Estado receptor (protección legal). El tribunal arbitral rechazó, acertadamente, dicha pretensión de la demandante al amparo de los siguientes argumentos:

“632. Las Partes han propuesto dos interpretaciones diferentes de la disposición en materia de “protección y seguridad completas” del Artículo II (2) del Tratado. La Demandante alega que el estándar de “protección y seguridad completas” se extiende a la protección de la seguridad jurídica y la estabilidad del entorno jurídico, mientras que la Demandada afirma que dicho estándar debería limitarse a la protección y seguridad físicas. El Tribunal opina que el estándar de “protección y seguridad completas” es una estándar en virtud de los tratados independiente cuyo contenido no ha de equipararse con el estándar mínimo de trato. Sin embargo,

el Tribunal considera que dicho estándar en virtud de los tratados se extiende sólo al deber del Estado receptor de otorgar protección y seguridad físicas. Dicha interpretación se ajusta mejor al sentido corriente de los términos ‘protección’ y ‘seguridad’.

633. Asimismo, esta interpretación recibe el sustento de una línea de casos que involucran la misma frase o una frase similar. A modo de ejemplo, el tribunal en Saluka destacó que “[l]a práctica de los tribunales de arbitraje parece indicar [...] que la cláusula de ‘protección y seguridad completas’ no está destinada a comprender cualquier tipo de menoscabo de la inversión de un inversionista, sino a proteger más específicamente la integridad física de una inversión de la interferencia mediante el uso de la fuerza’ [Traducción del Tribunal]. Y el tribunal en Rumeli sostuvo que este estándar de trato ‘obliga al Estado a ofrecerle a la inversión extranjera cierto grado de protección del daño físico’ [Traducción del Tribunal]. Otras decisiones arbitrales tienen el mismo efecto o un efecto similar. El Tribunal coincide con esta línea de casos.

634. El Tribunal tiene en cuenta que otros tribunales de inversión han interpretado el estándar de “protección y seguridad completas” en forma más amplia, de forma que cubra la seguridad jurídica y la protección de un marco jurídico estable. Tal como se destacara supra, el Tribunal opina que la interpretación más “tradicional” se ajusta mejor al sentido corriente de los términos. Además, tal como observaran correctamente una serie de decisiones anteriores, una lectura más amplia del estándar de “protección y seguridad completas” redundaría en una superposición con otros estándares en virtud de los tratados, a saber, el TJE, lo que, según el Tribunal, no se correspondería con el principio de interpretación de “*effet utile*”. Por lo tanto, el Tribunal no está convencido de que debiera apartarse de una interpretación del estándar de “protección y seguridad completas” limitado a la seguridad física.

635. En vista de este estándar, la Demandante no ha alegado, y mucho menos demostrado, que haya sido sometida a una violación de su seguridad física atribuible a Venezuela. Por consiguiente, el Tribunal desestima la reclamación de incumplimiento de la cláusula de “protección y seguridad completas” contenida en el Artículo II (2) planteada por la Demandante”.

En el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB(AF)/12/5) el órgano arbitral tuvo que dilucidar si las decisiones adoptadas desde 2005 por el gobierno venezolano de asumir el control de las actividades mineras de aquellas empresas extranjeras que se dedicaban a la exploración y prospección de oro y diamantes en Venezuela contravino el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. La demandante consideraba que Venezuela había violado varias de las obligaciones recogidas en el mencionado APPRI, entre ellas el estándar de protección y seguridad plenas plasmado en su artículo II.2:

“543. Claimant says that the FPS standard imposes an obligation of due diligence and vigilance on the host State, which is not limited to physical protection, and that Venezuela breached that principle by adopting the 2009 and 2010 Measures, by

shutting-down the Swap Market in 2010 and by denying Rusoro access to foreign currency in the post-nationalization phase.

544. Even if the Treaty were found to guarantee only physical security, Rusoro would still benefit from FPS (via the Treaty's MFN clause), because Venezuela guaranteed "full protection and legal security" under the Uruguay-Venezuela BIT.

545. Respondent says that Art. II.2 of the BIT prescribes the minimum standard of FPS under customary international law, and this standard only protects persons and property from physical harm – and no physical harm is being alleged by Claimant. Even if FPS is extended beyond physical harm, the manner in which Venezuela amended its regulation was lawful.

(...)

547. The Parties discuss whether the FPS guarantee offered to investors in accordance with Art. II.2 of the BIT only covers physical harm (as Respondent says), or whether it should be extended (directly or via the MFN clause) to also cover legal certainty (as is Claimant's contention). The Tribunal does not have to delve into this debated issue, because even assuming arguendo the widest possible construction of the FPS standard, there can be no doubt that Venezuela never incurred in a breach:

548. (i) and (ii): The Tribunal has already concluded that the 2010 Measures and the abolition of the Swap Market were formalized in laws and regulations adopted by Venezuela and did not amount to a breach of the FET standard; consequently, such measures can never imply a breach of the FPS standard, however widely interpreted.

(...)

553. The evidence marshalled by Rusoro is manifestly insufficient to prove its allegation that Venezuela illicitly denied access to the foreign currency required for the day-to-day operations of its subsidiaries.

554. The Tribunal therefore concludes that neither the 2010 Measures, nor the elimination of the Swap Market, nor the BCV's conduct after the Nationalization Decree regarding the issuance of authorization to Rusoro to acquire foreign currency amount to a violation of the FPS standard".

2. El trato justo y equitativo

En el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/12/17), la violación de la obligación de proporcionar al inversor un trato justo y equitativo constituyó uno de los ejes centrales de la controversia. Las empresas demandantes alegaban que la demora en el proceso de recalificación urbanística de los terrenos que habían adquirido con la expectativa de desarrollar un proyecto urbanístico, suponía una violación de esta obligación, así como una conducta arbitraria y discriminatoria.

El árbitro único comenzó precisamente rechazando que la firma del convenio urbanístico por parte del Ayuntamiento de Las Rozas hubiera creado algún tipo de expectativa legítima para los inversores:

“134. A juicio del Tribunal, del propio texto del Convenio Urbanístico se desprende, con toda claridad, que el compromiso que contrajo el Alcalde fue el de proponerle al Ayuntamiento que incluyera el Terreno de la finca [...] en la revisión del PGOU de 1994 que se estaba llevando a cabo, con el fin de que se siguieran los trámites posteriores (los cuales las Partes sabían que eran complejos y que comprendían, entre otras cosas, una audiencia pública, la aprobación del Pleno del Ayuntamiento y, finalmente, de la CAM). Este proceso podría conducir, eventualmente, a la reforma del PGOU por la CAM. Evidentemente, el Alcalde no garantizó a IGB18 (ni podía hacerlo) que se lograría la reforma que pretendían los Titulares Registrales.

(...)

137. A juicio de este Tribunal, en el Convenio Urbanístico no constan las “condiciones ofrecidas por el Estado” que pudieran justificar las “legítimas expectativas” que las Demandantes alegan. Al contrario, como ya se dijo, el Convenio Urbanístico señala que la aprobación de la revisión del PGOU de 1994 es solo una posibilidad (“en caso de ser aprobado”) y no un hecho cuya ocurrencia se garantiza. No pueden por lo tanto alegar las Demandantes que sus legítimas expectativas fueran violadas por no haber conseguido los propósitos que los firmantes privados del Convenio Urbanístico tuvieron.

138. En el caso de *El Paso c. Argentina* el Tribunal Arbitral dijo lo siguiente: “El Tribunal considera que la noción de ‘expectativas legítimas’ es un concepto objetivo, que surge de equilibrar los intereses y los derechos, y que varía según el contexto”.

139. Al valorar los intereses y los derechos de las Demandantes en el contexto de este caso, el Tribunal tampoco encontró que ellas hubieran tenido “legítimas expectativas” que hubieran sido violadas, pues como indicó en los párrafos 136 y 137 anteriores, de lo expresado en el Convenio Urbanístico no es posible deducir la existencia de las legítimas expectativas que pretenden las Demandantes”.

Con relación a la violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, el árbitro único realizó varias consideraciones preliminares acerca de la conducta de España, reconociendo la escasa diligencia con la que las distintas administraciones públicas competentes (Ayuntamiento de Las Rozas y Comunidad de Madrid) habían actuado durante el proceso de tramitación de la reforma urbanística:

“148. Evidentemente, el suscrito Árbitro Único no está en posibilidad de señalar los estándares de eficiencia que debe cumplir la tramitación de una reforma a un PGOU. Comprende, sin ninguna duda, que se trata de un proceso demorado, por la complejidad de los trámites que deben cumplirse, los intereses por los que las autoridades deben velar y por los diversos organismos públicos que intervienen en él.

149. A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, la prueba recabada en este proceso es suficiente para tener idea de la poca diligencia que desplegó el Ayuntamiento de las Rozas en la tramitación de este asunto. Esa falta de diligencia se evidencia, entre otras actuaciones, en la tardanza de los trámites efectuados por el pleno del Ayuntamiento; la impericia en la conducción de la audiencia pública y en la comunicación de sus acuerdos y la deficiente presentación del resultado del proceso ante la CAM, que obligó a esta a devolverlo, en varias oportunidades, debido a los defectos de los que adolecía. También demuestra esa prueba la reiterada lentitud de las actuaciones de la CAM. Los anteriores hechos le permiten al Tribunal pensar que la conjunción de la impericia y falta de interés de los organismos públicos españoles conspiró contra el éxito del Proyecto. Lo que no le queda claro al Tribunal, según lo explicará adelante, es que esas actuaciones fueran la causa del fracaso del Proyecto. Tampoco le resulta evidente al Árbitro que, si se hubiera modificado el PGOU de 1994 con la celeridad del caso, el Proyecto habría sido exitoso.

150. En resumen, no importa cuán complejo sea un proceso público, el sentido común indica que una tramitación que llega casi a los 13 años excede cualquier parámetro lógico y aceptable. Sin embargo, en este caso concreto, no es evidente que esa lenta tramitación fuera la causa definitiva del fracaso del Proyecto”.

Sin embargo, el árbitro único también puso de relieve las importantes incertidumbres jurídicas que el proceso de recalificación urbanística debía plantear para las demandantes desde el momento en que decidieron realizar su inversión:

“183. Según lo expresó en el párrafo 151 anterior, este Tribunal concluyó que es imposible saber si el proyecto de las Demandantes habría sido exitoso, si la modificación del PGOU de 1994 se hubiera efectuado en un plazo razonable.

184. Es necesario insistir, además, que ninguna de las entidades del Estado español le garantizó (ni hubiera podido hacerlo) a las Demandantes que esa modificación efectivamente sería aprobada. Este hecho le introdujo al Proyecto, desde su inicio, un factor de incertidumbre, pues su éxito dependía de un cambio de la calificación del Terreno lo cual requeriría una tramitación compleja y demorada con resultados inciertos.

185. Como se indica al final del párrafo 149 anterior debe tenerse presente que, aunque el Ayuntamiento y la CAM hubieran actuado eficientemente en la tramitación de la reforma del PGOU de 1994, el Proyecto se habría comenzado a construir y a vender en medio de la severa crisis inmobiliaria que sufrió España. Por esas razones y por las que se consignarán, un análisis prudente de los hechos que originaron este proceso arbitral conduce a la conclusión de que no es posible acceder a las pretensiones de las Demandantes de que España les reintegre las sumas que ellas invirtieron en el Proyecto.

186. Acceder a esa pretensión de las Demandantes implicaría aceptar que el Reino de España y el TBI les otorgaron una especie de seguro que les garantizaría la recuperación del dinero invertido, en caso de que el Proyecto no fuera exitoso. Varios tribunales arbitrales que han resuelto sobre situaciones similares a la

presente han reiterado que los tratados bilaterales de inversión no constituyen un seguro para el inversionista de que el proyecto que emprenda será exitoso.

187. El Tribunal reitera que, si bien el proceso de tramitación de la reforma al PGOU de 1994 parece excesivamente largo, no existe un parámetro que defina cuál debe ser el tiempo “normal” para aprobar esa reforma y, además, ni el Ayuntamiento ni sus funcionarios, ni tampoco la CAM, le garantizaron a las Demandantes que ese proceso se llevaría a cabo en un tiempo más breve y que sus pretensiones serían concedidas. También insiste el Árbitro Único en que la existencia de la crisis inmobiliaria y la severidad con la que ocurrió dejan dudas razonables sobre el éxito que habría tenido el Proyecto, aun si las autoridades españolas hubieran accedido a los deseos de las Demandantes y les hubieran dado respuesta afirmativa en un plazo “normal”.

Hechas estas observaciones con carácter preliminar, utilizando un más bien escueto razonamiento jurídico, el árbitro único descartó que la conducta de España fuera arbitraria y contraria a la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo:

“193. A juicio del Tribunal, las conductas de las entidades españolas pueden calificarse de demoradas pero no es posible atribuirles la condición de “arbitrarias” que implica una conducta groseramente contraria al orden jurídico. En lo que respecta a su alegado carácter “discriminatorio” este concepto obliga a comparar el trato que recibieron las Demandantes con el que las autoridades españolas les dispensaron a otros inversionistas, para poder afirmar que las acciones de las entidades públicas españolas discriminaron a las Demandantes, por haberles otorgado un trato menos favorable al que les dieron a otros sujetos. Sin embargo, las Demandantes no indicaron cuáles fueron las personas o entidades que recibieron ese trato más favorable, que permitiría calificar de “discriminatorio” el que España les dio a ellas. El Tribunal tampoco encontró prueba alguna de esa alegación de las Demandantes y por ello no puede tener por demostrado que ellas recibieron un trato discriminatorio de las autoridades españolas.

(...)

203. Tampoco en este caso las Demandantes señalaron cuáles habían sido los inversionistas españoles que recibieron un trato mejor que el que les otorgaron a ellas ni aportaron prueba alguna de su afirmación sobre ese supuesto trato discriminatorio.

204. Hace unos diez años, el Profesor Christoph Schreuer, el más reconocido comentarista de temas del CIADI, afirmó en una conferencia que el concepto de “trato justo y equitativo” era tan indefinido en los tratados bilaterales de inversión como lo había sido unos años atrás el del “debido proceso”. Advirtió que sería la jurisprudencia, especialmente la de los tribunales arbitrales internacionales, la que se encargaría de darle un contenido más preciso a ese concepto.

205. Efectivamente, antes de la conferencia del Dr. Schreuer y durante los años siguientes, varios inversionistas formularon reclamos contra Estados de distintas partes del mundo fundándolos en que sus inversiones no habían recibido un trato justo y equitativo. Muchos tribunales arbitrales fueron perfilando ese principio; algunas de sus conclusiones pueden resumirse así:

- a) No existe una definición precisa de lo que constituye un “trato justo y equitativo”;
- b) Por esa razón, hay que examinar en cada caso la conducta del Estado receptor de la inversión para determinar si el trato que el Estado le dio a esa inversión fue justo y equitativo;
- c) No toda conducta de un Estado que afecte la inversión de un inversionista puede ser catalogada como violatoria de ese estándar;
- d) Los criterios para definir si determinada conducta de un Estado viola ese estándar, deben ser, necesariamente, restrictivos.

206. Según se expresa en el párrafo 149 de este Laudo, las actuaciones del Ayuntamiento de las Rozas y de la CAM en la tramitación de la reforma al PGOU de 1994, ciertamente no pueden calificarse de eficientes. Sin embargo, esas actuaciones no revisten características tales que permitan calificarlas de violatorias del estándar de trato justo y equitativo, lo cual implica una denegación de justicia, la violación de las legítimas expectativas del inversionista o conductas similares a esas.

207. Consecuentemente, por no haber sido, a juicio de este Tribunal, las medidas de las entidades gubernamentales españolas equivalentes a una expropiación, arbitrarias, discriminatorias ni violatorias del estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal denegará la pretensión principal de las Demandantes”.

Una de las principales cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el órgano arbitral en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012) consistió en dirimir si los cambios regulatorios adoptados por España en 2010 en el sector de las energías renovables (energía solar fotovoltaica), encaminados a reducir y suprimir el sistema de primas y tarifas creado en 2007-2008 con el fin de retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico y atraer la inversión en ese área, habían vulnerado el estándar de trato justo y equitativo tipificado en el art. 10.1 del TCE. El órgano arbitral concluyó que España no había incumplido el citado estándar al alterar su marco regulatorio y que no se habían vulnerado las expectativas legítimas de los inversores:

“492. El Tribunal examinará a continuación si dicho marco regulatorio era tal como para generar expectativas legítimas de que no sería modificado como lo fue en 2010. El Tribunal, embargo, no acepta el argumento según el cual dichas normas puedan constituir o ser equivalentes a un compromiso efectivo.

493. Aunque los RD 661/2007 y 1578/2008 estuvieran dirigidos a un grupo limitado de inversores eso no los convierte en compromisos específicamente dirigidos a cada uno de ellos. Las normas en discusión no pierden, por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma en un compromiso específico tomado

por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general.
(...)

498. La cuestión relevante, pues, es saber si el marco regulatorio existente en el momento de la inversión era capaz de generar una expectativa legítima protegida por el derecho internacional, de que no iba a ser modificado o alterado por normas como las fueron adoptadas en 2010.

499. A juicio del Tribunal Arbitral, un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada”.

En el caso *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/11/26) el tribunal arbitral examinó, basándose en Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), si hubo o no incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo:

“317. Las Demandantes plantean que Venezuela ha violado el estándar de trato justo y equitativo / no discriminación / no menoscabo en ambos Tratados, en virtud del hecho de que Matesi fue objeto de discriminación en el suministro de materias primas por parte de CVG FMO.
(...)

353. Sea como fuere, existen otras pruebas disponibles para el Tribunal, que en la afirmación de las Demandantes, son indicativas de una discriminación “obvia” en contra de Matesi. Incluye estadísticas de IVES, el Instituto Venezolano del Acero, de las cuales se observa que sobre la base de las cifras para los años 2005 y 2006 con respecto a la oferta total local de pellas y la demanda total, había déficits de suministro contra demanda de 10% y 25% respectivamente. Sin embargo, Matesi sostuvo un déficit de 15% en el año 2005 y de 46% en el año 2006. En el año 2007, Matesi recibió la mitad de su suministro del año 2006 y se la redujo a un nivel de producción de un cuarto de su capacidad. No hay estadísticas disponibles del Instituto Venezolano del Acero con respecto a la demanda de pellas para el año 2007, pero se sabe que la reducción del suministro en el mercado ese año fue del orden del 35%. En el año 2008, hubo un aumento de 3% en la disponibilidad de pellas sobre el año 2007, pero la asignación de Matesi fue un 59% menor que aquella del año anterior.
(...)

374. Sobre la base del expediente que tiene a su disposición, y teniendo en cuenta que Venezuela no produjo ninguna documentación relevante, como se explicó supra, el Tribunal concluye que:

a) Matesi sufrió una escasez en el suministro de pellas durante sus actividades entre 2005 y 2008;

b) los problemas técnicos en CVG FMO fueron un factor importante que contribuyó a la interrupción del suministro;

c) los problemas técnicos que Matesi pudo haber afrontado no fueron sustanciales para su imposibilidad de producir de acuerdo con la capacidad prevista; y

d) hubo un suministro preferencial de CVG FMO a otras productoras, en especial, Minorca/OPCO, a costa de Matesi.

(...)

388. A pesar de la discusión entre las Partes en cuanto a si el estándar del Tratado debe interpretarse como un estándar autónomo o no, ambas mencionaron que la decisión del caso Saluka establece el criterio aplicable, a saber: “ningún trato diferencial de un inversor extranjero podrá basarse en distinciones y exigencias irrazonables, y deberá justificarse demostrando que guarda relación razonable con políticas racionales que no están motivadas por una preferencia por otras inversiones por sobre la inversión de titularidad extranjera”. En Saluka, se decidió que el banco demandante había recibido un trato justo notablemente inferior al de otros bancos de tamaño y posición en el mercado similares, sin ningún tipo de explicación o justificación.

389. Tanto las Demandantes como Venezuela también citaron la decisión de Unglaube para sustentar el alegato de las Demandantes de que: “[a] fin de prevalecer respecto de una alegación de trato discriminatorio, un Demandante debe demostrar que ha sido objeto de un trato desigual en circunstancias en las que no parece haber un fundamento razonable para la diferenciación” y el alegato de Venezuela de que, dentro de ese marco, las decisiones del Estado recibirán una “medida considerable de deferencia” y que se debe establecer un comportamiento: “contrari[o] a la conciencia, [que sea] manifiestamente inadecuad[o] o inapropiad[o] o que de otro modo [desafíe] claramente a la lógica o a la equidad fundamental”.

390. Según el Tribunal, de acuerdo con las decisiones de hecho que se tomaron respecto del suministro de pellas, habría motivos para considerar que Venezuela no cumplió con su deber de otorgar a las Demandantes trato justo y equitativo si se pensara atribuir a Venezuela las acciones de CVG FMO. Matesi fue objeto de trato discriminatorio por parte de CVG FMO y no se le brindó ningún tipo de justificación razonable al respecto.

391. Cabría afirmar también que Venezuela no cumplió con su obligación de no afectar el uso y goce de la inversión por parte de las Demandantes conforme al Artículo 3(2) del Tratado con Luxemburgo (véase supra) y el Artículo 2(2) del Tratado con Portugal: “Cada Parte Contratante abstendrá de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que impidan la administración, manufactura, utilización, usufructo, ampliación, enajenación y liquidación de sus inversiones”.

392. Pero la cuestión fundamental es la atribución, es decir, si los actos de CVG FMO relacionados con la distribución de materia prima pueden atribuirse debidamente al Estado venezolano, de modo de generarle responsabilidad internacional.

(...)

406. El Tribunal consideró con atención todos los argumentos planteados por cada una de las Partes y todas las pruebas presentadas. No hay dudas de que CVG FMO es una entidad de propiedad absoluta de Venezuela

(...)

414. La cuestión entonces consiste en determinar si Venezuela autorizó a CVG FMO a ejercer atribuciones públicas y si esta actuó de esa forma en el caso del Contrato de Suministro, y, específicamente, el suministro discriminatorio de pellas, de modo que sus acciones podrían atribuirse a Venezuela conforme al Artículo 5 de los Artículos de la CDI.

(...)

416. El Tribunal considera que este punto merece una breve respuesta: no hay pruebas de que CVG FMO haya ejercido atribuciones del poder público con respecto a la asignación de pellas en virtud de Contrato de Suministro. El alegato de las Demandantes de que CVG FMO ejerce atribuciones del poder público al ejercer su monopolio sobre un recurso natural es desacertado, ya que el monopolio no es de CVG FMO sino de CVG. En cualquier caso, el alegato está lejos de los fines del Artículo 5 de los Artículos de la CDI.

(...)

423. Teniendo en cuenta las pruebas ante sí y los alegatos de las Partes, el Tribunal concluye que los inconvenientes en el suministro de pellas por parte de CVG FMO a Matesi (tal como se explicara supra) eran cuestiones por las que CVG FMO tenía responsabilidad contractual, y las cuales deberían haberse resuelto de conformidad con las disposiciones sobre solución de controversias del Contrato de Suministro. De hecho, no hay pruebas convincentes de que estos actos y omisiones en el suministro hayan sido instigados o, de alguna manera, ordenados o inducidos en nombre del Gobierno y, desde el punto de vista jurídico, no hay motivos para atribuir ninguno de estos actos u omisiones al Estado venezolano.

424. Por todos los motivos expuestos supra, se desprende que el Tribunal debe desestimar el reclamo de las Demandantes por el supuesto incumplimiento de las obligaciones de Venezuela en virtud del Artículo 3(1) del Tratado con Luxemburgo y el Artículo 3(1) del Tratado con Portugal”.

Otra de las cuestiones sobre la que se pronunció el tribunal arbitral del CIADI designado para resolver el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/11/2) consistió en dirimir si Venezuela había incumplido el estándar de trato justo y equitativo también contemplado en el art. II.2 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. La demandante argumentó que la demandada no había respetado dicho estándar de trato justo y equitativo, que exige que a los inversores se les brinde un entorno estable y predecible de inversión de conformidad con las expectativas legítimas y razonables del inversor. El tribunal arbitral señaló que Venezuela incumplió el art. II.2 de la siguiente manera:

“530. El Tribunal comienza el análisis del TJE elucidando el contenido del estándar. En este respecto, el Tribunal comienza con el análisis de la fórmula “de acuerdo con los principios del derecho internacional”, que se encuentra en el

Artículo II (2) del Tratado, citado supra. El Tribunal considera que el estándar de TJE receptado en el Tratado no puede –sea en virtud de aquella fórmula o de otro modo– equipararse al “nivel mínimo de trato internacional” conforme al derecho internacional consuetudinario, sino que constituye un estándar autónomo del tratado. A diferencia de los tratados como el TLCAN, que incluye en forma expresa el nivel mínimo de trato, el TBI CanadáVenezuela no se refiere a ese nivel mínimo en ninguna parte.

531. El Tribunal observa que diversos tribunales que no pertenecen al TLCAN y han interpretado cláusulas de TJE similares a la controvertida en este caso han llegado a la conclusión de que la referencia “de acuerdo con los principios del derecho internacional” (u otras fórmulas análogas) no debe entenderse como una referencia al nivel mínimo de trato.

(...)

534. Como lo remarcó el tribunal que entendió en el caso SAUR c. Argentina, la discusión acerca de si el trato justo y equitativo al que se refiere el TBI conforme a los principios del derecho internacional debería equipararse al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario o no es “una discusión más bien dogmática y conceptualista” (“une discussion plutôt dogmatique et conceptualiste”). Este Tribunal concuerda y considera que los principios del derecho internacional público relativos al trato de los extranjeros se han desarrollado significativamente desde el caso Neer, invocado por la Demandada como el punto de referencia aplicable para definir el TJE. Como resultado de este desarrollo, lo que ahora se considera “justo y equitativo” es distinto y más amplio que lo que se consideraba como tal a comienzos del siglo pasado.

(...)

537. A la luz de lo que antecede, entonces, ¿cuál es el contenido exacto del “trato justo y equitativo” en esta instancia? La interpretación del Artículo II (2) del Tratado debería partir de los cánones de la interpretación de los tratados, establecidos en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Venezuela no es parte de la CVDT, pero no caben dudas de que las normas en materia de interpretación de tratados contenidas en la CVDT reflejan el derecho internacional consuetudinario, y Venezuela invoca la CVDT para la interpretación del Tratado.

(...)

539. En numerosas ocasiones los tribunales de arbitraje han intentado capturar la esencia un tanto elusiva del TJE y, con el propósito de determinar el sentido ordinario de la frase “trato justo y equitativo”, han extraído una serie de elementos que consideraron componentes inherentes al estándar. El Tribunal considera que las conclusiones de estos tribunales en este respecto son instructivas, puesto que muestran lo que en la actualidad se entiende como el núcleo del estándar de “trato justo y equitativo”.

(...)

543. A pesar de los distintos matices en la definición de los principios formulados por estos y otros tribunales, el Tribunal observa que existe un entendimiento común respecto de los elementos identificados supra. En la medida en que son

relevantes para los hechos controvertidos en este caso, el Tribunal considera que el TJE cubre, inter alia, la protección de las expectativas legítimas, la protección contra el trato arbitrario o discriminatorio, la transparencia y la coherencia. El Tribunal entiende que no es necesario que la conducta del Estado sea escandalosa o de mala fe para que llegue a constituir una infracción al estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal comparte la observación del tribunal del caso *Mondev* de que “[p]ara el ojo moderno, no es necesario que lo injusto o inequitativo equivalga a lo escandaloso o atroz. En particular, un Estado puede tratar a una inversión extranjera en forma injusta o inequitativa sin actuar de mala fe necesariamente” [Traducción del Tribunal].
(...)

623. En conclusión, Venezuela ha violado la cláusula de “trato justo y equitativo” contenida en el Artículo II(2) del Tratado. La Demandada frustró las expectativas legítimas de Crystallex que surgían de la promesa específica incluida en la carta de fecha 16 de mayo de 2007, incurrió en conducta arbitraria al denegar el Permiso y rescindir el COM, y cometió varios actos carentes de transparencia y coherencia, tal como se describiera supra. Por consiguiente, mediante su conducta generalizada frente a Crystallex, la Demandada violó el estándar de TJE contenido en el Artículo II(2) del Tratado y, así, hizo que todas las inversiones realizadas por Crystallex perdieran su valor, lo que se establecerá en más detalle infra”.

El tribunal arbitral del CIADI designado para resolver el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7) también tuvo que dirimir si Uruguay había incumplido el estándar de trato justo y equitativo. La demandante argumentaba que la reforma del marco regulatorio que hasta ese momento regía el diseño de las cajetillas de tabaco y que se aprobó con el objetivo de reducir al máximo los signos identificativos de la marca para salvaguardar la salud pública y cumplir así los requerimientos previstos en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco de 21 de mayo de 2003, incumplió el estándar de trato justo y equitativo. El tribunal arbitral dictaminó que Uruguay no incurrió en responsabilidad internacional por el cambio de dicho marco regulatorio en base a los siguientes argumentos:

“390. According to the international law standard set forth by the ICJ Chamber in the ELSI case, “arbitrariness” is defined as “a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.” As noted by the Respondent, the ELSI judgment is most commonly referred to by investment tribunals’ decisions as the standard definition of “arbitrariness” under international law. Based on this definition, the Tribunal concludes that the Challenged Measures are not “arbitrary,” for the following reasons.

391. Both measures have been implemented by the State for the purpose of protecting public health. The connection between the objective pursued by the State and the utility of the two measures is recognized by the WHO and the PAHO Amicus Briefs, which contain a thorough analysis of the history of tobacco control and the measures adopted to that effect. The WHO submission concludes that “the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health.” The PAHO submission holds that “Uruguay’s tobacco control measures are a

reasonable and responsible response to the deceptive advertising, marketing and promotion strategies employed by the tobacco industry, they are evidence based, and they have proven effective in reducing tobacco consumption.”

397. The Claimants have further argued that the Challenged Measures were adopted without due consideration by public officials. The Tribunal would respond with two remarks, one of a general character and the other regarding each measure considered separately.

398. The remark of a general character relates to the “margin of appreciation” to be recognized to regulatory authorities when making public policy determinations. According to the Claimants, the “margin of appreciation” has no application in the present proceeding as being a concept applied by the ECHR for interpreting the specific language of Article 1 of the Protocol to the Convention, no analogous provision being contained in the BIT.

399. The Tribunal agrees with the Respondent that the “margin of appreciation” is not limited to the context of the ECHR but “applies equally to claims arising under BITs,” at least in contexts such as public health. The responsibility for public health measures rests with the government and investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health. In such cases respect is due to the “discretionary exercise of sovereign power, not made irrationally and not exercised in bad faith... involving many complex factors.” As held by another investment tribunal, “[t]he sole inquiry for the Tribunal... is whether or not there was a manifest lack of reasons for the legislation.”

(...)

401. As done by the Chemtura tribunal, the Tribunal proceeds to assess in concreto whether the treatment afforded to the Claimants’ investment by each of the Challenged Measures was in conformity with the FET standard, as interpreted by it. In this regard the first point to be made is that both measures were adopted in an effort to give effect to general obligations under the FCTC. It may be that the FCTC, to which Switzerland is not a party, could not be invoked by the Respondent to excuse its non-performance of distinct obligations under the BIT. But that is not the present context. In the Tribunal’s view, the FCTC is a point of reference on the basis of which to determine the reasonableness of the two measures, and in the end the Claimants did not suggest otherwise.

(...)

410. In short, the SPR (nuevo marco regulatorio) was a reasonable measure, not an arbitrary, grossly unfair, unjust, discriminatory or a disproportionate measure, and this is especially so considering its relatively minor impact on Abal’s business.⁵⁹⁰ The Tribunal concludes, by majority, that its adoption was not in breach of Article 3(2) of the BIT.

(...)

434. The Tribunal concludes that by adopting the Challenged Measures the Respondent has not breached Article 3(2) of the BIT regarding “legitimate expectations” and the “stability of the legal framework,” considering that the

Claimants had no legitimate expectations that such or similar measures would not be adopted and further considering that their effect had not been such as to modify the stability of the Uruguayan legal framework.

435. The conclusion reached regarding the dismissal of the Claimants' claim of breach of Article 3(2) means that the Tribunal has no need to examine the Respondent's objection that the Claimants are prevented from bringing a FET claim due to their alleged fraudulent behavior".

Otra de las cuestiones que tuvo que dilucidar el órgano arbitral en el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/5) fue si las decisiones adoptadas desde 2005 por el gobierno venezolano de asumir el control de las actividades mineras de aquellas empresas extranjeras que se dedicaban a la exploración y prospección de oro y diamantes contravieron el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. La demandante consideraba que Venezuela había vulnerado el estándar de trato justo y equitativo recogido en su art. II.2:

"511. Rusoro says that Venezuela breached the FET standard guaranteed in the BIT, by adopting the 2009 and 2010 Measures and eliminating the Swap Market. These Measures were adopted without regard to due process, were arbitrary and destroyed Rusoro's legitimate expectations of a stable investment environment, limited its right to freely sell gold and to acquire foreign currency and finally discriminated Rusoro against privately owned gold producers.

512. The Republic disagrees. It says that the measures against which Rusoro rallies were legitimate regulatory actions taken in the public interest to combat illegal activities, that Rusoro had no legitimate expectation that the legal regime would remain immutable and that the abolition of the Swap Market was a legitimate exercise of Venezuela's authority to enforce its laws.

(...)

525. In evaluating the State's conduct, the Tribunal must balance the investor's right to be protected against improper State conduct, with other legally relevant interests and countervailing factors. First among these factors is the principle that legislation and regulation are dynamic, and that States enjoy a sovereign right to amend legislation and to adopt new regulation in the furtherance of public interest. The right to regulate, however, does not authorize States to act in an arbitrary or discriminatory manner, or to disguise measures targeted against a protected investor under the cloak of general legislation. Other countervailing factors affect the investor: it is the investor's duty to perform an appropriate pre-investment due diligence review and to show a proper conduct both before and during the investment.

(...)

527. Rusoro claims that the Bolivarian Republic breached the FET standard guaranteed in the BIT, not by adopting administrative or judicial acts targeted directly against Rusoro or its investment, but rather by two pieces of general legislation and regulation:

- the 2010 Ley de Reforma Cambiaria approved by the Venezuelan Parliament and

- the 2010 Measures approved by the BCV, using the powers vested by Venezuelan law.

528. *The Tribunal disagrees. Rusoro has failed to prove a breach of Art. II.2 of the Treaty.*

529. *When Rusoro took the decision to invest in Venezuela, the 2003 exchange control regime, regulated by the Convenio Cambiario No. 1, was already in place. This regime forced exporters to sell (at least) 90% of the foreign currency revenues earned by the export of goods to the BCV, at the Official Exchange Rate. It is true that from 2003 through 2010, Venezuela tolerated the existence of a parallel Swap Market, which permitted the acquisition and sale of USD against VEF at market prices. But the Swap Market was completely unregulated, and its users simply exploited a loophole in the exchange control legislation (which did not cover securities transactions).*

(...)

534. *The powers of the BCV to regulate the gold market already existed when Rusoro invested in Venezuela. The 1996 BCV Resolution imposed certain restrictions on all Venezuelan gold miners: 15% of production had to be sold in the domestic market, while the rest could be exported under supervision of the BCV. Additionally, in 2003 the Convenio Cambiario No. 1 came in force, and this general exchange control rule required that exporters sell to the BCV at the Official Exchange rate 90% of the foreign currency earned.*

(...)

541. *The Tribunal concludes that neither the July 2010 BCV Resolution, nor the Amendment to the Convenio Cambiario No. 12 (which together form the 2010 Measures), nor the 2010 Ley de Reforma Cambiaria eliminating the Swap Market, breached Venezuela's commitment to provide FET to Rusoro's investment".*

En el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/26), las demandantes alegaban, en primer término, que Argentina había vulnerado el estándar de trato justo y equitativo recogido en el art. V del APPRI celebrado entre Argentina y España. El tribunal arbitral optó por rechazar dicha pretensión amparándose en los siguientes argumentos:

"613. The fair and equitable treatment standard must be objective, not based on personal opinions of the arbitrators or personal expectations of a party. Therefore, it must represent a source of law of a normative character upon which the Parties and the Tribunal can rely.

614. *As the fair and equitable treatment standard is framed as an obligation of the host State, it creates rights for the investor upon which it can rely. These rights ensure the investor that it will not be faced with acts or omissions of the host State that are outside the range of fair and equitable treatment. This means as a corollary that events caused by the host State that are covered by the notion of fair and equitable treatment are not hurting the investor's rights nor triggering a host State's obligation.*

615. *The next step is therefore to determine the scope of events, acts or omissions on part of the host State that are not triggering an investor's right for protection under the fair and equitable treatment standard and that it has to expect to be faced with. This is why the interpretation of this standard is usually focusing on the legitimate expectations of the investor, covering all acts and omissions of the host State that are embraced by the fair and equitable treatment standard. The objective is twofold: On the one hand, the host State complies with its Treaty obligations as long as it operates within the range of events that the investor had to expect, and on the other hand, the investor relies on a BIT protection that events not to be expected will not occur, or, if they do, will trigger the host State's responsibility. While the Tribunal understands Respondent's objection that Article IV of the BIT does not allow an extensive interpretation covering the "legitimate expectations" of the investor, the argument is simply subject to the understanding and meaning of the term "legitimate."*

616. *When considering that some kind of expectations on the investor's side must be covered under the protection of the fair and equitable treatment standard, such expectations cannot be identified as having one single meaning. If this were the case, it would necessarily mean that the investor's legitimate expectation would be equal to its own understanding of the rights as they are protected on the basis of the contract governing its investment. As stated above, this is not what corresponds to the meaning and the scope of protection of a fair and equitable treatment clause.*

617. *In a given situation, more than one solution can meet the threshold of being fair and equitable. There is a margin between the expectations derived from the contract and those that the investor had to envisage as still being in the range of being fair and equitable. This is why purely contractual disputes, whatever the solution applied to them, do not reach the level of becoming critical under the fair and equitable treatment standard when more than one solution or interpretation can be envisaged and none of them engages the BIT standard.*

618. *The mere focus on the investment contract is too narrow for another reason. The host State's commitments and, conversely, the investor's expectations, are not exclusively related to the investor's rights under the contract.*

619. *The investor's expectations, and their importance in the particular case, are usually measured on the basis of the contractual commitments undertaken. However, these contractual rights should not be considered in isolation. They are placed in a legal framework embracing the rights and obligations of the host State and of its authorities, subject to the protections provided in the BIT. In the Concession Contract in the instant case, much emphasis is put on the regulatory power of the Regulatory Agency. AGBA's shareholders' rights and obligations are governed by the applicable law designated by Article X(5) of the BIT, which includes, where appropriate, the laws of the host State.*

620. *This legal environment was part of the legal framework governing the Concession and part of what the investors had to expect as being applicable to them and to their investment in AGBA. What matters, under the protection based on the fair and equitable treatment standard, are the modifications, disturbances and disruptions that allegedly occurred during the lifetime of the Concession and*

that are to be measured against the expectations the investors had at the relevant time under the coverage of the protection against unfair and unequal treatment.

621. Moreover, the host State is bound by obligations under international and constitutional laws. Therefore, the host State is legitimately expected to act in furtherance of rules of law of a fundamental character. The scope of such rules is broad. They cover the State's undertaking to promote and secure foreign investments. They also encompass fundamental principles like due process and acting in good faith. Such principles, and a number of others of a similar kind, are generally considered as part of the fair and equitable treatment protection. They are, in other words, comprised in the range of rules that the investor can legitimately expect as being protected as part of the fair and equitable treatment standard.

(...)

623. The fair and equitable treatment standard is not focused exclusively on interests and expectations of a legal nature. It does include the actual social and economic environment of the host State, which is also part of the expectations the investor has to acknowledge when making its business decision.

624. In this respect, Respondent rightly recalls that the Province had to guarantee the continuation of the basic water supply to millions of Argentines. The protection of this universal basic human right constitutes the framework within which Claimants should frame their expectations.

(...)

628. A subset of the respect for trust is the investor's right to be treated with a certain transparency. While this requirement is often mentioned in arbitral decisions, and has certainly its value as a principle, its precise facets are unclear. The host State's handling of matters in transparency cannot mean that it has to act under complete disclosure of any aspect of its operation. It rather means that in relation to a foreign investor, the authorities of the State shall act in a way to create a climate of cooperation in support of investment activities. Investors must have trust in the host State's best efforts to sustain their operation on this State's territory. Contrary to Claimants' views, the requirement for transparency cannot have the meaning that the host State's treatment of the investment is fixed once and for all at the very initial stage, and that the investor shall not suffer from any change of the circumstances in the lifetime of the investment for the reason that such event had not been transparent from the outset. The investor is and must be aware of the State's commitment to deal with situations and problems that may emerge over the time and were impossible to anticipate. The fair and equitable treatment does not provide for a standard according to which the investor would remain completely isolated and immune from the host State's endeavors to deal with such situations in complying with public interests. If the host State is hit, for instance, by an epidemic threat to the health of a very large amount of people, it has to take all measures required by the situation even if this implies hurting investors' interests, provided that the authorities proceed with deference to those interests and with the aim to restore their efficient preservation as soon as the circumstances so allow. What the fair and equitable treatment standard requires is that the basic expectations of the investor in respect of the fate of its investment are

nevertheless taken care of by the host State when reacting to unforeseen circumstances. There is no bar for the host State to act accordingly merely because a situation of public concern emerged that was not transparent to the investor at the outset.

629. The threshold for a treatment not being fair and equal also results from its intensity or gravity, both factors being subject to variations in relation to the duration of their impact in the particular case.

630. An unfair or inequitable treatment of such importance must affect the investor's expectations in actual terms. The guarantee provided by the fair and equitable treatment standard protects the investor's rights and expectations in their content as they existed at the time the allegedly unfair or inequitable treatment occurred. When the expectations covered by the fair and equitable treatment protection originated at an earlier moment, they are protected only as long as they remained the same until the time such treatment had been applied. Fair and equitable treatment must be measured against the actual state of the investment prior to the treatment by the host State giving raise to the claim. It cannot be measured against a hypothetical state of the investment. Nor can damage be assessed as a consequence of a violation of an obligation based on the fair and equitable treatment clause when the measure taken had not produced effects corresponding to a decrease in the investor's assets or future income. In short, the investor's protection for fair and equitable treatment cannot make contracts better than they were, nor can it restore rights or expectations that the investor has waived or lost due to its own negligence”.

3. El trato nacional

El tribunal arbitral en el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB (AF)/12/5) analizó si las decisiones adoptadas desde 2005 por el gobierno venezolano vulneraban el estándar de trato nacional de esta forma:

“556. Rusoro says that with the enactment of the 2009 Measures Venezuela discriminated against Claimant's investments, by creating more favourable rules for Venezuelan State-owned producers than those it applied to foreign producers; and by promoting small-scale private producers against Rusoro, the only large scale private producer.

557. Venezuela denies having discriminated against Rusoro and that the alleged discrimination in any case ceased with the adoption of the 2010 Measures.

558. The Tribunal sides with the Bolivarian Republic.

559. The 2009 Measures gave different treatment to publicly and to privately owned gold mining companies, and such difference in treatment, if not properly justified, could indeed have given rise to a breach of the equal treatment principle established in Art. IV.1 of the BIT. But any claim based on the 2009 Measures has become time barred. And in any case, the 2010 Measures unified the regime applicable to privately and publicly owned miners. Any alleged discrimination between public and private gold miners is a thing of the past.

560. *Rusoro also argues that, through the 2010 Measures, it was discriminated vis-à-vis small-scale private producers.*

561. *The 2010 Measures contain two specific rules for small scale producers of gold:*

- *the July 2010 BCV Resolution requires small-scale producers to offer 15% of their production to the BCV or to sell it in the domestic market, and*
- *the Amendment to the Convenio Cambiario No. 12 requires that small producers sell 70% of the foreign currency income obtained from gold exports to the BCV.*

562. *The comparable figures for full scale producers like Rusoro (and for all public owned mining companies) are 50% obligatory offer to the BCV, with a 50% percentage of repatriation of foreign currency. The treatment given to small scale producers is thus on one side more lenient, and on the other side more stringent than that offered to large producers.*

563. *Art. IV.1 of the BIT only requires that Venezuela grant treatment no less favourable to Rusoro than that which, “in like circumstances”, grants to its own investors. The Bolivarian Republic has adopted an official policy, differentiating between small scale, traditional miners and large mining companies and offering additional support and less stringent requirements to small miners. Thus Rusoro (and other large miners) and small scale miners are not “in like circumstances”, and the difference in treatment is justified by valid policy reasons.*

564. *The Tribunal finds that the distinct treatment given to small scale miners in the 2010 Measures does not result in a breach of Art. IV.1 of the BIT. Rusoro’s claim for discrimination cannot succeed”.*

4. El trato de nación más favorecida

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

En el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/12/17), entre otros argumentos las demandantes alegaron que la conducta de España, en concreto las medidas tomadas por el Ayuntamiento de Las Rozas y la Comunidad de Madrid, con relación a la no aprobación del proyecto urbanístico controvertido habían supuesto una violación de la obligación de compensar de manera pronta, adecuada y efectiva. En este punto, el árbitro único constató que las demandantes mantuvieron la propiedad de los terrenos hasta el 25-2-2014, fecha en la que el terreno fue adjudicado judicialmente a una entidad bancaria que poseía un derecho de hipoteca sobre el mismo, ante el impago de las cuotas derivadas del contrato hipotecario por parte de las demandantes:

“179. Para el Tribunal es evidente que al dejar de honrar sus responsabilidades con [...], IGB18 se expuso a que esa acreedora exigiera sus derechos judicialmente, como efectivamente ocurrió. De esa actuación legítima de un sujeto de derecho privado no pueden las Demandantes derivar responsabilidades pecuniarias a su favor y a cargo del Reino de España”.

La relación jurídica entre las demandantes y la entidad bancaria tenía una naturaleza privada y, por tanto, quedaba al margen del arbitraje. En otras palabras, la ejecución hipotecaria instada por la entidad bancaria no podía concebirse como parte de la conducta del Estado. Así las cosas, no podía concluirse la existencia de una expropiación indirecta como consecuencia de la ejecución hipotecaria de los inmuebles, ni en consecuencia existía responsabilidad internacional del Estado:

“190. El Árbitro Único ha tenido dificultades en entender a cuáles medidas se refieren las Demandantes pero interpreta ese párrafo en el sentido de que ellas afirman que las acciones y omisiones del Ayuntamiento de las Rozas y la CAM fueron equivalentes a una expropiación del Terreno. El Tribunal no puede coincidir con ese punto de vista de las Demandantes porque no encuentra que España tomara medidas “similares a una expropiación,” entre otras razones porque el Terreno continuó perteneciéndole a IGB18 hasta el 25 de febrero del 2014 cuando le fue adjudicado judicialmente a la [...] (antes [...]). Si bien la determinación de “medidas similares a una expropiación” no se limita a la cuestión de la propiedad sobre el Terreno, en el presente caso y como se ha explicado anteriormente, tampoco existió una interferencia por parte del Reino de España que haya afectado derechos contractualmente adquiridos por las Demandantes.

191. La tramitación de la reforma del PGOU de 1994 pudo haber sido ineficiente pero ciertamente no es posible afirmar que fuera equivalente a una expropiación”.

En el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012) se examinó si los cambios regulatorios adoptados en 2010 por España en el sector de las energías renovables debían ser considerados como una expropiación indirecta en virtud del art. 13.1 del TCE que prohíbe medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente. El órgano arbitral dictaminó que España no había incumplido el mencionado precepto:

“460. El artículo 13 (1) del TCE prohíbe tanto medidas expropiatorias como medidas que tengan un efecto equivalente a la expropiación. Para ser calificada de expropiación indirecta, con base en el TCE, una medida debe tener un efecto equivalente a la expropiación. El concepto de expropiación es generalmente admitido como una toma de posesión que implique una privación de propiedad. Por consiguiente, para apreciar si hubo una expropiación indirecta, el Tribunal debe analizar si las medidas en disputa tuvieron el efecto de privar total o parcialmente al inversor de sus derechos como T-Solar.

461. El Tribunal Arbitral comparte la posición de los muchos tribunales arbitrales que han estimado que el estándar de expropiación indirecta bajo el derecho internacional implica una afectación sustancial de los derechos de propiedad del inversor. Dicha afectación puede realizarse en el caso de una efectiva privación de todo o parte de los bienes objeto de la inversión, o de una pérdida de valor que pueda ser equivalente por su magnitud a una privación de la inversión.

462. Ahora bien, no está en disputa que las Demandantes siguen siendo titulares de sus acciones en T-Solar. Tampoco ha habido alegaciones de que sus derechos como accionistas de T-Solar hayan sido limitados o afectados de alguna manera

por las medidas discutidas en este arbitraje. Por fin, no está en disputa que la compañía Grupo T-Solar sigue operando y produciendo ganancias, y no ha sido alegado que, aunque las medidas en disputa puedan haber afectado su rentabilidad, la sociedad haya sido privada de todo o parte de sus bienes o activos.

(...)

465. A juicio del Tribunal Arbitral, aunque la rentabilidad de T -Solar pudiera haber sido seriamente afectada, como alegan las Demandantes, dicha afectación no sería por sí misma suficiente para caracterizar una expropiación. De seguir el razonamiento de las Demandantes, se llegaría al resultado de cualquier medida que afecte la rentabilidad de una sociedad pudiera ser considerada expropiatoria por el solo hecho de que conlleva una disminución de las ganancias de la misma y por consiguiente de su valor. Ello por supuesto no puede ser así. Para que una medida pueda ser considerada como equivalente a una expropiación, sus efectos tienen que ser de tal magnitud que pueda considerar que el inversor haya sido privado, total o parcialmente, de su inversión. Una simple disminución del valor de las acciones objeto de la inversión no puede tanto caracterizar una expropiación indirecta, a menos que la pérdida de valor sea tal que se pueda considerar equivalente a una privación propiedad.

(...)

467. El Tribunal Arbitral estima por tanto que Demandantes no han probado que las medidas en disputa tuviesen efectos equivalentes a una expropiación”.

En el caso *Tenaris S.A. y Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/26), el tribunal arbitral también examinó las reclamaciones planteadas por las demandantes como consecuencia de la nacionalización de Matesi de la siguiente forma:

“451. En este caso, no hay dudas de que Matesi fue objeto de una expropiación: “No hay dudas, Venezuela nacionalizó [Matesi]”.

452. El Presidente Chávez inició el proceso el día 10 de abril de 2008, cuando anuncio que la industria siderúrgica de Venezuela se recuperaría y se pondría al servicio del país. Tras este anuncio, y la subsiguiente ratificación de la decisión por parte de la Asamblea Nacional, siguió la publicación del Decreto N.º 6058, el “Decreto de Nacionalización”, el día 30 de abril de 2008. Conforme a sus términos, SIDOR y sus empresas filiales y afiliadas, entre las que se encontraba Matesi, se transformarían en sociedades del Estado. Luego siguieron los Decretos 6796 (julio de 2009) y 8280 (junio de 2011), sobre la nacionalización y expropiación de la propia Matesi (...).

467. Los Artículos 4(1) y (2) del Tratado con Luxemburgo establecen lo siguiente: “1. Cada una de las Partes Contratantes se obliga a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización, ni cualquiera otra cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan en su territorio, salvo si cumplen las condiciones siguientes: (a) que las medidas se adopten por razones de utilidad pública o de interés nacional; (b) que las medidas sean adoptadas de conformidad con los procedimientos legales; (c) que no sean discriminatorias, ni contrarias a un

compromiso específico relativo al trato de una inversión; (d) que vengan acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva. 2. El monto de las indemnizaciones corresponderá al valor real de las inversiones de que se trate en la víspera del día en el cual la medida haya sido adoptada o publicada. Las indemnizaciones serán pagadas en moneda convertible. Serán pagadas sin retraso injustificado y serán libremente transferibles. Percibirán intereses a la tasa comercial normal desde la fecha de su determinación hasta la fecha del pago”.

468. El Artículo 4 del Tratado con Portugal dispone lo siguiente: “Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medidas que priven, directa o indirectamente, a los inversionistas de la otra Parte Contratante de las inversiones por ellos realizadas, salvo que se observen las siguientes condiciones: (a) Que las medidas sean adoptadas por razones de utilidad pública o de interés nacional, en los términos de la legislación vigente; (b) Que las medidas no revistan carácter discriminatorio; (c) Que las medidas sean acompañadas de disposiciones que garanticen el pago de una indemnización inmediata, adecuada y efectiva; esta indemnización deberá tener por base el valor de mercado de las inversiones de que se trate en un momento inmediatamente anterior a aquel en que la medida fue hecha pública; la indemnización devengará intereses a la tasa de cambio aplicable en la fecha en que se haga efectiva la operación, en el territorio donde está situada la inversión; la legalidad de las medidas referidas y el monto de la indemnización podrán someterse a revisión por medio del procedimiento legal aplicable”.

(...)

481. El Tribunal ha considerado con atención todo el material que se le ha presentado, y está convencido de que la mera falta de pago de la indemnización por parte de Venezuela es suficiente para tornar la expropiación ilícita como cuestión de derecho venezolano. Se señala que el Artículo 115 de la Constitución de Venezuela exige que la expropiación se realice conforme a una sentencia definitiva y concluyente y que se pague oportunamente una indemnización justa, que sea integral y previa a la expropiación.

(...)

493. A la luz de las pruebas que se le han presentado, el Tribunal concluye que Venezuela no implementó los procedimientos que estableció para efectuar la nacionalización de SIDOR y sus empresas filiales y, en especial, Matesi. De ese modo, Venezuela no cumplió los requisitos de la Constitución, la Ley de Expropiación y la Ley de Inversiones de Venezuela, en lo relativo a la cuestión de la expropiación, como tampoco se aseguró de que las disposiciones del Decreto de Nacionalización y las de los Decretos N.º 6.796 y 8.280 fueran coherentes entre sí y susceptibles de surtir efectos plenos y coherentes.

494. El Tribunal concluye, asimismo, que la inobservancia por parte de Venezuela de los requisitos de su propia legislación en materia de nacionalización basta para constituir una violación del Artículo 4(a) del Tratado con Portugal, que se remite explícitamente a la ley venezolana: “en los términos de la legislación vigente”.

495. También está convencido de que Venezuela violó el requisito del Artículo 4(1) (b) del Tratado con Luxemburgo, ya que no adoptó una conducta: “de conformidad con los procedimientos legales”.

496. A criterio del Tribunal, este caso es similar a ADC/Hungría, en el cual el inversor afectado no tuvo: “una oportunidad razonable, en un plazo razonable, para reclamar por sus derechos legítimos y lograr que sea oído su reclamo”.

497. Por otra parte, Venezuela violó ambos Tratados al efectuar una expropiación sin “disposiciones que prevean pago de una indemnización adecuada y efectiva” (Artículo 4(1) (d) del Tratado con Luxemburgo) o “disposiciones que garanticen el pago de una indemnización inmediata, adecuada y efectiva” (Artículo 4 (c) del Tratado con Portugal”).

En el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/11/2) también el órgano arbitral determinó que Venezuela había incumplido el art. VII.1 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela al expropiar las inversiones de la demandante en Venezuela. Tras analizar detenidamente la conducta llevada a cabo por las autoridades venezolanas el tribunal arbitral afirmó que la empresa inversora había padecido medidas de efecto equivalente a una expropiación no cumpliéndose, además, una de las condiciones necesarias para considerar dicha expropiación como legítima:

“708. En conclusión, la conjunción y progresión de actos de diversos organismos gubernamentales, desde las acciones en torno a la denegación del Permiso, los anuncios de que Venezuela “recuperaría” Las Cristinas y el repudio del COM, tuvieron el efecto de privar sustancialmente a Crystallex del uso y goce económico de su inversión, que finalmente se volvió completamente inutilizable. Por eso, el Tribunal concluye que el efecto acumulativo y gradual de tales medidas fue “equivalente a [una] expropiación” conforme al Artículo VII (1) del Tratado.

709. En vista de esta conclusión, el Tribunal puede prescindir del análisis que consiste en determinar si la rescisión del COM también constituye una expropiación directa, ya que toda conclusión en tal sentido no tendría efecto alguno en la responsabilidad o la cuantificación de los daños.
(...)

716. Por último, conforme al Artículo VII (1) del Tratado, la expropiación debe ir acompañada de una “compensación pronta, adecuada y efectiva”. El hecho de que ni se le pagó ni se le ofreció esta compensación a Crystallex no está controvertido. Cuando un tratado exige varias condiciones cumulativas para que una expropiación se considere lícita, los tribunales de arbitraje parecen entender de manera uniforme que la falta de observancia de cualquiera de estas condiciones implica una violación de la disposición sobre expropiación.

717. En estas circunstancias, el Tribunal solo puede concluir que Venezuela violó el Artículo VII (1) del Tratado, puesto que ni se le pagó ni se le ofreció una compensación “pronta, adecuada y efectiva” a Crystallex .

718. Por los motivos expuestos, el Tribunal llega a la conclusión de que Venezuela no cumplió con el Artículo VII (1) del Tratado al expropiar la inversión de Crystallex sin proporcionar una compensación pronta, adecuada y efectiva”.

En el caso *Vestey Group Ltd c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/06/4) el tribunal arbitral concluyó que las medidas legislativas aprobadas por el gobierno venezolano entre 2001 y 2006 en el sector agrícola y ganadero constituyeron una expropiación ilegítima de los bienes de los inversores contraria al art. 5 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Venezuela:

“292. On the basis of this analysis, it is clear that Respondent has never placed Vestey in a procedural setting in which Venezuelan law would have required to show the chain of title. In conclusion, by the time of the measures, Vestey had acquired the full ownership title over the contested land. Therefore, the government’s takeover of control over Agroflora’s property and administration constitutes an expropriation within the meaning of Article 5 of the BIT.

293. Article 5 of the BIT requires that an expropriation be “for a public purpose related to the internal needs of the Party”. The Respondent accepts that “[p]ursuant to Article 5 the [state’s] actions must be for a declared public purpose”.²⁶² In other words, there must be a public purpose and the measure must be aimed at achieving that purpose.

294. The Tribunal must thus first assess whether there existed a public purpose. It concurs with the Respondent that for purposes of this assessment states deserve broad deference. In the words of the LIAMCO tribunal, the state is “free to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good”. International tribunals should thus accept the policies determined by the state for the common good, except in situations of blatant misuse of the power to set public policies.

295. Here, the Respondent submits that its purpose was “to ensure the availability and timely access to food by its citizens, as part of its national plan to ensure food self-sufficiency”. It also submits that “the widespread access to agricultural and livestock resources [...] make[s] up one of the main drivers of the Bolivarian Republic of Venezuela’s food strategy to provide resources to its population”. The Tribunal defers to this policy determination. In any event, that policy appears perfectly legitimate and worth of protection and there is no suggestion in the record that it was not.

296. This finding, however, does not end the inquiry. The Tribunal must also assess whether the impugned expropriatory measure was “for” the public purpose as Article 5(1) of the BIT requires. In doing so, it must consider all the relevant circumstances, including the government’s post-expropriation conduct. While the objective is not to review the effectiveness of the measures, the government’s failure to advance a declared purpose may serve as evidence that the measure was not taken in furtherance of such purpose. Thus, the idea is to determine whether the measure had a reasonable nexus with the declared public purpose or in other words, was at least capable of furthering that purpose.

(...)

300. *On this basis, the least that the Tribunal can say is that the nexus between Venezuela's declared purpose to achieve wider public access to food and the expropriation of Agroflora is not obvious. That being so, the Tribunal can dispense with a definitive ruling on this requirement in light of the conclusion reached in the following section.*

301. *It is a common ground between the Parties that Article 5(1) of the BIT guarantees an opportunity for an investor "to prompt review, by a judicial or other independent authority, of his or its case". That guarantee also applies to an independent review of the "valuation of his or its investment".*
(...)

303. *Venezuela's Expropriation Law provides detailed procedural guarantees. It requires that compensation for expropriation be determined by a commission of three experts, and requires the state to initiate a judicial action to expropriate an asset. This legal regime differs drastically from that of the Land Law. The rescate proceedings under the Land Law are based on the premise that the land is state property and, therefore, the state owes no compensation to the persons from whom the land is recovered. It goes even further by denying the right to compensation for any improvements found on the recovered land: "The persons illegally occupying the public land, which is susceptible of recovery, cannot claim any indemnity for any improvement or fruits present at the occupied land".*
(...)

305. *By introducing and applying the Land Law to Vestey's investment and thereby derogating from the procedural guarantees of the Expropriation Law, Venezuela deprived Vestey not only of the opportunity to have the valuation of its investment reviewed by an independent authority, but of the right to be compensated altogether. The regime provided by the Land Law fails to satisfy the due process requirements of the BIT.*
(...)

310. *The Respondent does not dispute that it paid no compensation to Vestey, but insists that it offered to do so. Whether compensation was offered would be relevant if the Tribunal were to assess the lawfulness of the expropriation. However, the Tribunal has already found that the expropriation was unlawful because it failed to comply with at least one other cumulative requirement of legality. This finding could end the inquiry under Article 5 of the BIT. However, as stated above, the Tribunal will nevertheless briefly discuss the requirement of compensation for the sake of completeness.*
(...)

312. *The Tribunal is not convinced that an offer to pay a price to buy a company can be assimilated to an offer to compensate for the expropriation. Article 5(1) of the BIT requires the expropriation to be "against prompt, adequate and effective compensation." The sales negotiations took place over one year prior to the rescate. One can hardly see how a price offer made in that context could relate to compensation for the expropriation. The fact that the sales negotiations failed, for whatever reason, did not release Venezuela from its obligation under Article 5(1) of the BIT to provide compensation for expropriation.*

(...)

316. *The Tribunal therefore concludes that Venezuela failed to provide compensation for the expropriation of Vestey's assets”.*

En el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7) el órgano arbitral del CIADI tuvo que valorar si las medidas adoptadas por Uruguay constituyeron una expropiación de conformidad con el art. 5 del APPRI celebrado entre Suiza y Uruguay. La demandante argumentaba que, como consecuencia de la alteración del mencionado marco regulatorio, la demandada expropió de manera indirecta su inversión. El tribunal arbitral dictaminó que Uruguay no realizó ningún acto de carácter expropiatorio y, por lo tanto, no incurrió en responsabilidad internacional:

“191. The Tribunal notes that the legal title to the property representing the Claimants' investment was not affected by the Challenged Measures. Abal remained the registered owner or licensee of the relevant trademarks and continued to be entitled to protect them by an action for infringement. Clearly, the Claimants' claim relates to indirect or de facto expropriation, as shown by the reference to this kind of expropriation in their pleadings. As shown above, the Parties diverge as to the threshold for finding indirect expropriation, the Claimants contending that the interference with the investor's rights, whether regulatory or not, should be such as to substantially deprive the investment of its value, the Respondent holding that such interference must have “rendered almost without value the rights remaining with the investor.”

192. Article 5(1) of the BIT refers to “any other measure having the same nature or the same effect” as an expropriation or a nationalization. Thus, indirect expropriation under the Treaty is defined in a different and apparently stricter way than in other treaties that make reference to measures, the effect of which, would be “tantamount” or “equivalent” to nationalization or expropriation. Be that as it may, in order to be considered an indirect expropriation, the government's measures interference with the investor's rights must have a major adverse impact on the Claimants' investments. As mentioned by other investment treaty decisions, the State's measures should amount to a “substantial deprivation” of its value, use or enjoyment, “determinative factors” to that effect being “the intensity and duration of the economic deprivation suffered by the investor as a result of such measures.”

(...)

276. In the Tribunal's view there is not even a prima facie case of indirect expropriation by the 80/80 Regulation. The Marlboro brand and other distinctive elements continued to appear on cigarette packs in Uruguay, recognizable as such. A limitation to 20% of the space available to such purpose could not have a substantial effect on the Claimants' business since it consisted only in a limitation imposed by the law on the modalities of use of the relevant trademarks. The claim that the 80/80 Regulation breached Article 5 of the BIT consequently fails.

(...)

305. *As indicated by earlier investment treaty decisions, in order for a State's action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation, the action has to comply with certain conditions. Among those most commonly mentioned are that the action must be taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, must be non-discriminatory and proportionate. In the Tribunal's view, the SPR and the 80/80 Regulation satisfy these conditions.*

306. *The Challenged Measures were taken by Uruguay with a view to protect public health in fulfilment of its national and international obligations. For reasons which will be explored in detail in relation to claims under Article 3(2) of the BIT, in the Tribunal's view the Challenged Measures were both adopted in good faith and were nondiscriminatory. They were proportionate to the objective they meant to achieve, quite apart from their limited adverse impact on Abal's business. Contrary to the Claimants' contention, the Challenged Measures were not "arbitrary and unnecessary" but rather were potentially "effective means to protecting public health," a conclusion endorsed also by the WHO/PAHO submissions. It is true that it is difficult and may be impossible to demonstrate the individual impact of measures such as the SPR and the 80/80 Regulation in isolation. Motivational research in relation to tobacco consumption is difficult to carry out (as recognized by the expert witnesses on both sides). Moreover, the Challenged Measures were introduced as part of a larger scheme of tobacco control, the different components of which it is difficult to disentangle. But the fact remains that the incidence of smoking in Uruguay has declined, notably among young smokers, and that these were public health measures which were directed to this end and were capable of contributing to its achievement. In the Tribunal's view, that is sufficient for the purposes of defeating a claim under Article 5(1) of the BIT.*

307. *In light of the foregoing, the Tribunal concludes that the Challenged Measures were a valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health. As such, they cannot constitute an expropriation of the Claimants' investment. For this reason also, the Claimants' claim regarding the expropriation of their investment must be rejected".*

En el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB(AF)/12/5) el órgano arbitral tuvo que dilucidar si la conducta del gobierno venezolano suponía una expropiación ilegítima:

"358. Both Parties agree that the BIT does not prohibit nationalization, and the Bolivarian Republic does not contest that as a consequence of the Nationalization Decree it actually nationalized Rusoro's Mining Rights in Venezuela. There is thus ample coincidence between both Parties that expropriation has indeed happened. The real issue to be discussed is the amount of compensation, and certain ancillary issues (whether the expropriation is lawful or unlawful, and whether it was accomplished in one single act or by a chain of successive events).

359. *Claimant alleges that it has suffered both a direct expropriation and a creeping expropriation.*
(...)

370. *There are three questions, which the Tribunal must address: whether a direct expropriation of Rusoro's investment has occurred (3.1.), whether such expropriation meets the requirements set forth in the BIT (3.2.) and finally, whether the Bolivarian Republic also incurred in a creeping expropriation of Claimant's assets (3.3).*

(...)

380. *The BIT does not forbid States to expropriate assets owned or controlled by investors, nor to nationalize natural resources or economic sectors. But the BIT establishes four requirements which the State must comply with in order for the expropriation or nationalization to be lawful: the measure*

- *must be adopted for a public purpose,*
- *under due process of law,*
- *in a non-discriminatory manner and*
- *ensure prompt, adequate and effective compensation.*

(...)

410. *Summing up, the Tribunal concludes that the Bolivarian Republic has complied with three of the four requirements established in Art. VII.1 of the Treaty, but that it has failed to comply with the fourth, "prompt, adequate and effective compensation": although it is undisputed that Venezuela made an offer to compensate Rusoro, such offer was insufficient and the minimum amount offered was never paid or deposited.*

411. *Claimant submits that it suffered not only a direct expropriation of its assets, but that it was also the subject of a creeping expropriation. Starting in April 2009, Venezuela allegedly enacted a series of interconnected measures targeting Rusoro's gold mining business, which culminated in the outright nationalization of Rusoro's investment through the Nationalization Decree.*

(...)

430. *Rusoro's argument that it suffered a creeping expropriation is premised on two factual assumptions:*

- *(i) that Venezuela had developed a plan to nationalize the gold sector, and*
- *(ii) that such plan was implemented through three interconnected steps.*

431. *(i) There is some evidence in the file which supports the first assumption. There are indications that since 2005/2006 the Bolivarian Republic may have been envisioning a high level policy for the gold and diamond mining sector, which in a five to 10 years horizon would lead to a reform similar to that accomplished in the oil and gas sector: all existing mining concessions and contracts held by "mining latifundia" would be converted into mixed enterprises, controlled by the State, while private investors unwilling to accept the change would be expropriated.*

432. *(ii) The problem with Rusoro's allegation is that the second factual assumption is unproven. There is no convincing evidence that before the adoption of the 2011 Nationalization Decree Venezuela had decided to implement the high level policy of nationalization of the gold sector envisioned since 2005/6, in spite of the political inspiration of both sets of measures.*

(...)

436. *The adoption of the 2010 Measures, an attempt to undo some of the most stringent effects of the 2009 Measures, is incompatible with Claimant’s allegation that Venezuela was following a well-defined plan to nationalize the gold sector by successive, interconnected actions. If such plan had existed, the 2010 Measures should have increased, not decreased, the burden on private gold producers. The fact that the 2010 Measures in fact relaxed the regime, proves that Venezuela was not following a hidden agenda to nationalize the private gold sector.*

437. *There is a final argument: if the Venezuelan State had had the intention of nationalizing the gold sector in 2009 or in 2010, there was no need at all to use the powers of the BCV as an instrument to advance the policy. In 2011 President Chávez and his Consejo de Ministros nationalized the gold sector using the powers vested by Parliament, by simply issuing a Decree with “rango, valor y fuerza de Ley Orgánica”. If the government had wanted to nationalize the gold sector in 2009 or 2010, it could easily have followed the same path, without involving the BCV.*

438. *In conclusion the contention that Venezuela incurred in a creeping expropriation of the gold sector beginning with the 2009 Measures, in breach of Art. VII.1 of the Treaty, must be dismissed”.*

6. La compensación por pérdidas en caso de conflictos armados

7. La libre transferencia de los capitales

La última cuestión sobre la que tuvo que pronunciarse el tribunal arbitral en el caso *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/5) fue si se había producido una violación de la obligación convencional que garantiza la libre transferencia de capitales:

“565. Claimant argues that the Bolivarian Republic breached two distinct provisions of the BIT, which refer to or are related with the free transfer of funds: Art. VIII.1 and para. 6 (d) of the Annex to the Treaty.

(...)

567. Rusoro’s starting point is that gold falls within the definition of “returns” and that exports of gold are protected by the rule contained in Art. VIII.1 of the BIT: that investors are entitled to the “unrestricted transfer” of “investments and returns”.

568. Venezuela denies that the gold produced by Rusoro can be considered for purposes of the BIT as “returns”. Gold is a commodity, not a currency. It can only become a currency if it is minted and becomes legal tender by government.

569. The Tribunal again considers Respondent’s arguments to be right.

570. Art. VIII.1 of the BIT establishes the principle that protected Canadian investors can make “unrestricted transfer[s]” of their “investments and returns”

in Venezuela and, after defining this general principle, provides an open list of examples:

- *Repayment of loans related to an investment,*
- *proceeds from liquidation,*
- *certain wages paid to executives, and*
- *compensation for expropriation or other losses.*

(...)

583. Rusoro's only allegation in this regard is that during the post-nationalization phase its subsidiaries were illicitly denied foreign currency. But the Tribunal has already found that Claimant has failed to marshal evidence supporting this submission. Consequently, there is no substantiation that the 2010 prohibition of the Swap Market, and the ensuing centralization of the exchange control regime, restrained Rusoro's rights to unrestricted transfer of investments and returns guaranteed by Art. VIII of the BIT.

584. Paragraph 6 (d) of Part II of the Annex to the BIT ["Paragraph 6 (d)"] provides as follows:

"6. Neither Contracting Party may impose any of the following requirements in connection with permitting the establishment or acquisition of an investment or enforce any of the following requirements in connection with the subsequent regulation of that investment:

(...)

(d) restrictions on exportation or sale for export by an enterprise of products, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume of its local production".

585. And Art. XVI.2 clarifies that "the Annex hereto shall for all purposes constitute an integral part of this Agreement".

(...)

588. The Tribunal sides with Claimant: The 2010 BCV Resolution is incompatible with, and represents a breach of Paragraph 6 (d) of the Annex to the BIT.

589. Paragraph 6 (d), which is an integral part of the BIT, prohibits Contracting Parties to "enforce any of the following requirements in connection with the subsequent [i.e. post-establishment] regulation of that investment:" Among the prohibited requirements are "restrictions on exportation or sale for export by an enterprise of products, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products [...]"

590. At the time when Rusoro made its investments, the export of gold was regulated by the 1996 BCV Resolution, which mandated that each gold producer sell at least 15% of its total production in the private domestic market. This

restriction, which implied that only 85% of total production could be exported, was accepted by Rusoro, and its legality has not be challenged and falls outside the Tribunal's remit.

591. In July 2010 the BCV decided to issue the July 2010 BCV Resolution (which is one of the two 2010 Measures). This new Resolution limited the amount of gold which any private Venezuelan gold producer could export, and it did so by volume: 50% of the production in each quarter had to be compulsorily sold to the BCV, and export was restricted to the remaining 50%, subject to authorization from the BCV.

592. The July 2010 BCV Resolution is clearly incompatible with the plain wording of Paragraph 6 (d): the Resolution creates a "requirement", to be enforced by the BCV in the post-establishment phase of the investment, restricting the "exportation by an enterprise" [i.e. Rusoro's Venezuelan subsidiaries] of its products "in terms of volume" – precisely what Paragraph 6 (d) prohibits.

593. A precision: The 1996 BCV Resolution had already created a legal regime limiting the export of gold to 85% of production. The July 2010 BCV Resolution increased the export restriction to 50% of production, and it is this increase which is incompatible with Paragraph 6 (d) of the Treaty".

8. Excepciones a la obligación internacional de protección de las inversiones extranjeras

En el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/26), Argentina trató de eludir su responsabilidad ante las acusaciones de las partes demandantes de haber vulnerado varias de las disposiciones del APPRI celebrado entre Argentina y España alegando la circunstancia del estado de necesidad:

"709. The Tribunal acknowledges the Parties' reliance on the relevant provisions of the ILC Articles and it recognizes that they represent in large part general principles of international law as referred to in Article X(5) of the BIT.

710. The Tribunal observes that the crisis that led to the emergency measures was certainly caused by both external and internal factors. However, this is not sufficient to demonstrate that the Argentine Government made a contribution to the state of necessity of such a nature and importance that would preclude Respondent from invoking this defense.

711. For such a demonstration to be successful, it should be shown that the Government's acts were such that they either were directed towards a crisis resulting in the emergency situation that the country experienced in early 2002, or at least of such a nature that the Government must have known that such crisis and emergency must have been the outcome of its economic and financial policy.

712. The Tribunal understands that Argentina's own economic policies over several years prior to the crisis rendered the economy of the country vulnerable and that the country failed to exercise sufficient fiscal discipline and to adopt

labour and trade policies compatible with its economic situation and the weakness of its currency.

713. However, this is an explanation for part of the difficulties encountered as from 2001. These difficulties had not as their necessary outcome the outbreak of the crisis and its peak in the emergency in December 2001. Economic policies evaluated as wrong as they allegedly were in the 1990s in Argentina were not of a kind that they could lead to a crisis and emergency of such a magnitude as it blew up in the second half of 2001.

714. This also means that an allegation stating that the Argentine Government substantially contributed to these events requires a showing of a link of causality between such conduct of Argentine's economy and the outbreak of the crisis".

Tras analizar todos los hechos y circunstancias que rodearon el presente caso el tribunal arbitral concluyó:

"718. Therefore, the Tribunal concludes at this juncture that there existed a situation of state of necessity as sufficient support for the emergency measures when promulgated in January 2002".

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO¹⁰

Durante el período de referencia para la presente crónica, algunos tribunales arbitrales se refirieron a la interacción normativa entre la protección internacional de los derechos humanos y el Derecho de la UE, con la protección de las inversiones extranjeras.

En materia de derechos humanos, destaca el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/26), donde se formularon amplias consideraciones sobre la aplicabilidad de normas de derechos humanos para decidir sobre una reconversión presentada por el Estado demandado contra el inversor extranjero. En el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30), el órgano arbitral formuló algunas consideraciones acerca de la jurisprudencia del TEDH que ha tratado la legitimidad de los accionistas de una empresa para reclamar con motivos de las vulneraciones normativas cometidas por el Estado. Y en el caso *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7), por su parte, el órgano arbitral consideró la aplicabilidad del derecho humano a la salud en el contexto de las medidas restrictivas establecidas por la normativa uruguaya para el etiquetado y la comercialización de cigarrillos.

¹⁰ Epígrafe elaborado por el Dr. Bjorn Arp.

En lo tocante al Derecho de la UE, durante el año 2016 destacan una par de decisiones: el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012) y el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30).

Pero antes de entrar en los detalles de estos litigios, conviene referirse al caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/26), en donde en el contexto del APPRI celebrado entre Argentina y España se planteó la cuestión general de si un órgano arbitral limitado a aplicar solo las disposiciones del APPRI o puede aplicar otras normas de DI público. El órgano arbitral se pronunció a favor de esta última conclusión:

“1186. The question is then whether any host State’s rights under the BIT shall be denied because of the very nature of BITs deemed to constitute investment law in isolation, fully independent from other sources of international law that might provide for rights the host State would be entitled to invoke and to claim before an international arbitral tribunal.

1187. Any examination of such a question has again to start by observing the wording retained by the Spain-Argentina BIT. When assuming that the host State may not have title to rights (other than those implied in Art. IX and X) that it may invoke against an investor as holder of a corresponding obligation, the definition of a dispute able to be submitted to arbitration should carve out the possibility for the host State to invoke such rights. Interestingly, Article X(1) of the BIT does not contain such an exclusion, declaring that it applies to “disputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement.” No distinction is made in respect of the party entitled with the rights that are at the basis of the dispute. Thus, they can be rights of the investor as they can be rights of the host State. It cannot be said that this particularity of the drafting of this provision is not significant or does not correspond to the views the drafters had when preparing the BIT. Indeed, when comparing this provision to the parallel clause of Article IX(1) relating to disputes between the Contracting Parties to the BIT, it is to be noted that it is stated specifically therein that these disputes are “relating to the interpretation or application of this Agreement.” It must therefore be assumed that the omission in Article X(1) of any required connection between the investment dispute and what should read as “the interpretation or application of this BIT” was made on purpose and must have a meaning.

1188. The next step to undertake is then to turn to the provision on the law applicable to the Tribunal’s decision contained in Article X(5). Such decision shall be made “on the basis of this Agreement.” To this basis, the word “and” connects an additional basis, which can be, alternatively, another treaty in force between the Parties, the host State’s domestic law, or the “general principles of international law.” In order to be pertinent “where appropriate,” these additional legal bases must be connected or referred to by the BIT (“this Agreement”), which represents the ground of the decision in all cases.

1189. *As far as recourse to the “general principles of international law” is concerned, such reference would be meaningless if the position would be retained that the BIT is to be construed as an isolated set of rules of international law for the sole purpose of protecting investments through rights exclusively granted to investors. Such a view, which Claimants favor, is not correct for more than one reason.*

1190. *Interpretation must serve the goal of providing provisions with a meaning. As stated in the Decision on Jurisdiction (para. 52), when considering the purpose either of the BIT as a whole or of a particular provision, the Tribunal has to give such purpose an understanding that comports with the equally important principle of effectiveness (or principle of effet utile). Any treaty rule is to be interpreted in respect of its purpose as a rule with an effective meaning rather than as a rule having no meaning and effect. This principle is one of the main features of the law of treaties and a standard of continuous application for ICSID Tribunals. It is given effect within Article 31(1) of the Vienna Convention by virtue of the requirement to interpret in good faith. Effectiveness of a treaty rule denotes the need to avoid an interpretation which leads to either an impossibility or absurdity or empties the provision of any legal effect.*

1191. *As has been stated above, the definition of disputes capable of being submitted to arbitration and, hence, the possible scope of claims to be submitted to arbitration under Article X is not limited to rights directly based on the application (or interpretation) of the BIT. If Claimants’ view of the BIT as a closed system strictly preserving investors’ rights under the BIT would be correct, it would not fully reflect the terms of Article X(1), which have a broader scope, as explained above; therefore, Claimants’ understanding of the BIT would deprive this provision of part of its meaning.*

1192. *When still remaining in the framework of the BIT, an illustration of the need for a broader view is provided in Article VII(1) on “more favourable terms,” which reads as follows: “Where a matter is governed by this Agreement and also by another international agreement to which both Parties are a party or by general international law, the Parties and their investors shall be subject to whichever terms are more favorable.” (emphasis added)*

1193. *This provision states expressly that a source of international law that is external to this BIT can provide more favorable rights that are granted on the basis of Article VII(1) of this BIT and therefore subject to be claimed, if need be, through the dispute resolution mechanism provided in Article X. As a general note, it can thus be retained that the BIT does not represent, in the view of the Contracting Parties and its clear text, a set of rules defined in isolation without consideration given to rules of international law external to its own rules”.*

Por tanto, el órgano arbitral siguió el tenor literal del APPRI aplicable a esta controversia para concluir que las normas del DI general pueden aplicarse en el contexto de un arbitraje de inversión.

A continuación, nos referimos a cada una de las controversias citadas más arriba y destacamos los argumentos más importantes para la interacción normativa con el DI de los derechos humanos y el Derecho de la UE.

1. Derecho internacional de los derechos humanos

En materia de DI de los derechos humanos, el órgano arbitral en el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/26) reconoció la existencia del DI de los derechos humanos y, en particular, del derecho humano al agua. Sobre los derechos humanos, en general, el órgano arbitral analizó el contenido de varios instrumentos internacionales de derechos humanos para concluir que:

“1199. At this juncture, it is therefore to be admitted that the human right for everyone’s dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights.

1200. The Tribunal further retains that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that Treaty indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.” The BIT cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the BIT’s special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.

1201. The Tribunal observes that this approach reflects what Article X(5) of the BIT states, albeit in a wording requiring interpretation. This provision instructs the Tribunal to make its decision on the basis of the BIT and, where appropriate, by reference to one of the two bases other than the host State’s domestic law, which are the main sources of international law, i.e. “other treaties in force between the Parties” and “general principles of international law.” It is thus Article X(5) itself that states the evidence that the BIT is not framed in isolation, but placed in the overall system of international law.

1202. Article 42(1) of the ICSID Convention confirms this understanding. Pursuant to this provision, the Tribunal shall decide a dispute “in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties.” Article X(5) of the BIT constitutes such an agreement. This rule of the BIT does not contain any exclusion in respect of international law. Therefore, Article X(5) is in harmony with Article 42(1) of the ICSID Convention, stating that in the absence of an agreement on the choice of applicable rules of law, the Tribunal shall apply the law of the host State “and such rules of international law as may be applicable.” The ICSID Convention does not provide for any restriction in respect of these “applicable rules of international law,” which are not circumscribed by the applicable BIT only; they necessarily

include all such rules which according to their self-determined scope of application cover the legal issue arising in the particular case.

1203. Another illustration is given by peremptory norms of general international law (ius cogens) to the extent they may be of interest in an investment matter. If so, such norms must certainly prevail over any contrary provision of the BIT, as per the express statement in Article 53 of the Vienna Convention.

1204. Beyond these sources of law, it remains to be examined, in light of the openly framed provision of Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention, whether other parts of international law may be relevant in the instant case. This leads to the question whether the human right to water and sanitation as part of the general notion of human rights is pertinent in the instant case and, in particular, whether such right is completed by a corresponding obligation on part of Claimants as investors”.

Una vez afirmado que los derechos humanos debían ser tenidos en cuenta en la evaluación del presente caso, el tribunal centró su atención en el derecho al agua. El tribunal analizó el derecho al agua concluyendo que el inversor no había violado su obligación de no hacer nada en contra del disfrute de ese derecho en los siguientes términos:

“1211. The Tribunal understands that human right for access to drinking water means “physical access to sufficient, safe and acceptable water,” and that the “core” of the corresponding obligation is “to ensure access to the minimum essential amount of water, that is sufficient and safe for personal and domestic uses to prevent disease.” Moreover, “under no circumstances shall an individual be deprived of the minimum essential level of water.” The concern at the basis of the obligation is the access to water, and this much more than the revamping of an existing network, albeit remaining in poor conditions. The Tribunal therefore finds that Claimants’ alleged failure to comply with the population’s human right for water would have to be focused on unperformed expansion work; it appears highly uncertain and in any event unsupported by evidence that other work not performed on the network might have raised concerns about a breach of such fundamental human right.

1212. AGBA’s performance and its shareholders’ investment were certainly designed as a substantial contribution to the enforcement of the population’s right to water. Nevertheless, the mere relevance of this human right under international law does not imply that AGBA and its shareholders were holding corresponding obligations equally based on international law. No human rights obligation to provide access to water existed on part of Claimants before they entered into the Concession. The acceptance of the Bid and the Concession Contract could not have as an effect that the obligations arising out under this Contract became, in addition or in parallel, obligations based on international law. The BIT does not contain any indication in such a direction, and its reference to general principles of international law in Article X(5) cannot let emerge an obligation that did not exist on charge of the investing companies before they entered into their investment in the Argentine Republic.

1213. The shareholders and their investment vehicle AGBA were operating on the basis of a Concession that was placed under the authority of the Executive of the Province and the regulatory power of ORAB, both representing the host State for the purposes of the application of the BIT. Respondent's authorities were in charge of full legal and effective control of AGBA's conduct as Concessionaire. The Regulatory Authority had to ensure the protection of the community's interests (...). It was therefore the State's primary responsibility to exercise its authority over the Concessionaire in such a way that the population's basic right for water and sanitation was ensured and preserved.

1214. For such purpose to be achieved, it was certainly not sufficient to call upon the Concessionaire to comply with the first Five-Year POES. AGBA's failure to fulfill the undertakings retained in this POES could be sanctioned on the basis of the Concession at the end of year 2004 only, and the Province waited to act accordingly through the termination of the Contract until July 2006. While it is true that the Province called upon AGBA to comply with its obligations in respect of expansion work to be done and funding to be provided as from the time when the POES for year 2 (2001) was neutralized, it must also be noted that the legal and regulatory framework was not effective in order to ensure AGBA's and its shareholders' compliance with their commitments in the short or medium term. The Regulatory Agency had approved AGBA's POES report for year 1 (2000) and rendered inefficient the report for the following year. Such lack of efficiency was due not only to the circumstances prevailing at the time, but moreover to an inherent lack of density in the legal constraints imposed upon the Concessionaire by the Concession Contract and the Regulatory Framework. Further, as from the time the emergency measures took effect, the Federal and the Provincial Governments engaged in either shifting concessions back into public hands or renegotiating the remaining concessions with contractual partners as AGBA. This policy approach prevailed over any immediate action undertaken to secure the population's human right for access to water and sewage services. There was no governmental policy either requesting from the Concessionaire immediate and efficient activity in response to the Concession's not yet served users' basic needs for provision of water and sanitation. The Memorandum of Understanding (MOU) initially proposed by the Province and to be concluded with AGBA in June 2001 had the purpose of redefining the schedule in order to prioritize works corresponding to the most urgent needs of the population. However, while AGBA was prepared to accept a working committee to be set up for such purpose, the Province ultimately refused to execute the agreement.

1215. This conclusion is confirmed when Respondent's assessment of alleged damages arising from the violation of the human right to water it invokes is looked at more closely. Respondent measures such damages by calculating the amount of funding AGBA and its shareholders failed to provide”.

Después de inadmitir también otros argumentos alternativos del Estado sobre la alegada violación por el inversor del derecho al agua, el órgano arbitral rechazó por entero el argumento de que en el caso concreto el inversor fuera responsable de la violación de ese derecho humano (párr. 1221).

En el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI No. ARB/13/30), el Estado demandado alegó que tanto el DI general como la aplicación de la jurisprudencia del TEDH apoyan la idea de que los accionistas solo tienen unos derechos de reclamación limitados a los daños que directamente sufren en tanto que accionistas (párr. 95). El órgano arbitral retomó este argumento y explicó el estado actual de la jurisprudencia del TEDH sobre este punto. Pero también dejó implícitamente sentado que la propia jurisprudencia del TEDH no era explícita sobre los verdaderos límites de esta doctrina, y que en todo caso no estaba vinculada por la misma:

“121. In this respect, the position of the ECtHR also deserves attention. In the Olczak v. Poland case (invoked by the Respondent), the Court found that “shares in a public company have an economic value and, therefore, are to be regarded as “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention” (para. 60). Furthermore, the ECtHR concluded, “the value of the shares in real terms was very seriously reduced. The applicant undeniably lost his property as a result of these measures” (para. 61). So “a shareholder in a public company may claim victim status regarding his complaint under Article 1 of Protocol No. 1” (para 61). Additionally, the ECtHR has established that, notwithstanding the juridical persons’ ius standi before it according to Protocol 1, a shareholder in a company may claim in her/his own name to be a victim of the alleged violations of the Convention affecting the rights of the company “in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation or bankruptcy – through its liquidators or trustees in bankruptcy”. In such circumstances, the shareholders obtain compensation proportionally to their participation in the company, on the basis of the full compensation that could be accorded to the company.

122. The Tribunal notes, however, that it would not be uncontroversial to allege that the investment case law is entirely settled in this respect. The formula used by the tribunal in Poštová Banka v. The Hellenic Republic reflects a more cautious rule. After a careful review of the case-law – including that discussed by the Parties in the present case – that tribunal stated: “a shareholder of a company incorporated in the host State may assert claims based on measures taken against such company’s assets that impair the value of the claimant’s shares. However, such claimant has no standing to pursue claims directly over the assets of the local company, as it has no legal right to such assets.”

123. Be that as it may, there is no need for this Tribunal to take position in the abstract on the existence or not of a general rule recognizing the right of action of shareholders, whether generally or conditionally, in contemporary investment law”.

El tribunal se decantó por una interpretación literal del art. 1.6 del TCE para concluir que explícitamente las inversiones a través de acciones en empresas estaban cubiertas como inversiones. Esto le daba la jurisdicción al órgano arbitral para conocer de la presente controversia de inversiones mediante acciones (párr. 124).

En el caso *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7) el órgano arbitral consideró en varias ocasiones la aplicabilidad de ciertas normas sanitarias y de derechos humanos. En particular, el órgano arbitral reconoció que varios tribunales arbitrales de inversiones habían fundamentado los poderes de policía de los Estados en base al art. 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (párr. 295). A continuación se refirió al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (FCTC, por sus siglas en inglés) en los siguientes términos:

“304. Law 18,256 on Tobacco Control directs the MPH in Article 1-2 to protect the country’s inhabitants against the health, social, environmental and economic consequences of tobacco use and exposure to tobacco smoke. Articles 8 and 9 of the Law set forth rules in fulfillment of the obligations undertaken by Uruguay under Articles 11 and 13 of the FCTC. It is based on these obligations that the SPR and the 80/80 Regulation have been adopted. The FCTC is one of the international conventions to which Uruguay is a party guaranteeing the human rights to health; it is of particular relevance in the present case, being specifically concerned to regulate tobacco control”.

El órgano arbitral también incorporó jurisprudencia proveniente de tribunales de derechos humanos en sus consideraciones sobre la alegada violación del debido proceso cuando los tribunales uruguayos, en dos máximas instancias —constitucional y administrativa—, se pronunciaron con resultados contradictorios e irreconciliables sobre los recursos judiciales interpuestos por el inversor. El órgano arbitral concluyó que esto no conlleva ninguna violación del debido proceso, utilizando para ello las siguientes palabras:

“530. In terms of the separation of constitutional from administrative jurisdiction, Uruguayan law derives from the civil law tradition, albeit with features of its own, including the independence and high standing of the TCA.

531. The position of separate administrative tribunals in the civil law tradition was explained in the following terms by the European Court of Human Rights in the context of Article 6 of the European Convention:

81. [...] The Court considers that in a domestic legal context characterised [...] by the existence of several Supreme Courts not subject to any common judicial hierarchy, it cannot demand the implementation of a vertical review mechanism of the approach those courts have chosen to take. To make such a demand would go beyond the requirements of a fair trial enshrined in Article 6 §1 of the Convention.

82. What is more, the Court points out that the lack of a common regulatory authority shared by the Supreme Courts – in this case the Supreme Administrative Court and the Supreme Military Administrative Court – capable of establishing the interpretation these courts should follow, is not a specificity of the Turkish judicial system. Numerous European States whose judicial systems feature two or more Supreme Courts have no such authority (...) In itself, however, this cannot be considered to be in breach of the Convention.

83. *The Court further considers that in a judicial system like that of Turkey, with several different branches of courts, and where several Supreme Courts exist side by side and are required to give interpretations of the law at the same time and in parallel, achieving consistency of the law may take time, and periods of conflicting case-law may therefore be tolerated without undermining legal certainty.*

532. *The Court added: (...) that it must avoid any unjustified interference in the exercise by the States of their judicial functions or in the organization of their judicial systems. Responsibility for the consistency of their decisions lies primarily with the domestic courts and any intervention by the Court should remain exceptional”.*

En su opinión concurrente y disidente, el árbitro G. Born expresó su inconformidad con las conclusiones de sus colegas referidas a la ausencia de violación del debido proceso por las dos resoluciones contradictorias emitidas en vía constitucional y administrativa. El árbitro se expresó de la siguiente forma:

“44. The sole basis for the Tribunal’s conclusion on this point appears to be a decision of the ECtHR in Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey (“Şahin v. Turkey”). In my view, as detailed below, the ECtHR’s decision does not support the Tribunal’s holding and, on the contrary, requires the opposite conclusion from that reached by the Tribunal. Simply put, even if the ECtHR’s interpretations of the European Convention on Human Rights (...) were decisive in interpreting Article 3(2) of the BIT, which they are not, the Şahin v. Turkey decision involved a vitally different factual setting than this case. When those differences are taken into account, the ECtHR’s decision does not support, and instead contradicts, the Tribunal’s interpretation of Article 3(2). More fundamentally, the decisions of the Uruguayan courts in this case violated basic precepts of the fair and equitable treatment standard, denying the Claimants access to vitally important judicial protections which are guaranteed by both Article 3(2) and general principles of international law.

45. As a preliminary matter, I do not agree that decisions interpreting the protection of the right to a fair trial in Article 6 of the ECHR are of decisive importance in interpreting the fair and equitable treatment guarantee of Article 3(2) of the BIT. Article 6’s fair trial guarantee is contained in a particular human rights instrument, which was drafted and accepted in a specific geographic and historical context. Interpretations of Article 6 by the ECtHR may shed light on the general objects and purposes of the prohibition in Article 3(2) against denials of justice, but they provide little additional guidance in interpreting Article 3(2) or the standard of fair and equitable treatment under international law more generally.

46. Also preliminarily, the Tribunal relies on the ECtHR’s decision for the proposition that the use of “separate administrative tribunals in the civil law tradition” does not constitute a denial of justice. In my view, that proposition is undoubtedly correct, but irrelevant to the real grounds on which the actions of

Uruguay's courts in this case are subject to challenge under Article 3(2) of the BIT.

47. There is in my view no basis for criticizing the existence or use of “separate administrative tribunals in the civil law tradition” (or in other traditions). As discussed above, this is a common feature of many legal systems, in both common law and civil law traditions. As a general proposition, the existence of administrative tribunals (or other specialized types of tribunals), as well as other civil tribunals, is perfectly consistent with requirements for fair trials or prohibitions against denials of justice.

48. That general proposition is, however, of little relevance in this case. The existence of separate tribunals (the TCA and Supreme Court) in the Uruguayan legal system, is not the basis for either the Claimants' denial of justice argument or my own conclusion that Uruguay has violated Article 3(2). Rather, the challenge to Uruguay's actions rests on the fact that the Supreme Court and TCA rendered contradictory decisions, in proceedings involving the same party, without allowing that party any possibility of recourse to a judicial forum for constitutional challenges following the TCA's authoritative interpretation of Law 18,256. Even if authorities interpreting the ECHR were relevant to the meaning of Article 3(2) of the BIT, the ECtHR's decision in Şahin v. Turkey does not support the Tribunal's resolution of the real issues presented in this case.

49. In Şahin v. Turkey, a narrow majority of the ECtHR held that the issuance of inconsistent decisions by Turkish military and administrative courts was not a violation of Article 6 of the ECHR. The ECtHR reasoned that “achieving consistency of the law may take time, and periods of conflicting case-law may therefore be tolerated without undermining legal certainty.” The Court also emphasized the existence of mechanisms in the Turkish legal system for avoiding inconsistent interpretations of the law, and the deference that the ECtHR owed national courts in the administration of their judicial systems under Article 6 of the ECHR.

50. Initially, it is appropriate to note that the Şahin v. Turkey decision on this point was rendered by a narrow majority of the European Court (ten judges) and was accompanied by a powerful dissent (by seven judges). The dissent reasoned that the rendering of inconsistent judgments by different courts was a “flagrant malfunctioning” of the judicial system, which created the appearance of “arbitrariness,” resulting in a violation of Article 6 of the ECHR. Specifically, the dissent reasoned: (W)e consider that a violation of the right to a fair hearing was caused by a malfunctioning of the machinery set in place to settle conflicts of jurisdiction, coupled with inconsistency in court decisions concerning the same factual situation. While domestic systems may comprise a variety of judicial structures, these structures should not give any appearance of arbitrariness in the public eye; when taking legal action litigants should be able to make decisions with a sufficient degree of foreseeability and based on clear, common and stable criteria.

51. In my view, there is substantial force to the reasoning of the dissenting opinion in Şahin v. Turkey. The concept of the rule of law implies regularity, stability, and

lack of arbitrariness. In the words of the dissenting judges, the rule of law ensures that private parties are “able to make decisions with a sufficient degree of foreseeability and based on clear, common and stable criteria.” The dissent’s reasoning is also consistent with the approach taken by the ECtHR in its earlier jurisprudence, where the Court has routinely held that conflicting judicial decisions, producing legal uncertainty and unpredictability, are contrary to Article 6(1) of the ECHR.

52. The rendering of contradictory decisions, by co-equal courts within a single legal system is in tension with these basic objectives of transparency, stability, and predictability. Inconsistent decisions in cases involving similar legal issues do not reflect the rule of law, and instead reflect arbitrary and unprincipled chance. It is for precisely this reason that states which have co-equal judicial authorities also have mechanisms for reconciling the decisions of such tribunals. In my view, the seven dissenting judges in Şahin v. Turkey adopted a sounder view of guarantees of a fair trial or protections against denials of justice than the ten judges in the majority of the ECtHR.

53. Importantly, however, resolution of the present case does not require deciding whether it was the majority, or the dissenting, judges of the ECtHR in Şahin v. Turkey that were correct. Instead, in my view, Şahin v. Turkey is plainly distinguishable from the present dispute, which involves a very different and significantly more troubling set of circumstances.

54. Şahin v. Turkey involved judicial decisions that were rendered in a number of different Turkish legal proceedings, brought by different private parties, each of whom received benefit payments, but in different amounts, from different Turkish military and administrative courts. The parties who had received lower benefit payments from military courts complained that they had been treated differently from other parties, who had received larger payments from administrative courts.

55. In contrast, the present case involves not merely conflicting case-law by different courts in cases involving different parties, but proceedings brought by the same party, which was subject to directly contradictory decisions, rendered in closely related legal proceedings, interpreting the same statutory provision in irreconcilable ways. The Claimants in this arbitration do not complain that Abal was treated differently from other parties, in different proceedings, but that Abal itself was subjected to different treatment and contradictory interpretations of the same law, in the same dispute, with each of those contradictory interpretations then being applied to reject Abal’s claims against the Uruguayan government”.

Por lo tanto, puede observarse cómo en este caso el uso por el órgano arbitral de la jurisprudencia en materia de derechos humanos ha generado desacuerdos entre los árbitros debido a las diversas lecturas de dicha jurisprudencia.

2. Derecho de la Unión Europea

En el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012) el órgano arbitral aclaró que aún si el TCE entró en vigor con posterioridad a los tratados

constitutivos para el caso de España, los procedimientos de solución de controversias contenidos en el mismo despliegan plenamente sus efectos. El tribunal llegó a esta conclusión basado en un análisis de tres pasos:

“(i) Aplicación del artículo 344 del TFUE a arbitrajes entre inversores y Estados Miembros de la UE

(...)

442. El Reino de España sostiene, sin embargo, que “*el que dicho consentimiento a arbitrar otorgado por el Estado miembro fuera aceptado por otro Estado miembro o por un inversor es irrelevante. La oferta a arbitrar no sería válida por aplicación del artículo 344 del TFUE.*” El argumento se basa en una interpretación textual del artículo 344. Según la Demandada, “*si el artículo 344 estuviera restringido a las controversias Estado-Estado, podría haberse precisado en su apartado correspondiente ‘los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias entre Estados miembros relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos’ [...] Sin embargo [...] las partes contratantes del TFUE no establecieron esta distinción en el artículo 344 del TFUE.*” [nt. omissis] En otras palabras “*el objeto y propósito del artículo 344 del TFUE es que un Estado miembro no pueda ser parte de una controversia que implique la responsabilidad del Estado. Si surge esta controversia, esta incidiría inherentemente en la interpretación de la legislación europea y por tanto debería permanecer dentro de la jurisdicción de las instituciones europeas.*”

443. El Tribunal Arbitral no encuentra convincente la interpretación hecha por el Reino de España del artículo 344 del TFUE. Si la tesis de la Demandada fuera cierta, ningún tribunal estatal podría decidir nunca tema alguno que implique una interpretación de los tratados europeos cada vez que la responsabilidad de un Estado Miembro estuviese en juego. Ahora bien, lo cierto es que los Estados Miembros se encuentran demandados en muchos procedimientos ante tribunales nacionales en los cuales puede entrar en juego la interpretación o aplicación de los tratados europeos. De igual manera, un Estado Miembro puede pactar convenios arbitrales en disputas que pueden implicar temas de derecho de la UE. Por fin, hoy en día es universalmente aceptado que un tribunal arbitral no solo tiene el poder, sino incluso el deber, de aplicar el derecho de la UE.

444. El alcance del artículo 344 del TFUE no puede, por tanto, ser el de prohibir a los Estados Miembros someter cualquier disputa que pudiera implicar una interpretación de los tratados europeos a un procedimiento de resolución distinto de los previstos por el ordenamiento europeo. Como justamente plantea el tribunal del caso *Electrabel c. Hungría*, el alcance del artículo 344 del TFUE es más limitado. Se trata de garantizar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga la última palabra sobre la interpretación del derecho de la UE para asegurar su interpretación uniforme. A al respecto, no puede dársele al artículo 344 del TFUE el alcance que le da el Reino de España, sino que debe considerarse como una más entre otras herramientas que, al prohibir acuerdos de resolución de disputas entre Estados Miembros, permite lograr el objetivo de una aplicación armoniosa del derecho de la UE.

445. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el tribunal del caso *Electrabel v. Hungría* también estimó relevante que la Unión Europea firmó el TCE, aceptando pues la posibilidad de arbitrajes entre inversores y Estados Miembros bajo el artículo 26. Al respecto es relevante notar que el TCE no permite reservas.

(ii) Sobre si la presente disputa es relativa a la interpretación o aplicación de los tratados europeos en el sentido del artículo 344

446. El Reino de España también sostiene que la presente disputa es relativa a la interpretación o aplicación de los tratados europeos en el sentido del artículo 344 del TFUE pues el TCE forma parte del derecho de la UE. La Demandada al respecto se basa en la decisión del caso *Mox Plant* para sostener que, al ser un acuerdo mixto, el TCE tiene el mismo rango en el ordenamiento jurídico comunitario que los acuerdos puramente comunitarios.

447. El Tribunal Arbitral sin embargo no tiene que pronunciarse sobre este argumento, pues ya ha decidido que el artículo 344 TFUE no aplica a un arbitraje entre inversor y Estado.

(iii) Sobre si existe alguna regla de orden público europeo que prohíba la resolución de la presente disputa mediante arbitraje

448. Más allá de sus argumentos sobre el artículo 344 del TFUE, el Reino de España no identifica en sus escritos ninguna regla de orden público europeo que prohíba la sumisión de una disputa entre un inversor y un Estado Miembro a arbitraje. Es oportuno notar, al respecto, que este caso no implica ninguna valoración de la validez de actos comunitarios o decisiones adoptadas por órganos de la Unión Europea y no concierne de manera alguna alegaciones por parte de la Unión Europea de violaciones al derecho de la UE ni tampoco demandas dirigidas en contra de dicha organización. No existe en este arbitraje ningún argumento según el cual el contenido de las normas en discusión (en particular los RRDD 661/2007 y 1578/2008 y/o las normas de 2010) sea contrario al derecho de la UE. Más allá de los argumentos concernientes al carácter supuestamente contrario al derecho de la UE de la sumisión al arbitraje de la disputa (los cuales ya han sido discutidos y resueltos), el Reino de España no ha alegado que la decisión que pueda tomar este Tribunal en el fondo (sea que estime las demandas en todo o parte o que las desestime) pueda vulnerar de alguna manera el ordenamiento europeo.

449. Es cierto que, así como señala la Demandada, [nt. *omissis*] recientemente la Comisión Europea ha resuelto iniciar un procedimiento de examen preliminar de ayudas de Estado, el cual se ha extendido al régimen de retribución de energías renovables previsto en el RD 661/2007 y RD 1578/2008. Sin embargo, como señalan las Demandantes, esta iniciativa no ha dado lugar hasta ahora a ninguna decisión. De todas formas, aunque existiera alguna problemática de esta naturaleza, se trataría de un tema de orden público que el Tribunal Arbitral debería tomar en cuenta al momento de decidir el fondo de la disputa, por supuesto bajo el control del juez que eventualmente esté llamado a analizar la validez del laudo.

450. En base a lo anterior, el Tribunal Arbitral se declara competente para resolver la presente disputa”.

En el caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30), igualmente se analizaron las objeciones a la jurisdicción referidas a la aplicabilidad del Derecho de la UE y, en particular, de su sistema de solución de controversias. De particular interés son las consideraciones del órgano arbitral sobre el principio de primacía del Derecho de la UE en este contexto del arbitraje pasado en un acuerdo de protección de inversiones entre Estados miembros de la UE:

“71. The main issue raised by the objection to the jurisdiction of the Tribunal based on the “supremacy” of the EU law is whether such alleged supremacy prevails over norms of international law.

72. The Tribunal has no doubt that, in the relations between Member States of the EU that fall within the scope of the EU constitutional framework, the principle is that EU law prevails and this holds true for “primary law” (treaties) as well as for secondary rules. In this perspective there is no need to differentiate between both – subject however to the hierarchy of norms within the EU legal order in which international agreements concluded by the Union enjoy “primacy over provisions of secondary Community [or EU] legislation”.

73. Nor does the Tribunal question that the EU law as a whole (primary and secondary rules together) must be considered as being part of international law outside the EU legal order.

*74. However, this Tribunal has been established by a specific treaty, the ECT, which binds both the EU and its Member States on the one hand and non-EU States on the other hand. As for the latter, EU law is res inter alios acta and it cannot be upheld that, by ratifying the ECT, those non-EU States have accepted the EU law as prevailing over the ECT. The ECT is the “constitution” of the Tribunal and, to use the terminology of the UNCITRAL tribunal in *PV Investors v. Spain*, [text and note blacked out].¹¹_{SEP} This is what the Parties to the ECT agreed amongst themselves; it is not within the jurisdiction of the Tribunal to alter this.*

*75. Therefore, in case of any contradiction between the ECT and EU law, the Tribunal would have to insure the full application of its “constitutional” instrument, upon which its jurisdiction is founded. This conclusion is all the more compelling given that Article 16 of the ECT expressly stipulates the relationship between the ECT and other agreements – from which there is no reason to distinguish EU law. It follows from this that, if there must be a “hierarchy” between the norms to be applied by the Tribunal, it must be determined from the perspective of public international law, not of EU law. Therefore, the ECT prevails over any other norm (apart from those of ius cogens – but this is not an issue in the present case). In this respect, this Tribunal fully agrees with the position of the tribunal in *Electrabel*.*

*76. This being said, and contrary to the position of the *Electrabel* tribunal, the present Tribunal is of the opinion that, to the extent possible, in case two treaties*

are, equally or unequally, applicable, they must be interpreted in such a way as not to contradict each other. Such a canon of interpretation is not different from that taken by the CJEC, which held that “[w]hen the wording of secondary Community legislation is open to more than one interpretation, preference should be given as far as possible to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty [...] Similarly, the primacy of international agreements concluded by the Community over provisions of secondary Community legislation means that such provisions must, so far as is possible, be interpreted in a manner that is consistent with those agreements”. Such a harmonious or harmonizing interpretation is all the more compelling in the present case when, as rightly noted by the Respondent, the EU played a predominant role in promoting and negotiating the ECT. As observed by the tribunal in Electrabel, “it would have made no sense for the European Union to promote and subscribe to the ECT if that had meant entering into obligations inconsistent with EU law”. That observation is consistent with Article 207(3) TFEU, which requires the Council and the Commission to ensure that “the agreements negotiated are compatible with internal Union policies and rules”.

77. For these reasons, the Tribunal is of the view that such a process of interpretation does no violence to the text or spirit of either the ECT or EU law”.

V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹¹

En este epígrafe se analizan varias decisiones emitidas por comisiones *ad hoc* de anulación, no habiendo en esta edición de la crónica ninguna decisión sobre revisión.

1. La revisión de los laudos arbitrales

2. La anulación de los laudos arbitrales dictados en el marco del CIADI

En primer lugar, en el caso *Total S.A. c. Argentina* la comisión *ad hoc* se enfrentó al análisis de las tres causas de anulación presentadas por Argentina, a saber: 1) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 2) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d) y 3) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

En cuanto a la primera causa de anulación, la comisión adoptó una interpretación ortodoxa de la extralimitación manifiesta de las facultades, aceptando analizarla tanto en los aspectos relacionados con la jurisdicción como en los relativos al fondo:

“171. El Comité es de la opinión, y las Partes no parecen cuestionarlo, que el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI exige que exista una “extralimitación” en el ejercicio de las facultades del Tribunal y que dicha extralimitación debe ser “manifiesta.

¹¹ Epígrafe elaborado conjuntamente por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives y la Profa. Laura Aragonés Molina.

(...)

175. De conformidad con lo anterior, un comité *ad hoc* en virtud del Convenio del CIADI no puede anular un laudo sobre la base de que su interpretación de los hechos o del derecho, o apreciación de la prueba es diferente a la del tribunal. Si lo hace, cruzará la línea que separa la anulación de la apelación.

176. El Comité está de acuerdo con otros que han afirmado que nada en el Convenio del CIADI indica que deberá aplicarse un criterio diferente a las cuestiones de jurisdicción. Por lo tanto, sólo puede anularse un laudo si la falta o la extralimitación de la jurisdicción fue manifiesta. Este Comité considera que no existe diferencia alguna en el criterio de revisión aplicable a una reclamación de extralimitación manifiesta de facultades sobre jurisdicción o el fondo.

(...)

180. En consecuencia, cuando se realiza una alegación de que existe una extralimitación en las facultades por falta de aplicación del derecho aplicable, el papel de un comité *ad hoc* no es verificar si fue correcta la interpretación del derecho por parte del tribunal, o si determinó los hechos correctamente o si apreció las pruebas correctamente. Estos temas son relevantes para un recurso de apelación, pero no para un procedimiento de anulación en consideración de las causales limitadas previstas bajo el Convenio del CIADI.

(...)

184. El Comité considera asimismo que cuando más de una interpretación o enfoque para concluir cuál debería ser el derecho aplicable sea posible, no puede anularse un laudo en razón de que sufre de un ejercicio de extralimitación de facultades, mucho menos una extralimitación manifiesta de facultades.

185. En síntesis, aún si un Tribunal se extralimita en sus facultades, la extralimitación debe ser evidente a simple vista para que la anulación sea un recurso disponible. Si la cuestión es susceptible de argumento “en uno u otro sentido” no es manifiesta o si el tema es debatible o exige un análisis del material en que se fundó la decisión del tribunal, entonces la determinación del tribunal es concluyente.

(...)

241. Los tribunales de arbitraje son los jueces de su propia competencia y, por consiguiente, tienen la facultad de decidir si tienen o no jurisdicción para resolver la diferencia entre las partes con base en el acuerdo arbitral de las partes y los requisitos jurisdiccionales del Convenio.

242. El requisito del Artículo 52(1)(b) del Convenio según el cual la extralimitación de facultades debe ser manifiesta se aplica de la misma manera a las decisiones jurisdiccionales y a la falta de aplicación del derecho aplicable pertinente. Esto significa que un comité *ad hoc* no puede revisar de novo la decisión del tribunal en materia de jurisdicción. Un comité *ad hoc* sólo podría

anular un laudo por extralimitación manifiesta de facultades relativa a la jurisdicción si esta fuera obvia, clara o evidente, sin necesidad de proceder a un análisis elaborado de la decisión en virtud de la cual el tribunal ejerció jurisdicción que no posee o no ejerció jurisdicción que posee”.

A la luz de todas las anteriores observaciones, la comisión *ad hoc* examinó de manera sucesiva y por este orden los argumentos presentados por Argentina tanto a las cuestiones de fondo como de jurisdicción.

En cuanto a los aspectos relacionados con el derecho aplicable al fondo de la controversia, Argentina señalaba que el tribunal arbitral no había aplicado el derecho argentino ni a la hora de ponderar el *jus standi* de la demandante, ni tampoco al examinar la doctrina de la emergencia. Asimismo, alegaba que tampoco se había aplicado el artículo 5.3 del APPRI celebrado entre Argentina y Francia ni la defensa de necesidad contemplada por el DI consuetudinario. La comisión rechazó todas estas observaciones y no aceptó la anulación del laudo por concurrir una extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal:

“192. La Demandada considera que debería haberse aplicado el derecho argentino a la determinación del *ius standi* de Total y que, si se hubiera aplicado el derecho argentino, el Tribunal habría concluido que un accionista no podía presentar una reclamación alegando la violación de los derechos de la compañía, tal como lo hizo Total. Considera asimismo que el derecho internacional general no permite las acciones indirectas o derivadas, salvo que se haya previsto expresamente la posibilidad de presentar estas acciones en un instrumento adecuado.

(...)

199. Está claro para este Comité que un tribunal arbitral tiene la autoridad para interpretar el texto de un tratado específico y determinar, con base en la interpretación del tratado, el enfoque que seguirá para identificar el derecho aplicable y establecer de qué manera ese derecho se aplica a la cuestión de que se trate. Un comité *ad hoc* no podría revisar si es correcta tal interpretación.

200. Nada en el TBI Argentina-Francia exige que el Tribunal aplique la totalidad de las leyes enumeradas en el Artículo 8(4) a todas las cuestiones objeto de controversia, o que le otorgue al tratado, a la legislación doméstica o al derecho internacional una jerarquía o preferencia especial para definir una cuestión objeto de controversia. Por lo tanto, le corresponde al Tribunal interpretar el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Francia y decidir la interacción entre las diferentes fuentes del derecho allí enumeradas.

201. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal Arbitral definió en primer lugar la cuestión que debía decidir, es decir, si las medidas que supuestamente afectaron en forma negativa a las compañías locales, en las que Total es socio minoritario, pueden constituir una violación de la protección concedida por el TBI y, por lo tanto, si el caso que nos ocupa constituía una “diferencia surgida directamente de una inversión”.

202. Posteriormente, el Tribunal consideró que Total estaba invocando derechos bajo el tratado, y procedió a analizar la definición de “inversión” en virtud del TBI Argentina-Francia, refiriéndose a su objeto y fin y citando jurisprudencia internacional (...)

203. Al abordar la objeción sobre jurisdicción con base en la supuesta falta de *ius standi*, el Tribunal reitera que las reclamaciones de Total se encuentran dentro del ámbito del TBI y que el Tribunal tiene jurisdicción, explica los motivos por los cuales no son aplicables el caso *Barcelona Traction* y el derecho argentino e indica que Total invoca derechos bajo el tratado en su calidad de inversionista en virtud del TBI Argentina-Francia, y, por lo tanto, las reclamaciones de Total no se pueden “calificar de reclamaciones indirectas (o “reclamaciones derivadas”), como si Total estuviese reclamando en nombre o en lugar de sus filiales los derechos concedidos a estas últimas por las leyes argentinas. Es, por tanto, irrelevante que esas reclamaciones fuesen inadmisibles en virtud de esas leyes y que no estuviesen sujetas en ningún caso a la competencia de un tribunal de arbitraje del CIADI”.

204. En síntesis, en el caso que nos ocupa, el Tribunal identificó en primer lugar la cuestión objeto de la controversia, es decir, si Total tenía una inversión y, por tanto, si existió una “diferencia surgida directamente de una inversión”. Posteriormente decidió que el derecho aplicable para esa cuestión particular era el TBI Argentina-Francia y aplicó la definición de “inversión” en el TBI Argentina-Francia para arribar a la conclusión de que la definición incluía a los accionistas minoritarios y, por lo tanto “las reclamaciones relativas a las tenencias accionarias indirectas y minoritarias de Total en TGN, HPDA y Central Puerto son diferencias relativas a inversiones, según la definición del TBI”. Al considerar que las diferencias eran relativas a una inversión, el Tribunal concluyó que tenía “jurisdicción en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y el Artículo 8.1 del TBI con respecto a esas diferencias de naturaleza jurídica surgidas directamente de una inversión”.

205. En lo que se refiere a la legislación argentina, el Tribunal indicó que en tanto había una inversión de conformidad con el TBI Argentina-Francia y Total estaba invocando derechos en virtud del TBI Argentina-Francia, las reclamaciones no podían ser consideradas indirectas o derivadas como si Total estuviese reclamando derechos de sus filiales en virtud de las leyes argentinas y, por lo tanto, “es irrelevante que esas reclamaciones fuesen inadmisibles en virtud de esas leyes y que no estuviesen sujetas en ningún caso a la competencia de un tribunal de arbitraje del CIADI”.

206. Lo anterior no significa, como sugiere Argentina, que el Tribunal haya considerado que el ordenamiento jurídico argentino o la legislación argentina sean irrelevantes. Las Decisiones y el Laudo deben leerse en contexto y no de manera aislada. El Tribunal consideró, tal como se indicó en los párrafos anteriores, que la cuestión objeto de controversia era si Total tenía o no una inversión bajo el TBI Argentina-Francia, y, por lo tanto, si la diferencia era relativa a una inversión. El Tribunal decidió que la cuestión objeto de controversia debía definirse en virtud de las disposiciones del TBI Argentina-Francia y no en virtud de las leyes argentinas y explicó los motivos de esa decisión.

(...)

209. Ni el enfoque aplicado por el Tribunal para determinar el derecho aplicable ni la decisión de aplicar las disposiciones del TBI Argentina-Francia a la cuestión objeto de la controversia – *ius standi* de Total – equivalen a una desestimación del derecho aplicable, mucho menos una falta de aplicación de la legislación argentina. Argentina considera que el Tribunal debería haber seguido un enfoque diferente para determinar el derecho aplicable, y que dicho enfoque debería haber redundado en la aplicación de la legislación argentina para definir si Total, siendo un accionista minoritario, tenía derecho a reclamar en calidad de inversionista.

210. Tal como lo mencionó anteriormente este Comité, nada en el TBI Argentina-Francia exige que el Tribunal aplique la totalidad de las leyes enumeradas en el Artículo 8(4) a todas las cuestiones objeto de controversia o que otorgue a una ley una jerarquía especial para definir una cuestión controvertida. Lo que Argentina le está pidiendo a este Comité es que revise *de novo* no sólo la interpretación del Tribunal Arbitral que lo condujo a concluir que el derecho aplicable era el TBI Argentina-Francia, sino que reconsidere los argumentos ante el Tribunal sobre cuál es el derecho aplicable, y que asimismo concluya que el Tribunal Arbitral debería haber aplicado la legislación argentina para determinar si Total era titular de una inversión protegida en virtud del TBI Argentina-Francia. Esto equivaldría a una apelación de las Decisiones del Tribunal Arbitral, lo que se encuentra prohibido según la interpretación correcta de las disposiciones del Convenio del CIADI.

(...)

217. Un tribunal arbitral tiene la facultad de caracterizar la cuestión objeto de controversia, interpretar las disposiciones del tratado en lo que se refiere al derecho aplicable y determinar qué derecho aplica a una cuestión determinada. Un comité ad hoc no podría revisar esa interpretación en razón de una extralimitación de facultades, salvo que sea manifiesto, evidente, que el tribunal arbitral no aplicó el derecho conforme al Artículo 42 del Convenio del CIADI.

218. El Comité ya estableció que el TBI Argentina-Francia no exige que el Tribunal Arbitral aplique todas las leyes enumeradas en el Artículo 8(4) a todas las cuestiones objeto de controversia, o que otorgue a una ley dada una jerarquía especial para definir una cuestión objeto de controversia. En el caso que nos ocupa, el Tribunal identificó dos cuestiones distintas, caracterizó la cuestión controvertida, y posteriormente decidió qué derecho debería aplicar a cada cuestión específica.

219. En primer término, el Tribunal consideró la cuestión relativa “a la función de la legislación interna de la Argentina en cuanto a la determinación del contenido y el alcance de los derechos económicos de Total a la luz del sistema jurídico argentino” y concluyó que a fin de determinar dicho contenido y alcance las leyes de Argentina tenían una norma más amplia que la de sólo determinar cuestiones de hecho.

220. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral consideró si la doctrina de emergencia en virtud de la legislación argentina era, tal como afirmó Argentina, relevante para determinar si había ocurrido una violación del TBI.

221. En este sentido, el Tribunal Arbitral razonó que (i) la responsabilidad de Argentina en virtud del TBI Argentina-Francia debe ser evaluada mediante la aplicación del propio tratado y las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario; (ii) Argentina no puede eludir la responsabilidad internacional por violación del TBI Argentina-Francia por invocación del principio de emergencia en virtud de la legislación argentina (Artículo 27 de la CVDT); y (iii) el hecho de que cualquier medida local que pudiera ser legítima en el ordenamiento jurídico argentino gracias a la doctrina de emergencia no relevaría al Tribunal de analizar si de todos modos Argentina había violado el TBI.

222. El Comité considera que en los párrafos 39 y 40 de la Decisión sobre Responsabilidad el Tribunal caracterizó cada cuestión que debía decidir, determinó qué derecho debía aplicar a cada una de esas cuestiones, y explicó los motivos para ello. No existe una falta de aplicación del derecho, tal como sugiere Argentina, sino una decisión razonada respecto de qué derecho debía aplicar a cada cuestión específica. Lo que Argentina le está pidiendo a este Comité es o bien que aplique todas las normas enumeradas en el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Francia, para concluir que debería haber prevalecido la doctrina argentina de emergencia, o que considere que se debería haber aplicado la legislación argentina, y no el TBI Argentina-Francia, a la cuestión de la doctrina de emergencia. Esto equivaldría a una apelación de las decisiones del Tribunal Arbitral, que está prohibida como se desprende de una interpretación apropiada del Convenio del CIADI. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación.

(...)

225. Según Argentina, el Tribunal nunca expresó los motivos en que se fundaba su decisión y tornó ineficaz el Artículo 5(3) al aseverar que tal disposición no es aplicable a las pérdidas derivadas de medidas adoptadas por el gobierno en una situación de emergencia nacional, cuando, por lo general, el Estado es exclusivamente responsable de sus medidas (y, por ende, conforme a la interpretación del Tribunal, el Artículo 5(3) no tendría efecto útil). La sugerencia del Tribunal que el Artículo 5(3) del TBI sólo opera cuando una parte les ha otorgado una compensación de pérdidas a sus propios inversionistas o a los inversionistas de un tercer estado, crea una condición que no fue incorporada en el texto de la disposición.

226. El Comité no coincide con Argentina y considera que no hay falta de aplicación del Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia, sino un desacuerdo de Argentina con la interpretación de dicho Artículo por parte del Tribunal Arbitral y con la conclusión del Tribunal Arbitral que surge de dicha interpretación.

227. En el párrafo 229 de la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal señaló que el Artículo 5(3) no es aplicable a una emergencia económica a menos que haya derivado en una emergencia nacional en la que se han sufrido pérdidas, tales como las que surgen como resultado de una guerra, rebelión o cualquier otro tipo de disturbio civil. El Tribunal interpretó el artículo mencionado y concluyó que, en el presente caso, la emergencia económica nacional no se encontraba contemplada por el artículo en cuestión y explicó los motivos de dicha conclusión. La

disposición fue considerada, y el Tribunal expresó el razonamiento subyacente a su interpretación del artículo. No hay falta de aplicación del derecho aplicable.

(...)

233. En la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal Arbitral analizó específicamente la defensa de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario.

234. Inicialmente, el Tribunal Arbitral explicó lo siguiente: (i) que era Argentina, como parte que plantea la defensa, quien debía probar que los elementos requeridos en virtud del Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado se cumplían; (ii) las razones para considerar que el Tribunal Arbitral debería evaluar la defensa de necesidad exclusivamente respecto de la omisión de Argentina de reajustar las tarifas de gas; y (iii) lo que dicha evaluación de la defensa de necesidad implica, esto es, los requisitos de “intereses esenciales” y “único modo”.

(...)

238. La lectura de los párrafos mencionados de la Decisión sobre Responsabilidad lleva al Comité a concluir que Argentina se equivoca al argumentar que el Tribunal nunca precisó los estándares jurídicos que han de cumplirse en relación con la necesidad de protección de un interés esencial y el requisito de “único modo”. Por el contrario, lo que indican dichos párrafos es que Argentina definió lo que consideraba los estándares de la “necesidad” de protección de un interés esencial y el requisito de “único modo”, pero no demostró los estándares que había definido.

239. En síntesis, la Decisión sobre Responsabilidad no rechaza los estándares jurídicos invocados por Argentina a fin de aplicar estándares que el Tribunal no definió, tal como sugiriera Argentina. La Decisión sobre Responsabilidad considera tanto los estándares invocados por Argentina como los hechos que presenta Argentina en sustento de dichos estándares y concluye que Argentina no demostró sus propios estándares. Esto no supone una falta de aplicación del derecho aplicable. Se trata simplemente de un desacuerdo de Argentina con el análisis jurídico y las conclusiones del Tribunal Arbitral. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación”.

En lo tocante a los argumentos presentados por Argentina para fundamentar la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal en la parte de jurisdicción de la controversia, la comisión *ad hoc* no aceptó las alegaciones del Estado receptor de la inversión que, en este punto, versaban sobre la imposibilidad de interponer acciones indirectas y las extralimitaciones surgidas en el proceso de renegociación:

“249. En su conclusión a favor de la jurisdicción, el Tribunal consideró que los términos del TBI y del Convenio del CIADI constituían el derecho relevante para determinar la legitimación para presentar reclamaciones en virtud del TBI y, en particular, rechazó la caracterización por parte de Argentina de las reclamaciones de Total como reclamaciones derivadas, así como su alegación de que el derecho argentino debe aplicarse en aras de invalidar estas reclamaciones. También analizó y rechazó la alegación de Argentina de que debería aplicarse el derecho

internacional y que, en virtud de la jurisprudencia de la CIJ, las reclamaciones eran reclamaciones derivadas o indirectas.

250. En este procedimiento de anulación, Argentina no pudo sustanciar que el Tribunal Arbitral se extralimitó manifiestamente en sus facultades al concluir que tenía jurisdicción. Las disposiciones en materia de derecho aplicable del TBI Argentina-Francia no dicen nada que le imponga al Tribunal una jerarquía particular o un método específico de interpretación o aplicación de las leyes que enumera como aplicables. Argentina simplemente disiente de la decisión del Tribunal en cuanto a la interpretación y aplicación de la interacción entre las disposiciones legales particulares mencionadas en el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Francia, y le pide al Comité que retome la cuestión y concluya que el derecho argentino, y no el derecho internacional ni el TBI Argentina-Francia, debería ser aplicable y que, conforme a dicha legislación, las reclamaciones eran derivadas o indirectas. Esto supondría una revisión *de novo* por parte de este Comité, que no está permitida en virtud del Convenio del CIADI. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación.

251. Argentina sostiene que, durante la fase jurisdiccional del procedimiento de arbitraje, se opuso a la jurisdicción del Tribunal porque la controversia era de naturaleza contractual. Total se opuso a dicha excepción a la jurisdicción. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal rechazó la excepción en cuestión e indicó que Total no le había pedido al Tribunal que evaluara el proceso de renegociación en virtud de la reglamentación de Argentina ni que se ocupara del fondo del proceso de renegociación respecto del cual el Tribunal no tendría competencia.

252. Sin embargo, según Argentina, en su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal se contradijo y declaró a Argentina responsable de violar el estándar de trato justo y equitativo debido a los resultados inconclusos del proceso de renegociación. Al declarar a Argentina responsable en su Decisión sobre Responsabilidad sobre la base de lo que el Tribunal había excluido del ámbito de su competencia en la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal excedió su ámbito de competencia, lo que constituye una extralimitación manifiesta de facultades conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI.

(...)

254. En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal analiza no sólo el congelamiento de tarifas a partir del año 2002, sino también el proceso de revisión de las tarifas iniciado por Argentina, incluida la propuesta de renegociación. El Tribunal consideró que “[e]l fracaso del proceso de renegociación de 2002 para llevar adelante los reajustes, sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes para ese fin, podría ser entendido a la luz de la emergencia política y económica de ese período”.

255. Asimismo, el Tribunal razonó que esto no era cierto luego de la elección del Presidente Kirchner y la creación a través de la UNIREN de un mecanismo general destinado a llevar a cabo reajustes tarifarios y que se había reconocido que la economía argentina se recuperó rápidamente de la crisis—a más tardar, a fines del año 2003 y comienzos del año 2004. Se exigió que la UNIREN concluyera el

proceso de renegociación, a más tardar, el 31 de diciembre de 2004, y, recién en el mes de abril de 2007, la UNIREN propuso un Acta de Acuerdo definitiva que no habría subsanado la falta de reajuste del pasado. Después de analizar las condiciones del Acta de Acuerdo propuesta, el Tribunal afirmó lo siguiente: “Total aduce que estas condiciones representan una violación adicional del tratamiento justo y equitativo consagrado en el Artículo 3 del TBI”.

(...)

257. El Comité no encuentra contradicción, y menos aún un exceso de jurisdicción, en la Decisión sobre Jurisdicción en comparación con los párrafos pertinentes de la Decisión sobre Responsabilidad en cuanto al proceso de renegociación.

(...)

260. En la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal consideró el proceso de renegociación como hecho, como parte de la conducta de Argentina, a fin de determinar si la conducta de Argentina en relación con el congelamiento de tarifas, incluida la conducta de Argentina en relación con el proceso de renegociación, constituía una violación del TBI Argentina-Francia.

261. Dicha revisión de la conducta durante el proceso de renegociación no implica, tal como sugirió Argentina, una revisión del fondo de la propia renegociación, la cual es una cuestión de derecho argentino. Al considerar que el proceso de renegociación estaba demorado, que no estaba concluido, que no podía restablecer el equilibrio de las tarifas y, por lo tanto, que Argentina violó “su obligación en virtud del TBI de otorgar un tratamiento justo y equitativo a Total según el Artículo 3 respecto de la inversión de Total en TGN”, el Tribunal no está realizando una evaluación del fondo ni de la legalidad de la renegociación en sí misma, sino una evaluación que consiste en determinar si la conducta de Argentina en cuanto a la renegociación constituye una violación del TBI Argentina-Francia.

262. Por consiguiente, no existe contradicción alguna entre la Decisión sobre Jurisdicción y la Decisión sobre Responsabilidad, y al Comité le queda claro que el Tribunal no revisó ni el proceso de renegociación conforme al derecho argentino ni al fondo jurídico, por ende, no hay causal de anulación por la supuesta extralimitación manifiesta de facultades en relación con el proceso de renegociación. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación”.

Por lo que respecta a la segunda causa de anulación, el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, la comisión definió esta causa por referencia a la práctica arbitral anterior:

“313. En los términos del comité *ad hoc* en el caso *CDC c. Seychelles*: “Un quebrantamiento es grave cuando es ‘sustancial y [es] tal que priva a la parte del beneficio o protección que la norma pretendía proporcionar’. En otras palabras, ‘la violación de dicha norma debe haber conducido al Tribunal a un resultado sustancialmente distinto del que habría alcanzado si se hubiera respetado la norma en cuestión’. En cuanto a qué normas de procedimiento son fundamentales, los redactores del Convenio no intentaron enumerarlas, pero el consenso parece ser

que solo las normas de justicia natural – normas relacionadas con la justicia esencial del procedimiento – son fundamentales (...)” [Traducción del Comité].

314. Respecto a las normas de procedimiento que han de considerarse fundamentales, el Comité considera que son las normas de justicia natural, esto es, normas relacionadas con la justicia esencial del procedimiento. Ambas Partes coinciden en que las normas fundamentales de procedimiento incluyen las siguientes: (i) el trato equitativo de las partes; (ii) el derecho a ser oídas; (iii) un Tribunal independiente e imparcial; (iv) el tratamiento de la prueba y la carga de la prueba; y (v) las deliberaciones entre los miembros del Tribunal”.

La comisión *ad hoc* también rechazó este argumento presentado por Argentina, de una forma muy directa:

“317. Para que la solicitud de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) de Argentina prospere debería haber demostrado que el Tribunal Arbitral, en su Decisión sobre Responsabilidad, se pronunció respecto de cuestiones que había excluido del ámbito de su jurisdicción, es decir, el fondo jurídico de tal renegociación. Pero Argentina no logró demostrar eso. En la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal analizó el proceso de renegociación como hecho, como parte de la conducta de Argentina, a fin de determinar si la conducta de Argentina en relación con el congelamiento de tarifas y la conducta de Argentina en relación con el proceso de renegociación constituyeron una violación del TBI Argentina-Francia”.

En cuanto a la tercera causa de anulación discutida en el procedimiento, la falta de expresión de motivos en el laudo, la decisión sobre anulación definió esta causa de anulación de la siguiente forma, en línea con la práctica arbitral anterior:

“269. (...) tal como ya sostuvo el comité ad hoc de Daimler c. Argentina, el estándar de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI es, por lo tanto, alto. No permite que un comité *ad hoc* cuestione el razonamiento del tribunal y eso le impone al solicitante la carga de probar que el razonamiento del tribunal sobre una cuestión que es esencial para el resultado del caso estaba ausente, era incomprensible, contradictorio o frívolo. La demandante debe cumplir esta carga para que sus pretensiones prosperen”.

La comisión *ad hoc* de anulación rechazó los argumentos de Argentina, que afirmó que el laudo arbitral no había expresado suficientemente los motivos en que se fundaba al confirmar la jurisdicción del tribunal arbitral, declarar la violación del art. 3 del APPRI celebrado entre Argentina y Francia, interpretar la doctrina de la emergencia argentina, interpretar el art. 5.3 del citado APPRI, interpretar la defensa de necesidad en virtud del DI consuetudinario y calcular los daños:

“273. Tal como ya se mencionó en esta Decisión sobre Anulación, el Tribunal caracterizó la cuestión que debía resolverse, determinó el derecho aplicable a tal cuestión (el TBI Argentina-Francia), estableció las consecuencias de dicha aplicación y, luego, analizó y rechazó el razonamiento de Argentina según el cual

las reclamaciones de Total eran reclamaciones derivadas, explicando los motivos de tal rechazo.

(...)

275. Aquí, nuevamente, Argentina le pide a este Comité que revise de novo la conclusión de aplicabilidad del TBI Argentina-Francia por parte del Tribunal Arbitral a efectos de que concluya que el Tribunal debió haber aplicado el derecho argentino para definir si Total tenía una inversión protegida bajo el TBI Argentina-Francia. Esto constituiría una apelación de las decisiones del Tribunal Arbitral, que se encuentra expresamente prohibida por las disposiciones del Convenio del CIADI. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación.

(...)

277. El Comité ya ha concluido que no existe contradicción semejante, y, por lo tanto, la alegación relativa a la falta de expresión de motivos al concluir que se había incurrido en una violación del Artículo 3 del TBI Argentina-Francia carece de fundamento y debe ser rechazada. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación.

(...)

280. El Comité también ha señalado que la decisión sobre la doctrina de emergencia es una decisión fundada y que el Tribunal adoptó una interpretación del TBI Argentina-Francia en cuanto a la determinación del derecho aplicable a cada cuestión objeto de debate.

281. Argentina le pide a este Comité que revise dicha interpretación y considere que el método correcto consiste en aplicar todas las leyes aplicables mencionadas en el Artículo 8(4) del TBI Argentina-Francia a la cuestión objeto de debate y, luego, explicar cómo puede resolverse el posible conflicto entre las leyes aplicables.

282. Una vez más, se trata de una solicitud de cuestionamiento del razonamiento del Tribunal, que no está permitida en virtud de las limitadas causales de anulación del Convenio del CIADI.

(...)

284. Tal como ya mencionó y analizó el Comité, conforme al párrafo 229 de la Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal analizó los motivos para considerar que el Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia no es aplicable a una emergencia económica a menos que haya derivado en una emergencia nacional en la que se hayan sufrido pérdidas, como las que surgen como resultado de una guerra, rebelión o cualquier otro tipo de disturbio civil. El Tribunal realizó su interpretación del Artículo mencionado para concluir que la emergencia económica nacional no se encontraba contemplada por el Artículo en cuestión y explicó los motivos de dicha conclusión. El Tribunal Arbitral expresó el razonamiento

subyacente a su interpretación del Artículo. No hay falta de aplicación del derecho aplicable y, menos aún, falta de razonamiento.

(...)

286. El Comité hace referencia al análisis realizado en virtud de d. Falta de aplicación de la defensa de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario (...). El Tribunal Arbitral fundó su decisión y concluyó que Argentina no demostró los estándares que había invocado.

287. Argentina disiente de la interpretación y la conclusión, pero no ha podido demostrarle a este Comité que no hubo razonamiento de parte del Tribunal Arbitral, ni que las razones invocadas por el Tribunal Arbitral son contradictorias y se cancelan mutuamente de manera que equivalen a una falta de motivación.

(...)

289. Argentina considera que hay tres contradicciones diferentes en las decisiones del Tribunal Arbitral relativas al cálculo de daños (...)

(...)

295. a efectos del cálculo del reajuste, y teniendo en cuenta que dicho cálculo debería considerar el índice de precios locales del mes anterior, dado que esa era la forma en la que se calculaban las tarifas en Argentina, el Tribunal Arbitral aplicó un índice de precios correspondiente al primer semestre del año 2002.

296. Argentina no explica cómo la aplicación de un índice de variación de precios correspondiente al primer semestre del año 2002 cambia o contradice la conclusión según la cual las medidas adoptadas con anterioridad al 1 de julio de 2002 no eran ilícitas. Argentina no demuestra que haya falta de razonamiento. El Comité concluye que el Tribunal Arbitral fundó su decisión de manera lógica. En consecuencia, se rechaza esta causal de anulación.

(...)

298. Primero, si la supuesta contradicción es que la conclusión de que no se requería revisión extraordinaria es incongruente con el supuesto de que las tarifas se habrían ajustado naturalmente de acuerdo con la indexación en virtud del escenario contra fáctico, el Comité no encuentra contradicción alguna, en tanto ambas conclusiones son perfectamente compatibles. Segundo, si la supuesta contradicción es que el Tribunal Arbitral aplicó una base de costos a efectos de la proyección de las tarifas con la que Argentina no coincide, se trataría de una revisión de la decisión sobre el fondo que este Comité no está autorizado a efectuar.

(...)

300. Argentina encuentra una contradicción entre la conclusión del Tribunal Arbitral contenida en el Laudo según la cual Total habría podido honrar su deuda si

se hubieran ajustado las tarifas cuando, al mismo tiempo, había advertido que Total no había podido cancelar su deuda como consecuencia de la devaluación—circunstancia de la que Argentina no fue declarada responsable—y que los efectos de la pesificación no habrían de incluirse en el cálculo de daños.

301. El Comité considera que no existe contradicción semejante y que, incluso si se supone que la presunta contradicción existe, Argentina no ha demostrado que ella sería determinante para el resultado. El Tribunal Arbitral advirtió que la pesificación en sí misma cumplía con el TBI Argentina-Francia y, por consiguiente, que la pesificación debería incorporarse a los escenarios tanto real como contra fáctico. Sin embargo, esto no implicaría que las tarifas no pudieran surgir en el escenario contra fáctico. El Tribunal advirtió que el estándar de trato justo y equitativo requería una indexación razonable de tarifas luego de la pesificación, y dicho aumento de tarifas en el escenario contra fáctico parece haber llevado al Tribunal a concluir que TGN se habría mantenido solvente si no hubiera habido conducta ilícita por parte de Argentina.

302. El Comité coincide con la Demandante en que, en función de lo que antecede, el Laudo era perfectamente congruente al incorporar la pesificación a ambos escenarios y suponer aumentos razonables de tarifas en el escenario contra fáctico, a diferencia de las tarifas congeladas del escenario real.

303. En sus presentaciones ante este Comité, Total explicó de manera convincente que incluso si hubiera una contradicción, tal como alega Argentina, si TGN no hubiera podido pagar su deuda, hubiera sido reestructurada, lo que habría redundado en más valor para los tenedores de títulos de participación como TGN y en una cifra más elevada en materia de daños. Esto significaría que la supuesta contradicción no sería determinante para el resultado”.

Por último, por lo que se refiere a las costas y honorarios de abogados, la comisión *ad hoc* decidió que las primeras fueran sufragadas íntegramente por Argentina, mientras que cada parte debía asumir los segundos.

En segundo lugar, en el caso *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina*, Argentina pretendió la anulación del laudo fundando su solicitud en cuatro de las cinco causas de anulación previstas en el Convenio CIADI, a saber: 1) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente (art. 52.1.a), 2) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 3) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d) y 4) que no se hubiere expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

Con carácter previo, la comisión *ad hoc* consideró conveniente precisar la naturaleza del procedimiento de anulación y las facultades de la comisión, ya que las partes en litigio disientan en algunos de estos aspectos.

Así, ante ciertas diferencias encontradas en los escritos presentados por Argentina sobre el objeto de su solicitud de anulación, la primera cuestión que la comisión *ad hoc* aclaró

fue que su competencia se circunscribía a la posible anulación del laudo final, no de otras decisiones dictadas en el curso del procedimiento de origen:

“62. En primer lugar, del texto del Artículo 52(1) claramente surge que es sólo un laudo lo que una parte puede pretender anular, no una decisión que un tribunal pueda haber adoptado como parte de las etapas que conducen a un laudo. Por lo tanto, no está abierto a una parte pretender la anulación de una decisión para no recusar a un árbitro o una decisión de que el tribunal posee jurisdicción en ese caso. Una parte que está insatisfecha con una decisión debe aguardar hasta que el tribunal dicte su laudo final. Sólo entonces puede incoar procedimientos de anulación. Naturalmente, está abierto a la parte alegar que debería anularse el laudo debido a que está viciado por un error en una decisión anterior; por ejemplo, una parte es libre de alegar que el laudo implicaba una extralimitación manifiesta de facultades porque anteriormente el tribunal había adoptado una decisión sobre jurisdicción que era fatalmente defectuosa. En efecto, un destacado comentarista considera que “las decisiones sobre jurisdicción finalmente son incorporadas a los laudos ya sea en forma explícita o por implicancia” y que “en esa etapa devienen pasibles de anulación como partes del laudo”. [Traducción del Comité]. Pero es el propio laudo, y sólo el laudo, lo que el comité *ad hoc* puede anular.

63. La Solicitud de Argentina solamente persigue la anulación del Laudo. Sin embargo, en el Petitorio presentado en la parte final de su Memorial, y en el Petitorio al final de la Réplica, Argentina solicita que el Comité anule tanto el Laudo como la Decisión sobre Jurisdicción anterior. Por los motivos esgrimidos recientemente, el Comité carece de facultades para anular la Decisión como tal. Sin embargo, en el párrafo 2 de la Réplica Argentina deja en claro que “no se presentó aquí una solicitud de anulación independiente respecto de la Decisión de Jurisdicción sino conjunta con la solicitud relativa al Laudo”. El Comité considera que los Petitorios en el Memorial y la Réplica deben leerse a la luz de la Solicitud y la explicación en el párrafo 2 de la Réplica. Por lo tanto, procederá a considerar las críticas de Argentina a la Decisión sobre Jurisdicción como presentadas en sustento de los argumentos de que debería anularse el Laudo y no como una solicitud – que recaería necesariamente fuera del Artículo 52 del Convenio – de anulación de la Decisión como tal”.

A continuación, tal como han reiterado otras comisiones, recordó que el procedimiento de anulación no constituye un recurso de apelación, por lo que las funciones de la comisión se limitan exclusivamente al análisis de las causas previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI (párrs. 64-67).

La siguiente cuestión que la comisión *ad hoc* tuvo a bien precisar se refería a la carga de la prueba en el procedimiento de anulación, a raíz del argumento que sostenían las empresas que se constituyeron como demandantes en el procedimiento de origen, declarando la comisión que la carga de la prueba se limitaba a cuestiones de hecho y que no existía una presunción en favor de la ratificación del laudo:

“69. (...) El Comité considera que el principio de que a una parte le corresponde la carga de la prueba con respecto a cualquier hecho cuya existencia alega se encuentra bien establecido tanto en la jurisprudencia del CIADI como en otras

fuentes. Sin embargo, en los procedimientos de anulación, la importancia del principio de que a una parte le corresponde la carga de la prueba con respecto al hecho que afirma debe verse a la luz del principio que, tal como lo observa el Comité en *Helnan* “no es parte de la función de un comité de anulación reconsiderar conclusiones de hecho planteadas por un tribunal de arbitraje del CIADI”. [Traducción del Comité]. Además, en el presente caso, muchos de los hechos (particularmente con respecto a las alegaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros) no están controvertidos.

70. Sin embargo, el argumento de las Demandantes, tal como se lo citara *supra*, va más allá de la carga de la prueba con respecto a cuestiones de hecho e insta a que “si los miembros del Comité no han llegado a una decisión o se sienten ambivalentes respecto a ciertas cuestiones o alegatos” (énfasis agregado), entonces el Comité tiene que decidir en contra de la anulación. Eso se acerca a un argumento de que existe una presunción en favor de ratificar el Laudo. En ese contexto el Comité recuerda la observación del Comité en *Soufraki* de que “dicha presunción... no encuentra fundamento alguno en el texto del Artículo 52 y no ha sido utilizada por los comités de anulación”. [Traducción del Comité] El Comité está de acuerdo con ese análisis. El concepto de carga de la prueba se circunscribe a cuestiones de hecho; no se extiende a un principio general de que en caso de duda respecto de “ciertas cuestiones o alegatos” un comité deba concluir en favor de la ratificación del laudo”.

La última cuestión preliminar que abordó la comisión *ad hoc* sobre sus funciones surgió de la desavenencia de las partes litigantes sobre si la comisión, en el caso de que declarara que concurría alguna de las causas de anulación previstas en el Convenio CIADI, estaba obligada a declarar la nulidad del laudo o tenía discrecionalidad para hacerlo o no. La comisión llegó a la conclusión de que poseía discrecionalidad para decidir sobre la anulación del laudo, si bien con límites:

“72. El Comité observa que la oración final del Artículo 52(3) es en los siguientes términos:

The Committee shall have *the authority to annul* the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).

Esta Comisión *tendrá facultad para resolver sobre la anulación* total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

Le Comité *est habilité à annuler* la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article.

(El énfasis ha sido agregado por el Comité).

73. El Comité considera que las palabras en cursiva indican claramente que se pretendía que los comités tuvieran un grado de discrecionalidad. Decir que un comité “tendrá facultad para resolver sobre la anulación del laudo” es muy distinto a decir que un comité “deberá anular el laudo”. Además, el Comité observa que otros comités *ad hoc* han procedido sobre la base de que la anulación no era imperativa y que gozaban de discrecionalidad para anular o no el laudo bajo análisis. El Comité concluye que, incluso si se satisface una de las causales del Artículo 52(1), de todos modos el Comité conserva discrecionalidad en lo que respecta a la cuestión que consiste en determinar si anular o no el laudo. Esa discrecionalidad no es de ningún modo ilimitada y debe tener en cuenta todas las

circunstancias relevantes, incluida la gravedad de las circunstancias que constituyen la causal de anulación y, - hayan tenido o no o puedan haber tenido o no – un efecto material en el resultado del caso, así como la importancia de la finalidad del laudo y la cuestión general de justicia de ambas Partes”.

Una vez aclaradas estas cuestiones, la comisión entró a analizar las causas de anulación alegadas por la solicitante. Conviene advertir que Argentina fundó cada causa de anulación en varios argumentos y que un mismo argumento sirvió de fundamento para varias causas de anulación.

La primera causa de anulación alegada por Argentina fue que el tribunal arbitral que dictó el laudo no se había constituido correctamente (art. 52.1.a del Convenio CIADI), basándose en que ni la profesora G. Kaufmann-Kohler ni el profesor J. Remón, que habían sido miembros del órgano arbitral en el procedimiento de origen, poseían las cualidades de independencia e imparcialidad exigidas por el art. 14.1 del Convenio CIADI.

En primer lugar, la comisión procedió a establecer los requisitos exigidos a los miembros de un tribunal arbitral, así como su estándar de valoración:

“107. El Artículo 14(1) del Convenio establece las cualidades que deben reunir los miembros de tribunales arbitrales CIADI, a saber:

Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. (Énfasis agregado)

Si bien dicha disposición se ocupa de las cualidades requeridas de las personas designadas para formar parte de la Lista de Árbitros que mantiene el CIADI conforme a los Artículos 12 y 13 del convenio, el Artículo 40(2) exige que “[t]odo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14”.

108. Existe una diferencia entre los textos en español y en inglés del Artículo 14(1). Mientras el texto en inglés hace referencia a personas que “may be relied upon to exercise independent judgment”, la versión en español habla de personas que deberán “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Puesto que el Convenio tiene la misma validez en sus tres versiones (inglés, francés y español), en la práctica suele exigirse que los árbitros demuestren que son capaces de formular un juicio independiente e inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio. Si bien los conceptos de imparcialidad e independencia se han considerado sinónimos en reiteradas ocasiones, el Comité opina que, aunque están relacionados, son distintos. Según se señaló en una decisión reciente:

La imparcialidad se refiere a la inexistencia de una parcialidad o predisposición favorable hacia alguna de las partes. La independencia se caracteriza por la inexistencia de control externo. Tanto la independencia como la imparcialidad ‘protegen a las partes ante la posibilidad de que los árbitros estén influenciados por factores distintos a los relacionados con los hechos del caso’.

109. El Artículo 14(1) no exige probar la existencia de dependencia o parcialidad, sino que basta con establecer su mera apariencia. Sin embargo, se trata de una prueba objetiva. Cuando una parte recusa a un árbitro, no alcanza con percibir que el árbitro carece de las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad. En los términos de la decisión de *Blue Bank*:

El estándar jurídico aplicable es un ‘estándar objetivo basado en una evaluación razonable de la pruebas por parte de un tercero’ [Traducción del Comité]. En consecuencia, la creencia subjetiva de la parte que solicita la recusación no basta para satisfacer los requisitos del Convenio.

110. El estándar de valoración también fue objeto de análisis exhaustivo en la decisión de los dos árbitros restantes sobre la recusación de un árbitro en *SGS c. Pakistán*:

El estándar de valoración de una recusación, que establece el Artículo 57 del Convenio, consta de dos elementos: (a) debe haber uno o varios hechos (b) que, por su naturaleza, indiquen una ‘carencia manifiesta de las cualidades exigidas por’ el apartado (1) del Artículo 14. La parte que recusa a un árbitro debe demostrar una serie de hechos cuya índole o naturaleza permita inferir que la persona recusada claramente no inspira confianza en su imparcialidad de juicio en el caso específico en que se efectúa la recusación. El primer requisito de que la parte que propone la recusación sea la que demuestre los hechos significa, en realidad, que la mera especulación o inferencia no puede sustituir tales hechos. El segundo requisito, desde luego, consiste en una inferencia, la cual debe fundarse o anclarse en los hechos que han quedado demostrados. Conforme al Artículo 57 del Convenio, ningún árbitro puede ser recusado sobre la base de inferencias a su vez fundadas en otras inferencias [Traducción del Comité].

111. Las partes del presente caso estuvieron de acuerdo sobre este estándar. Al responder una pregunta que formuló un Miembro del Comité en la audiencia, las Demandantes sostuvieron que la decisión de *Blue Bank* y otras decisiones recientes hicieron más hincapié en la recusación por apariencia de parcialidad, en relación con decisiones anteriores, y sugirieron que sería injusto aplicar el mismo criterio a una evaluación de la decisión sobre la recusación de la Profesora Kaufmann-Kohler (...). Sin embargo, el Comité entiende que las Demandantes no sugieren que la afirmación que *Blue Bank* citó en el párrafo 109 *supra* es incorrecta. Al contrario, las Demandantes aceptaron expresamente que “el concepto de que un árbitro no sólo debería ir en pro de la justicia sino dar la apariencia de hacerlo es algo que es una noción de vieja data”. El Comité considera que las Demandantes aceptaron que el estándar aplicable es el descrito *supra* pero cuestionó ciertas aplicaciones recientes de ese estándar. Según el Comité, el estándar aplicado conforme al Artículo 14(1) es la cuestión que consiste en determinar si un tercero razonable, con conocimiento de todos los hechos, consideraría que existen motivos suficientes para dudar de si el árbitro reunía las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad”.

Habiendo establecido las cualidades que debía reunir un árbitro y el estándar de valoración de la independencia e imparcialidad, la comisión *ad hoc* debía determinar si la invocación de un hecho que sugiriese que los árbitros no cumplen con las cualidades exigidas en el art. 14.1 del Convenio CIADI, podía dar lugar a alguna de las causas de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI. La comisión respondió afirmativamente a esta cuestión, estimando que este hecho podía, en general, dar lugar a una constitución incorrecta del tribunal arbitral (párrs. 126-127). Ahora bien, la comisión *ad hoc* se planteó cuál debía ser su rol en el procedimiento de anulación en relación con esta causa, teniendo en cuenta que el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI prevén mecanismos específicos para la recusación de los árbitros.

La comisión llegó a la conclusión de que su función debía ser distinta según se hubiera propuesto y desestimado en el procedimiento de origen la recusación prevista en los arts. 57 y 58 del Convenio CIADI o no se hubiera propuesto, pues en el caso de la profesora Kaufmann-Kohler se dio el primer caso, mientras que el profesor Remón se encontraba en el segundo caso.

La comisión abordó primero el caso de ausencia de recusación en el procedimiento de origen y cómo debía proceder una comisión *ad hoc* en ese caso:

“130. (...) La Regla 9 de las Reglas de Arbitraje requiere que la recusación de un árbitro se proponga “sin demora y, en todo caso, antes de que se cierre el procedimiento”. El Comité no considera que esta redacción impida solicitar la anulación del laudo cuando los hechos en los que se funda la recusación se conocen después de que se declare el cierre del procedimiento. Tal como se explicara en la Parte III *supra*, el comité *ad hoc* es el custodio de la integridad del procedimiento. El Comité ya expresó su opinión de que no existe otra norma de procedimiento más importante que la que establece que los casos deben decidirse por tribunales que deben ser independientes e imparciales, y que no pueden considerarse correctamente constituidos si uno o varios de sus miembros no reúne las cualidades requeridas de independencia e imparcialidad. De esta manera, el Comité no puede interpretar que la Regla 9 impida a las partes plantear esta cuestión en un procedimiento de anulación si no pudieron plantearla antes de concluido el procedimiento principal. El Comité tomó nota de las opiniones del Comité de *Azurix* (...) de que en tal caso la cuestión debe plantearse en un procedimiento de revisión bajo el Artículo 51 y no de anulación, aunque respetuosamente disiente y prefiere el enfoque del Comité de *Vivendi II* sobre este punto.

131. Sin embargo, el Comité también debe tener en cuenta el requisito de la celeridad de la Regla 9 y la disposición receptada en la Regla 27 (...). Por consiguiente, una parte que conoce o debería haber conocido los hechos que, según alega, pusieron en tela de juicio el hecho de si un árbitro reúne o no las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad tiene el deber de plantear la cuestión con prontitud. Si no lo hace, se considerará que renunció a su derecho a objetar. La parte que podría haber planteado la cuestión en virtud de los Artículos 57 y 58 antes de declararse concluso el procedimiento pero no lo hace, no puede plantearla en un procedimiento de anulación. El mecanismo creado por el Convenio CIADI para resolver recusaciones de árbitros no permite a las partes guardarse bajo la manga dicha recusación sólo para plantearla en la etapa de anulación. Por lo tanto, la primera tarea del comité *ad hoc* que recibe una solicitud de anulación basada en alegatos sobre la independencia y la imparcialidad de un miembro del tribunal, que no se planteó durante el procedimiento ante el tribunal, es determinar si hubo o no renuncia conforme a la Regla 27.

132. Si el comité concluye que no hubo renuncia, entonces deberá proceder a considerar la solicitud en virtud del Artículo 52(1)(a) y (b). Dado que hasta el momento no hubo análisis de la cuestión en virtud de lo dispuesto en los Artículos 57 y 58, el comité debe necesariamente enfocarse *de novo* en si existen motivos que llevarían a un tercero razonable a dudar de si un miembro del tribunal es lo suficientemente independiente e imparcial (...). Eso es así en lo que respecta a buscar los hechos relevantes y emitir los dictámenes jurídicos necesarios. La carga

de la prueba respecto de toda aseveración incumbe a la parte que realiza dicha aseveración.

133. Las Demandantes sostienen que, aun en caso de concluirse que hubo motivos razonables para dudar de la imparcialidad o independencia de un miembro del tribunal, un comité puede anular sólo si concluye que hubo un efecto importante en el laudo. Al Comité le cuesta aceptar esta proposición, al menos, en los términos utilizados por las Demandantes. Ya ha quedado demostrado que la prueba no está en determinar si un árbitro carecía de independencia o imparcialidad, sino establecer si un tercero razonable, con conocimiento de todos los hechos, consideraría estas causales razonables para dudar que un árbitro poseía las cualidades exigidas de independencia e imparcialidad (...). El Comité resalta que generalmente será difícil demostrar cómo dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro, a diferencia de parcialidad real o falta de independencia, tuvo un efecto material sobre el laudo. Incluso en el caso de parcialidad real o falta de independencia, aún puede ser difícil establecer que un efecto de esa naturaleza existía por la confidencialidad de las deliberaciones.

134. No obstante, en ciertos casos, se puede determinar que, aunque fueran válidas las dudas sobre el árbitro—en otras palabras, si el árbitro efectivamente carecía de imparcialidad o independencia—, el laudo no podría haberse visto afectado. Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, cuando los hechos que afectan la falta de independencia o imparcialidad del árbitro se producen una vez redactado el laudo definitivo, pero antes de su pronunciamiento. Si bien el Comité está de acuerdo con Argentina que el deber de independencia e imparcialidad subsiste durante todo el procedimiento hasta el pronunciamiento del laudo, considera que si el árbitro deja de ser independiente o imparcial después de la redacción del laudo definitivo, esa carencia de cualidades no podría haber afectado el laudo y, en consecuencia, no sería causal de anulación. En síntesis, la parte que solicita la anulación no está obligada a demostrar que la falta de imparcialidad o independencia sí tuvo un efecto sustancial en el laudo, pero debe demostrar que podría haberlo tenido.

135. En ese contexto, se debe considerar otro de los argumentos que presentaron las Demandantes, según el cual la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro no podría haber afectado el laudo si este fue unánime. Ese argumento recibe un grado de apoyo de parte de la decisión del Comité de *Vivendi II*, dado que uno de los fundamentos que dio al negarse a anular el laudo fue que el tribunal había sido unánime. El Comité no considera que ese factor haya sido decisivo. El principal fundamento que dio el Comité de *Vivendi II* respecto de su decisión fue que la Profesora Kaufmann-Kohler tomó conocimiento de los vínculos entre UBS y las empresas demandantes en ese caso recién después de dictado el laudo (una consideración que no se aplica en este caso). Ninguna disposición de la decisión del Comité de *Vivendi II* sugiere que este considerara que la adopción unánime de un laudo significa que las dudas sobre la independencia o imparcialidad de uno de los miembros del tribunal nunca serían causal de anulación. El presente Comité no considera que una proposición tan amplia sea correcta. Es imposible determinar el grado de influencia que podría tener un árbitro en uno o ambos colegas durante las deliberaciones cuya naturaleza resulta necesariamente confidencial. El hecho de que un laudo se adopte de forma unánime puede ser relevante en relación con el

ejercicio de la discreción de no anular un laudo, pero el Comité no acepta que esa unanimidad necesariamente imposibilite la anulación.

136. Por consiguiente, si se solicita la anulación porque existen motivos suficientes para dudar de la independencia o imparcialidad de uno de los árbitros y no se propuso su recusación antes de declararse concluso el procedimiento, el rol del comité *ad hoc* es resolver las siguientes cuestiones:

(a) ¿Hubo renuncia al derecho de plantear esta cuestión porque la parte en cuestión no lo hizo con la celeridad suficiente?

(b) En caso negativo, ¿la parte que solicita la anulación demostró los hechos cuya existencia llevaría a una persona razonable, con conocimiento de todos los hechos, a considerar que hubo motivos suficientes para dudar si el árbitro reunía las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad?; y

(c) En ese caso, ¿podría la falta de imparcialidad o independencia de ese árbitro—suponiendo a estos efectos que las dudas son válidas—haber tenido un efecto sustancial en el laudo?

Con respecto a cada pregunta, el comité debe abordar la cuestión *de novo*”.

En segundo lugar, la comisión estableció cuál sería su función en caso de que se hubiera propuesto la recusación de alguno de los árbitros en el procedimiento de origen, pero se hubiera desestimado. En esta segunda hipótesis, la comisión determinó que no le correspondería examinar los motivos de recusación *de novo*, como en el supuesto anterior, pues ya existiría un expediente con pruebas que habrían valorado los otros miembros del tribunal o el Presidente del Consejo Administrativo, a quienes compete resolver sobre la recusación conforme al art. 58 del Convenio CIADI, así como unas conclusiones sobre las cuestiones jurídicas resultantes de los hechos probados:

“139. Con respecto a esta cuestión, el Comité considera que hay dos puntos que cabe destacar. En primer lugar, los redactores del Convenio CIADI consideraron que las recusaciones por falta de independencia o imparcialidad de un árbitro deberían ser tratadas por los otros miembros del tribunal (o el Presidente del Consejo Administrativo) y abordarse con prontitud para que el caso pueda continuar. En este contexto, el Comité advierte que el Comité de *Vivendi II* aparentemente aceptó la sugerencia de que los árbitros convocados para resolver la recusación de otro miembro de su tribunal podrían verse más inclinados que un comité *ad hoc* a elevar el parámetro para la recusación. Esa observación por parte del Comité de *Vivendi II* se basó en las pruebas del Profesor Mistelis que, tal como ya ha advertido el Comité (...), no forman parte del expediente de este procedimiento y, en consecuencia, no pueden tomarse en cuenta. No obstante, incluso si el Comité contara con pruebas de dicha tendencia de los árbitros, ello no quita el hecho de que el Convenio CIADI encomienda las decisiones sobre propuestas de recusación de árbitros a los otros miembros del tribunal (salvo, como ya se explicó, cuando el Presidente del Consejo Administrativo actúa como responsable por defecto de dichas decisiones). El comité *ad hoc* debe respetar esa elección y trabajar dentro del marco establecido por el Convenio.

140. En segundo lugar, sin embargo, el Convenio CIADI también crea el comité *ad hoc* como custodio de la integridad del procedimiento arbitral (...). Según indicara el Comité, la independencia e imparcialidad de los miembros del tribunal es una

cuestión íntimamente ligada a la integridad del procedimiento arbitral. Dicho esto, la pregunta es: ¿cómo debería actuar un comité *ad hoc* para respetar estas dos consideraciones fundamentales?

141. El Comité señala que la segunda consideración debe llevarlo a rechazar el enfoque del Comité de *Azurix*, es decir, que el único rol del comité *ad hoc* en la recusación de un árbitro, considerada por los demás miembros del tribunal en virtud de los Artículos 57 y 58 del Convenio, es analizar si hubo quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento en cómo los demás miembros atendieron la propuesta de recusación. El Comité considera que dicho enfoque es incompatible con el deber del comité *ad hoc* de salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral. Es por eso que rechaza la postura inicialmente adoptada por las Demandantes respecto de este tema, a la vez que advierte, como ya lo hizo, que las Demandantes se retractaron de esa postura en la audiencia (...).

142. El Comité tampoco puede aceptar que, como sugirió Argentina, el comité *ad hoc* deba abordar la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros *de novo*, ignorando el resultado del procedimiento en virtud de los Artículos 57 y 58. Esto sería incompatible con el esquema de resolución de recusaciones de árbitros que diseñaron los redactores del Convenio CIADI. Ese esquema tiene por objeto resolver tales recusaciones con prontitud, lo antes posible durante el procedimiento, de modo que las partes no tengan que invertir tiempo y dinero en obtener un laudo definitivo del tribunal antes de decidirse que el tribunal—tal como esté constituido—se encuentra autorizado para resolver el caso. En cambio, la remisión a un comité *ad hoc* sólo es posible una vez que el tribunal dicta el laudo definitivo. Durante las negociaciones del Convenio CIADI, se rechazó la propuesta de otorgar a las partes derecho de recuso inmediato a un comité *ad hoc* una vez que el tribunal decide que se constituyó correctamente, sin tener que esperar el laudo. Sería totalmente contrario al esquema de resolución anticipada de recusaciones permitir a la parte que no logró recusar a un árbitro al principio del procedimiento plantear la misma recusación *de novo* ante un comité *ad hoc* después de lo que probablemente fue un procedimiento extenso y costoso sobre el fondo. En efecto, el procedimiento en virtud de los Artículos 57 y 58 no serviría para nada, salvo para garantizar que no se renuncie al derecho de recusación de árbitros; sería como si nunca hubiera tenido lugar ese procedimiento.

(...)

145. Por lo tanto, el Comité considera que su rol ante una solicitud de anulación basada en la supuesta falta de independencia o imparcialidad de un árbitro es más limitado en un caso en que los demás miembros del tribunal, o el Presidente del Consejo Administrativo, ya resolvieron si el árbitro debe recusarse que en un caso en que la cuestión de independencia o imparcialidad recién se plantea después de concluido el procedimiento. En el primer tipo de caso, el comité *ad hoc* no empieza desde cero: se encuentra con conclusiones de hecho y análisis de dichos hechos, así como con la aplicación de la ley a esos hechos. Si bien el comité no está obligado a mantener la decisión de los otros miembros del tribunal (o del Presidente del Consejo Administrativo), tampoco puede ignorarla. Se limita a los hechos volcados en la decisión original sobre recusación. Además, en línea con el principio de que el comité *ad hoc* no es un órgano de apelación, es probable que no encuentre una

causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(a) o 52(1)(d), a menos que la decisión de no recusar al árbitro en cuestión sea tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla tomado”.

Aplicando el marco jurídico que se acaba de exponer, la comisión *ad hoc* resolvió que no procedía anular el laudo ni respecto a la profesora Kaufmann-Kohler, sobre la que ya existía una decisión sobre recusación, ni en el caso del profesor Remón, contra el que se proponía por primera vez la recusación ante la comisión *ad hoc*.

Respecto a la segunda causa de anulación alegada por Argentina, la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbitral (art. 52.1.b del Convenio CIADI), la solicitante esgrimió varios argumentos que se presentan ahora de forma sintetizada: 1) criticó la decisión del tribunal sobre el derecho aplicable; 2) alegó que el tribunal hizo un mal manejo de la cuestión de la afirmación de derechos derivados de las demandantes y su invocación de las cláusulas paraguas en tratados distintos del APPRI celebrado entre Argentina y Francia; 3) sostuvo que el tribunal cometió errores en el tratamiento de la cuestión del estado de necesidad; 4) mantuvo que el tribunal no tuvo en cuenta pruebas fundamentales que podrían haber influido decisivamente en el caso; y, 5) aseveró que la valuación de daños fue defectuosa.

Antes de abordar estos argumentos, la comisión *ad hoc* aclaró los términos y el alcance de la causa de la extralimitación manifiesta de las facultades apoyándose en algunos precedentes:

“191. Los términos del Artículo 52(1)(b) dejan en claro que el párrafo establece dos requisitos que se deben cumplir para que un laudo se anule fundado en esta causa. Primero, el tribunal se debe haber extralimitado en sus facultades, y segundo, esta extralimitación debe ser “manifiesta”. El ejemplo más evidente de una extralimitación en las facultades por parte de un tribunal es la decisión sobre una cuestión que cae fuera de la jurisdicción del tribunal conforme al Convenio CIADI o al TBI pertinente (u otro instrumento que confiera la jurisdicción). No obstante, las decisiones de los comités ad hoc en otros casos han dejado claro que la falta de aplicación del derecho aplicable al caso o a una cuestión en particular del caso también conforma una extralimitación en las facultades del tribunal.

192. El requisito de que la extralimitación en las facultades sea “manifiesta” se refiere a qué tan evidente es la extralimitación, más que a su gravedad.

(...)

193. Si bien el Comité concuerda con que la extralimitación en las facultades solo será manifiesta si se puede identificar con facilidad, considera que esto no significa que la extralimitación deba saltar a la vista en la primera lectura del Laudo. El razonamiento que subyace a un caso puede ser tan complejo que se requiere cierto grado de análisis y estudio para determinar con claridad exactamente qué decidió el tribunal. En tal caso, la necesidad de análisis y estudio no privarán a la extralimitación de su carácter de “manifiesta”. Además, de todos modos puede ser necesario analizar el material sobre el que se fundó la decisión del tribunal”.

Hechas estas observaciones generales, la comisión analizó cada uno de los argumentos que presentados por la solicitante. El primer argumento de Argentina versaba sobre supuestos errores cometidos por el tribunal arbitral respecto al derecho aplicable. En particular, la solicitante alegaba, en primer lugar, que el tribunal no debería haber decidido la totalidad del caso únicamente basándose en el APPRI celebrado entre Argentina y Francia, dado que la empresa *León Participaciones Argentinas S.A.* (en adelante, *León*), una de las demandantes en el procedimiento de origen, era una sociedad anónima de Luxemburgo. En segundo lugar, sostenía que el tribunal minimizó erróneamente la importancia del derecho argentino como parte del derecho aplicable; y, por último, mantenía que la decisión del tribunal de que no existía requisito general alguno de que una demandante probara la existencia de discriminación a fin de establecer una violación del APPRI celebrado entre Argentina y Francia no era congruente con lo que había dicho el tribunal en su Decisión sobre jurisdicción.

Abordando cada uno de estos supuestos errores, respecto a la aplicación del APPRI celebrado entre Argentina y Francia y la no aplicación del APPRI celebrado entre Argentina y Luxemburgo, teniendo en cuenta la Decisión sobre jurisdicción dictada en el procedimiento de origen por la que se declaraba que la empresa *León* debía conservar su calidad de demandante a pesar de la transferencia de su derecho a la reclamación ante el CIADI a otra empresa, *EDFI*, la comisión concluyó que el tribunal no se había extralimitado en sus facultades:

“211. (...) lo que se debe determinar es si a la luz de su anterior decisión sobre jurisdicción, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al sostener que *León* gozaba de derechos en virtud del TBI Argentina-Francia. En la opinión del Comité, el Tribunal no se extralimitó.

212. Es necesario recordar que en todos los momentos pertinentes *León* era totalmente controlada por una sociedad con sede en Francia; primero, *Crédit Lyonnais*, y luego, *EDFI*. Tenía su inversión en Argentina (las acciones de *MENDINVERT*, que a su vez tenía acciones en *SODEMSA*, y que a su vez tenía acciones en *EDEMSA*) en virtud de una transferencia de su entonces sociedad controlante, *Crédit Lyonnais*, y luego transfirió sus derechos sobre los reclamos ante el CIADI a *EDFI*. En otras palabras, esta inversión era básicamente francesa, y en última instancia su propiedad y control siempre pertenecieron a una sociedad francesa. Implicaría adoptar un enfoque por demás formal el sostener que, en estas circunstancias, el reclamo quedaría por fuera del alcance del TBI Argentina-Francia a menos que los términos de aquél tratado llevaran a tal decisión; y el Comité considera que no lo hacen.

213. Por el contrario, el Comité observa que la legitimación para reclamar con arreglo al TBI Argentina-Francia se rige por el Artículo 8(1) del TBI, que cubre “[t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante” (énfasis agregado). El término “inversor” se define en el Artículo 1(2) del TBI, párrafo (c), cuya parte pertinente establece que:
El término “inversores” designa:

c) las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por... personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma.

El Comité considera que esta disposición contempla a *León*, porque al momento de la Solicitud Modificada estaba efectivamente controlada por *Crédit Lyonnais* y luego por *EDFI*, ambas sociedades constituidas de conformidad a la legislación francesa y con sede en Francia.

214. En este contexto, el Comité entiende que no es posible considerar que la decisión del Tribunal de que los reclamos de *León* caían dentro del alcance del TBI Argentina-Francia involucre una extralimitación manifiesta en sus facultades. Puesto que, como el Comité ha explicado –y como surge con claridad de las propias presentaciones de Argentina– la decisión del Tribunal de no aplicar el TBI Argentina-Luxemburgo es solo la otra cara de la moneda de su decisión de aplicar el TBI Argentina-Francia, el Comité concluye que tal decisión no involucró una extralimitación manifiesta en las facultades”.

En cuanto al argumento relativo a la extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades por su decisión de no aplicar el derecho argentino, la comisión *ad hoc* concluyó que tampoco concurría esta causa de anulación:

“219. El Artículo 8(4) del TBI constituye el acuerdo entre las Partes respecto del derecho aplicable, dado que el TBI constituye el texto del acuerdo de arbitraje. Por ende, el derecho aplicable consiste del texto del mismo TBI, el derecho argentino y los principios del derecho internacional, así como los términos de los acuerdos particulares que puedan ser pertinentes, como el Contrato de Concesión. No obstante, el hecho de que un sistema jurídico determinado suministre parte del derecho aplicable no significa que ese derecho rija un aspecto específico de la diferencia entre las Partes. La naturaleza de cada pretensión en particular determinará cuál de los diversos derechos aplicables la rige. Por ende, la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión claramente han de determinarse por referencia al derecho argentino como la legislación adecuada del contrato. En contraste, si la cuestión por determinar se refiere a la interpretación o aplicación del TBI, estas cuestiones se rigen conforme al derecho internacional.

220. Es sobre la base de lo que antecede que se deben entender las conclusiones del Tribunal de que “en el contexto del TBI entre Argentina y Francia, los términos de dicho Tratado contienen el principio rector de la decisión” y de que “en la presente diferencia, el TBI ofrece los fundamentos y el marco principales para la consideración por parte del Tribunal de la protección del inversor”. Las cuestiones planteadas ante el Tribunal se referían a alegaciones de violaciones al TBI. Estas cuestiones sólo podían resolverse por referencia a los términos del TBI y a los principios del derecho internacional sobre materias como la interpretación de los tratados. Ante el Tribunal, Argentina argumentó que el derecho argentino confería amplias facultades para responder a una emergencia como la crisis económica a la que se enfrentó Argentina en los años 2001-2002. No obstante, el Tribunal concluyó que aun si el derecho argentino habría permitido las diversas acciones llevadas a cabo por las autoridades federales y mendocinas, que afectaron la inversión de las Demandantes, eso no habría obstado a que aquellas acciones conformaran una violación del TBI. Esa conclusión se fundó en la interpretación

del derecho internacional, reflejado en el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y el Artículo 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados, de que un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar la falta de observancia de sus obligaciones con arreglo a un tratado, y de que la ilicitud de un acto conforme al derecho internacional no se ve afectada por la caracterización del acto como lícito conforme al derecho nacional. Por ello, no hubo una extralimitación manifiesta en las facultades en la forma de una falta de aplicación del derecho aplicable. El Tribunal había señalado los principios pertinentes del derecho argentino en su Laudo, pero concluyó que aquellos principios no afectaban las cuestiones específicas que el Tribunal debía decidir, porque aquellas cuestiones se regían por los términos del TBI interpretados y aplicados a la luz de los principios pertinentes del derecho internacional. Esta conclusión tiene amplio respaldo doctrinario, y el Comité la considera irreprochable como cuestión lógica”.

El último argumento de Argentina en apoyo de la causa de extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal se basó en el contenido de la Decisión sobre jurisdicción dictada en el procedimiento de origen en cuanto a la prohibición de discriminación y a la necesidad de demostrar dicha discriminación para establecer la existencia de una violación del APPRI:

“225. En el Laudo, el Tribunal desestimó la reclamación de las Demandantes de que las medidas implementadas violaron la prohibición de la discriminación. No obstante, rechazó el argumento de Argentina de que el párrafo citado de la Decisión sobre Jurisdicción sentaba un requisito general de la intención de discriminar como requisito previo para la compensación en virtud de cualquier disposición del TBI. (...)

226. El Comité considera que la conclusión del Tribunal es absolutamente compatible con los términos del TBI y con las partes pertinentes de la Decisión sobre Jurisdicción. Por ende, no implicó ninguna extralimitación manifiesta en las facultades”.

En conclusión, la comisión *ad hoc* no apreció que el tribunal se hubiera extralimitado en sus facultades por ninguno de los argumentos esgrimidos por Argentina relativos a cuestiones sobre el derecho aplicable.

Continuando con los argumentos de Argentina en apoyo de la causa de anulación del laudo prevista en el art. 52.1.b) del Convenio CIADI, la solicitante adujo que el tribunal se equivocó al sostener que, contrariamente al principio del DI enunciado por la CIJ en las sentencias *Barcelona Traction*, *ELSI* y *Diallo*, las demandantes podían mantener su reclamación por los daños que, de haber existido, habría sufrido la *Empresa Distribuidora de Energía de Mendoza S.A. (EDEMESA)*, empresa que se creó como consecuencia de una ley provincial de Mendoza que requería privatizar la distribuidora estatal de energía, y no las demandantes. Alegó, además, que el tribunal se equivocó al sostener que la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF) en el APPRI celebrado entre Argentina y Francia le permitía a las demandantes invocar las cláusulas paraguas en los APPRI celebrados entre Argentina y Luxemburgo y Argentina y

Alemania y que, incluso si las cláusulas paraguas fueran aplicables, no asistían a las demandantes en tanto no alteraron la naturaleza del contrato de concesión como contrato que, en lo que se refería a las demandantes, constituía *res inter alios acta*. Respecto a la cláusula NMF, la comisión observó que:

“237. (...) el empleo de la cláusula NMF por parte del Tribunal no involucró un error pasible de anulación. La redacción de la cláusula NMF, que se cita en el párrafo 228, *supra*, es lo suficientemente amplia como para abarcar el uso de una cláusula paraguas de otro TBI. La cláusula se refiere al “tratamiento” acordado a los inversores de la nación más favorecida. Si los inversores alemanes en Argentina gozan del beneficio de una disposición del tratado que exige que el Estado receptor cumpla los compromisos asumidos (o celebrados) en relación con su inversión, entonces se les está acordando un tratamiento que no se otorga expresamente a los inversores franceses conforme al TBI Argentina-Francia. Esa situación cae claramente dentro de los términos de la cláusula NMF. Aun si Argentina acierta al argumentar que las cláusulas NMF deberían sujetarse a una limitación *ejusdem generis* –respecto de lo que es innecesario que el Comité se expida–, la cláusula paraguas es parte del mismo *genus* de disposiciones sobre la protección sustantiva de las inversiones que la cláusula de tratamiento justo y equitativo y otras disposiciones similares contempladas en el TBI Argentina-Francia.

238. Este caso, sin embargo, se refiere al uso de una cláusula NMF para aprovechar una disposición sobre tratamiento sustantivo. En este respecto, ha habido un grado mucho mayor de unanimidad. Es cierto que el comentario realizado en el marco de *Hochtief* citado *supra* (...) se realiza en términos más generales, pero debe analizarse en el contexto de la cuestión efectivamente planteada ante el tribunal en ese caso. Asimismo, como ya ha afirmado el Comité, la obligación de cumplir con los compromisos contraídos respecto de las inversiones es parte del mismo *genus* del tratamiento de las inversiones protegidas por las disposiciones del TBI Argentina-Francia. Por ello, el Comité rechaza el argumento de que hubo una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal aplicó la disposición de la NMF para permitir que las Demandantes invocaran las cláusulas paraguas de otros TBI de los que Argentina es parte”.

Respecto a que el tribunal se equivocó al sostener que, contrariamente al principio de DI público enunciado en las sentencias de *Barcelona Traction*, *ELSI* y *Diallo*, las demandantes podían mantener su reclamación por los daños que, de haber existido, habría sufrido *EDEMSA* y no las demandantes, la comisión estableció que:

“248. El Tribunal consideró acertadamente que el hecho de que las Demandantes pudieran o no reclamar respecto de medidas que afectaron a *EDEMSA* en forma directa es una cuestión que rigen los términos del Convenio CIADI y el TBI Argentina-Francia.

(...)

250. El hecho de que las Demandantes son todas personas jurídicas que, a la fecha pertinente, tenían la nacionalidad de un Estado Contratante distinto de Argentina no está controvertido. Tampoco está en duda el hecho de que *EDEMSA* era una

persona jurídica argentina y de que no existía ningún acuerdo del tipo que se menciona en la cláusula final del Artículo 25(2)(b) que habría permitido a *EDEMSA* ser parte del procedimiento. Por último, el Comité recuerda que, en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal entendió que el Artículo 25 exigía que “(l)a diferencia debe surgir directamente de una inversión, pero la inversión misma no tiene necesidad de ser directa”. Esta es sencillamente la lectura correcta del texto de la disposición.

251. El Comité disiente respecto de que el enfoque del Tribunal haya vuelto redundante la cláusula final del Artículo 25(2). La cláusula se refiere a las situaciones en que una sociedad, como *EDEMSA*, constituida en el Estado demandado, puede reclamar con arreglo al Convenio. Afirmar, como lo hizo el Tribunal, que los inversores que controlaban a *EDEMSA* en última instancia puedan reclamar por derecho propio por una violación al tratado cometida presuntamente contra *EDEMSA* no es en absoluto equivalente a permitir que reclame la misma *EDEMSA*. Por ejemplo, si hubiera existido un acuerdo del tipo que se contempla en la cláusula final del Artículo 25(2), *EDEMSA* podría haber reclamado por incumplimiento contractual, a diferencia de las Demandantes.

252. Por ello, el Comité concluye que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir que se habían satisfecho los requisitos del Artículo 25 del Convenio”.

Por último, sobre la aplicación de las cláusulas paraguas de los APPRI celebrados entre Argentina y Luxemburgo y Argentina y Alemania para permitir a las demandantes exigir el cumplimiento de obligaciones de Argentina, la comisión *ad hoc* declaró:

“269. El Comité considera que debería abordar la cuestión a partir de las presentaciones de las Partes acerca de la redacción de las diversas cláusulas paraguas involucradas en este caso y en los casos de *CMS*, *Azurix* y *Burlington*. En *CMS* y *Azurix*, la cláusula paraguas era la del TBI Argentina-Estados Unidos.

(...)

270. Las cláusulas relevantes de los TBI en cuestión en *CMS*, *Azurix* y *Burlington* tienen la misma redacción:

Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

271. Las Demandantes procuraron distinguir dichos casos destacando el hecho de que los dos TBI cuestionados en este caso utilizan el término “undertaken”, en vez de “entered into”. El Comité no le da mucha importancia a este punto. Los textos en español de los cuatro tratados utilizan el término “contraído” (o “contraídos”). Por lo tanto, no se puede dar mucha relevancia al hecho de que la versión en inglés no oficial de los TBI de Argentina-Luxemburgo y Argentina-Alemania usen el vocablo “undertaken” como traducción. De cualquier manera, el Comité no ve que haya una diferencia importante entre “entered into” y “undertaken” en el contexto de las cuestiones de este caso.

272. Si bien el punto no se debatió en el procedimiento de anulación de este caso, el Comité también considera que el uso del término “commitments” en los TBI cuestionados en el presente caso, en lugar de “obligations” (el término utilizado en los TBI en cuestión en *CMS*, *Azurix* y *Burlington*), es irrelevante ya que, de nuevo, el texto en español de los cuatro tratados emplean el mismo término: “compromisos”.

273. Por lo tanto, el Comité procedió sobre la base de que las cláusulas paraguas en este caso son, en esencia, las mismas que las de los casos *CMS*, *Azurix* y *Burlington*.

(...)

279. Tampoco considera el Comité que haya habido extralimitación manifiesta de facultades. Es cierto que el razonamiento del Laudo sobre este aspecto difiere, en cierta medida, de los laudos de *CMS*, *Azurix* y *Burlington*. Sin embargo, cada uno de estos casos debe analizarse a la luz de sus respectivos hechos. Por otra parte, el Laudo es similar en su razonamiento a las declaraciones del tribunal de *Continental Casualty*, si bien dicho tribunal llegó a una conclusión distinta sobre los hechos. A lo sumo, se puede decir que un enfoque opuesto a ese adoptado es también discutible y la extralimitación manifiesta de facultades no es causal suficiente de anulación.

280. Por lo tanto, el Comité desestima esta parte de la solicitud de anulación de Argentina. En aras de integridad, agregaría que, si hubiera adoptado una postura diferente, sólo habría anulado la parte del párrafo I de la disposición del caso y no, como insiste Argentina, todo el Laudo. Argentina señala el pasaje al principio de esa parte del Laudo en el que el Tribunal afirma que “el incumplimiento por parte [Argentina] de algunas obligaciones contraídas en virtud de la “cláusula paraguas” aplicable opera en conjunción con el incumplimiento del Artículo 3 del TBI entre Argentina y Francia, que establece un deber de otorgar un tratamiento justo y equitativo”. Argentina alega que este pasaje demuestra que la determinación de incumplimiento del deber de otorgar trato justo y equitativo depende de la determinación de incumplimiento de las cláusulas paraguas. El Comité no lo interpreta de esa forma. Al contrario, el Comité considera que este pasaje, junto con la sección siguiente sobre trato justo y equitativo, demuestra que los incentivos ofrecidos a los inversores—y específicamente a las Demandantes—para invertir en *EDEMSA* fueron uno de los motivos por los que el Tribunal consideró que hubo incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Aun si se hubiera adoptado un enfoque más estricto con respecto a las cláusulas paraguas, como en otros casos, el Comité considera que la importancia de tales incentivos y las expectativas que generaron habrían sido válidas de todas maneras, según lo reconoció el Comité de *CMS*. Dado que la compensación en virtud del párrafo II de la disposición del caso respondería al incumplimiento de la obligación de otorgar trato justo y equitativo, sin haberse determinado el incumplimiento de las cláusulas paraguas, aun si el Comité hubiera hecho lugar al reclamo de Argentina con respecto a las cláusulas paraguas, no habría habido fundamento para anular todo el Laudo”.

Otro de los argumentos que adujo Argentina en apoyo de la extralimitación de los poderes del tribunal, versó sobre el trato que el tribunal dio a las tres “defensas

afirmativas” que planteó Argentina, que aludían a los efectos de la emergencia económica que surgió en Argentina a comienzos de 2002 y que condujo a adoptar una ley de emergencia nacional.

La comisión comentó dos precedentes a los que las partes hicieron referencia, el caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/01/8) y *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets LP c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/01/3), porque aunque recordó que los tribunales arbitrales no se encuentran vinculados por las decisiones arbitrales anteriores de otros tribunales, consideró que debía tenerlos en cuenta en su análisis de las cuestiones planteadas respecto del art. 5.3 del APPRI entre Argentina y Francia y del DI consuetudinario sobre el estado de necesidad. Respecto a la aplicación del art. 5.3 del APPRI, la comisión *ad hoc* estableció que:

“307. El Tribunal no cometió el error de confundir la aplicación de esta disposición con la cuestión que consiste en determinar si era aplicable el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario por el cual el Comité en *CMS* criticó al tribunal en ese caso. Por el contrario, el Tribunal comenzó por determinar si el Artículo 5(3) significaba o no que *prima facie* Argentina no había violado el tratado antes de considerar si, en el supuesto de una violación *prima facie* del tratado, la ilicitud del acto quedaba precluida por la circunstancia de necesidad.

308. El Tribunal rechazó la interpretación propuesta por Argentina de que el Artículo 5(3) dispone que, en caso de una emergencia del tipo descrito en esa disposición, la única obligación del Estado receptor hacia el inversor era la obligación de no discriminación. En cambio, concluyó, que “la redacción sencilla del Artículo 5(3) deja en claro que funciona como una disposición de no discriminación y no como un escudo para el estado receptor contra la responsabilidad por violaciones del Tratado”.

(...)

309. En contraposición a lo que ha sugerido Argentina, el Comité no encuentra contradicción entre estos dos párrafos del Laudo. Es importante tener en cuenta que mucha de la jurisprudencia sobre el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado hacia los extranjeros durante períodos de guerra y otros estados de emergencia se refería a las obligaciones del Estado de compensar por daños ocasionados por actos que no fuesen atribuibles al propio Estado (por ejemplo, el daño ocasionado a los bienes de un inversor extranjero por agitadores o insurgentes). En general, el derecho internacional consuetudinario no exigía compensación en tales circunstancias. El razonamiento del Tribunal de que “el Artículo 5(3) deja intactas estas normas consuetudinarias y, de hecho, complementa su contenido al exigir la igualdad de tratamiento frente a tales circunstancias extraordinarias” no es en modo alguno incompatible con su decisión de que no funciona como un “escudo para el estado receptor contra la responsabilidad por violaciones del Tratado” al abstenerse de aplicar otras protecciones sustantivas acordadas por el TBI.

310. Tal como lo señalara el Tribunal, es notable el contraste con el Artículo XI del TBI Argentina-Estados Unidos (...). La última disposición declara expresamente que las demás disposiciones del tratado “no impedirán la aplicación... de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público”. Una redacción tal no aparece en el Artículo 5(3).

311. Pasando a la afirmación de Argentina de que el Tribunal tergiversó sus argumentos en referencia al Artículo 5(3), el Comité tiene dudas de si, incluso en el supuesto de que se aceptara esa afirmación, una tergiversación tal equivaldría a una extralimitación manifiesta de facultades, una falta de expresión de motivos o (en la medida que Argentina presenta ese argumento) un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Sin embargo, el Comité no acepta que el Tribunal tergiversase el argumento de Argentina. Es cierto que el Tribunal observó que Argentina “argumenta que el Artículo 5(3) es análogo al Artículo XI” aunque Argentina había negado una alegación de las Demandantes de que pretendía asimilar esas dos disposiciones. No obstante ello, la esencia del argumento de Argentina ante el Tribunal fue que el Artículo 5(3) tenía el mismo efecto que el Artículo XI en que, según Argentina, en las condiciones de emergencia allí descritas, el Artículo 5(3) tornaba inaplicables las demás disposiciones del TBI que le acordaban a los inversores protecciones sustantivas y las reemplazaba con una obligación de no discriminación significativamente más limitada. En estas circunstancias, no se puede considerar como una tergiversación el análisis del Tribunal de que Argentina tratase al Artículo 5(3) como “análogo” al Artículo XI.

312. La interpretación que hiciera el Tribunal del Artículo 5(3) es una interpretación completamente plausible. Coincide más naturalmente con el texto de la disposición que aquella presentada por Argentina. El Comité no se siente persuadido por el argumento contextual de Argentina, a saber que sería inútil tratar al Artículo 5(3) tan sólo como una disposición de no discriminación en tanto el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia le exige a cada Parte acordar a los inversores de la otra Parte “un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores”. No es en modo alguno inusual que las partes de un tratado incluyan, ex abundante cautela, una disposición que pueda no ser estrictamente necesaria. En efecto, el TBI Argentina-Estados Unidos incluye una disposición (Artículo IV(3)) que es muy similar al Artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia, sin perjuicio de que contenga no sólo una disposición de no discriminación sino la disposición más radicalmente excluyente del Artículo XI. El Comité observa asimismo que el tribunal en *Enron* (en una parte del laudo que no fue anulada por el comité ad hoc en ese caso) arribó a una interpretación muy similar a la disposición comparable en el TBI Argentina-Estados Unidos.

313. El Comité está al tanto de que el tribunal en *L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. Algeria* adoptó una visión diferente del alcance de una disposición sustancialmente idéntica al Artículo 5(3) (un hecho observado por el Tribunal). Sin embargo, en un procedimiento de anulación, no se exige que un Comité ad hoc opte entre estas dos interpretaciones diferentes. La cuestión no es si el Tribunal estuvo en lo correcto en su interpretación del Artículo 5(3) sino si aplicó esa disposición”.

Dado que el tribunal que dictó el laudo final concluyó que el art. 5.3 del APPRI entre Argentina y Francia no eximía de responsabilidad a Argentina y que hubo una violación

del APPRI, el tribunal en el procedimiento de origen procedió a valorar la alegación subsidiaria de Argentina sobre el estado de necesidad a la luz del DI consuetudinario, aplicando el art. 25 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. La comisión entró a analizar si el enfoque aplicado por el tribunal podía constituir una extralimitación de sus facultades, puesto que Argentina alegó que el Proyecto de la CDI recogía el DI consuetudinario sobre el estado de necesidad, pero que la costumbre internacional no se manifestaba de forma tan detallada como en dicho Proyecto en cuanto a los requisitos de esta circunstancia que excluye la ilicitud. Así, la comisión declaró:

“319. El Comité no considera que se pueda reprochar al Tribunal por haber tomado como su punto de referencia las disposiciones del Artículo 25 de los Artículos de la CDI. Es cierto que Argentina cuestionó si la totalidad del detalle del Artículo 25 reflejaba el derecho internacional consuetudinario y controvertió lo que describiera como la inclinación de las Demandantes a “ceñirse a la redacción de cada uno de los párrafos del Artículo 25 como si se tratara del texto definitivo de un tratado en vigor”. Sin embargo, Argentina no indicó en ningún pasaje qué aspectos del Artículo 25 consideraba que no reflejaban el derecho internacional consuetudinario. Lo que es más importante aún, tampoco presentó en ninguna etapa un argumento positivo en favor de un estándar de estado de necesidad sustancialmente diferente a aquel establecido en el Artículo 25. Por el contrario, Argentina estuvo de acuerdo con las Demandantes en cada uno de los requisitos principales del Artículo 25 y resumió las diferencias entre las Partes en los siguientes términos:

... la discusión entre las Partes respecto a la aplicación del estado de necesidad como principio del derecho internacional consuetudinario parece quedar restringida a: (a) si las medidas fueron necesarias; (b) si la República Argentina no había contribuido “sustancialmente” en la producción de la crisis; (c) si eran el único medio disponible.

Esas son precisamente las cuestiones claves en virtud del Artículo 25. Por lo tanto, el Comité concluye que el Tribunal estuvo en lo correcto al establecer que “ninguna de las partes se ha expresado a favor de la aplicación de un estándar más favorable para los estados receptores que las normas contenidas en el Artículo 25” y que no cometió ningún error pasible de anulación al tratar al Artículo 25 como una declaración del derecho internacional consuetudinario aplicable”.

Sobre la aplicación del DI consuetudinario sobre el estado de necesidad, la comisión *ad hoc* abordó tres cuestiones, concluyendo que el tribunal no se extralimitó en sus facultades:

“326. Inicialmente, tres puntos exigen énfasis. En primer lugar, las tres conclusiones del Tribunal – a saber, que las medidas adoptadas no fueron el único medio por el cual Argentina podría haber respondido a la crisis, que la propia Argentina había contribuido a la crisis económica, y que Argentina no había adoptado medidas para restablecer el statu quo o compensar a las Demandantes una vez que fuera posible– deben considerarse conjuntamente. La cuestión ante el Tribunal, en esta etapa del Laudo, era si Argentina podía invocar con éxito la defensa del estado de necesidad del derecho consuetudinario en aras de precluir la ilicitud de sus actos. El Tribunal consideró que Argentina no podía hacerlo, ya que

no había asumido la carga de la prueba con relación a cada uno de estos tres requisitos.

327. En segundo lugar, no puede caber duda de que el Tribunal arribó a conclusiones claras con respecto a cada una de estas cuestiones. No existe aquí ámbito alguno para que el Comité arribe a la conclusión a la que llegara el Comité en Enron de que no queda claro si el Tribunal arribó a conclusión alguna. El Tribunal, nuevamente en contraposición con el caso Enron, tampoco adoptó simplemente las pruebas de un perito en lo que se refiere a las cuestiones económicas y las trató como concluyentes de una cuestión jurídica.

328. Por último, nuevamente es importante recordar que el estándar de anulación no consiste en determinar si un tribunal aplicó correctamente el derecho aplicable, sino si lo aplicó, y no si los motivos son persuasivos sino si explican el fundamento en base al cual el tribunal arribó a sus conclusiones.

329. El Comité considera que no cabe duda de que el Tribunal haya aplicado el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario. Las primeras dos pruebas que aplicó – si las medidas adoptadas por Argentina fueron el único medio para enfrentar la crisis y si Argentina había contribuido a su propio aprieto económico – no sólo se presentan en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI sino en todo análisis contemporáneo del estado de necesidad y fueron identificadas expresamente por Argentina (así como por las Demandantes) como cuestiones clave para la decisión. El hecho de que el razonamiento del Tribunal respecto de estos tres puntos fuera conciso, en la opinión del Comité, no puede equivaler a una falta de aplicación del derecho y por lo tanto, a una extralimitación manifiesta de facultades. En ese sentido, el Comité difiere respetuosamente del enfoque del Comité en Enron y prefiere aquel del Comité en *CMS*.

330. El tercer requisito, a saber, restablecer el statu quo o compensar a las Demandantes, exige mayor análisis. Ese requisito, que el Comité extrae del Artículo 27 de los Artículos de la CDI, no había sido objeto de un argumento tan detallado por parte de Argentina (aunque había sido planteado por las Demandantes). Sin embargo, el Comité no puede aceptar que fuese “inventado” por el Tribunal. Al Comité le parece que el análisis que ha realizado de este punto el Tribunal refleja lo que es inherente al propio concepto de estado de necesidad. Si puede justificarse un quebrantamiento de una obligación jurídica por un estado de necesidad, sólo puede justificarse en tanto exista el estado de necesidad. Esa restricción se encuentra establecida claramente en la correspondencia entre los Gobiernos británicos y de los Estados Unidos en el caso *Caroline*, que generalmente se considera como una instancia crítica de la práctica del Estado que conduce al desarrollo del derecho moderno del estado de necesidad. Además, el Comité observa que la conclusión del Tribunal sobre este aspecto fue *obiter*, en tanto el Tribunal ya había concluido que la Argentina no estaba facultada para invocar en ningún caso la defensa de estado de necesidad.

331. Por último, el Comité considera que no se le puede reprochar al Tribunal no haber enfocado esta parte del caso sobre la base de que era Argentina a quien le correspondía la carga de establecer que su conducta cumplía con los requisitos del derecho consuetudinario, en tanto es la Parte que pretende invocar una defensa

quien debe establecer que su conducta cumple con los requisitos de la ley para la aplicación de esa defensa”.

Otro de los motivos por los que Argentina consideró que el tribunal se había extralimitado en sus facultades fue por la omisión de considerar alguna evidencia fundamental. Argentina relacionaba esta causa con pruebas que había presentado relacionadas con la crítica de la gestión y la estrategia de inversión a nivel mundial de las empresas *EDF* y *EDFI*; y con pruebas aportadas en el contrainterrogatorio por el ingeniero Neme (un testigo convocado por las demandantes que había estado involucrado en representación de la provincia de Mendoza en la privatización del suministro eléctrico), respecto al vínculo entre la cláusula de tipo de moneda en el contrato de concesión y la Ley de convertibilidad argentina respecto de la convertibilidad entre el peso argentino y el dólar estadounidense. A juicio de la solicitante, la omisión del tribunal de valorar estas pruebas supuso que no trató todas las cuestiones sometidas ante él y dicha omisión equivalía a una extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal.

La comisión entendió que no concurría la causa de anulación alegada, pues el tribunal había considerado y resuelto todas las cuestiones planteadas por Argentina en el procedimiento original conforme al art. 48.3 del Convenio CIADI:

“345. Con respecto al reclamo de Argentina de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente de sus facultades, el Comité acepta que la omisión por parte de un tribunal de decidir una o más pretensiones sometidas por las Partes podría constituir esta extralimitación (tal como la omisión en el ejercicio de la jurisdicción puede equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades), aunque observa que la reparación principal en un caso tal parece radicar en la solicitud de una decisión complementaria en virtud del Artículo 49, en lugar de una solicitud de anulación en virtud del Artículo 52(1)(b).

346. Sin embargo, el Artículo 48(3) exige sólo que un tribunal decida todas las pretensiones sometidas a él. Una “pretensión” dentro del significado del Artículo 48(3) es una cuestión que debe decidirse en pos de determinar todos los aspectos de derechos y obligaciones de las partes relevantes al caso en cuestión. Al argumentar su posición respecto de esta pretensión, una parte puede plantear distintos argumentos y referirse a una o más pruebas y autoridades jurídicas en sustento de esta. No se le exige a un tribunal dictaminar por separado cada argumento de derecho o hecho sobre los cuales las partes están en desacuerdo, siempre y cuando decida la pretensión con la cual se relacionan esos argumentos. Qué constituye o no una pretensión que debe decidirse es un asunto objetivo y no uno que pueda ser moldeado por la forma en la cual una parte elige plantear sus argumentos o el énfasis que coloca sobre un punto en particular.

347. Los informes de los diversos organismos del Estado francés acerca de la gestión de *EDF* y *EDFI* formaron parte de las pruebas presentadas por Argentina en sustento de un argumento de que las Demandantes eran en parte responsables de su propio dilema y que ellas mismas vendieron su participación en *SODEMSA* por motivos que nada tienen que ver con las medidas de emergencia sino que reflejaron una estrategia de inversión modificada teniendo en cuenta la crítica a la gestión que

se realizó en esos informes. La importancia de esa prueba no constituyó una pretensión en su propio derecho sino meramente uno de los factores planteados por una Parte en sustento de sus argumentos. El Tribunal rechazó el argumento de que los derechos y obligaciones de las Partes se vieron afectados por la calidad de la decisión de invertir de *EDF*. Como tal, el Tribunal decidió la pretensión sometida a él y no estaba obligado a mencionar todas las pruebas que se le habían presentado.

348. Lo mismo es cierto respecto de la prueba del Ingeniero Neme. Las respuestas brindadas por el Ingeniero Neme en el contrainterrogatorio sugirieron que la Provincia de Mendoza no había enfocado la Cláusula de tipo de moneda con vistas a su aplicación en caso de que se pusiera un fin a la convertibilidad del peso. Sin embargo, esa prueba fue solo parte de las pruebas invocadas por Argentina en sustento de su argumento de que la Cláusula de tipo de moneda se encontraba atada a la continuación de la Ley de Convertibilidad y por lo tanto, no era aplicable a medidas adoptadas después de que el peso dejara de ser convertible. En otras palabras, la cuestión que el Tribunal debía decidir era si, a la luz de toda esa prueba, la Cláusula de tipo de moneda era o no aplicable cuando el peso dejó de ser convertible en el mes de enero de 2002. El Tribunal consideró esta cuestión con cierta amplitud en los párrafos 943-969 del Laudo y rechazó la interpretación de Argentina de la Cláusula de tipo de moneda (véanse, en particular, los párrafos 953 y 958-960). Por ende, decidió la pretensión que debía determinarse en pos de arribar a una conclusión en cuanto a los derechos y obligaciones de las Partes. En consecuencia, el Comité considera que el Tribunal no fue culpable de una extralimitación de facultades”.

El último argumento en el que Argentina fundó la causa de anulación del art. 52.1.b) del Convenio CIADI, versó sobre errores cometidos por el tribunal a la hora de evaluar los daños que debían pagarse con respecto a las violaciones que identificó. Dada la complejidad de la parte del laudo referida a la cuestión de los daños, la comisión presentó un resumen de las conclusiones del tribunal a este respecto y, seguidamente, precisó los límites de la comisión en el procedimiento de anulación cuando se trata de la valoración de los daños:

“367. El Comité considera asimismo importante recordar las restricciones que el procedimiento de anulación impone necesariamente a su tarea al considerar este aspecto del caso. Estas restricciones fueron resumidas acertadamente por el Comité en *Impregilo* en los siguientes términos:

El Comité no puede analizar *de novo* los hechos, las pruebas y los criterios utilizados por el Tribunal en la valoración de los daños o del monto de la indemnización otorgada por a favor de *Impregilo*. Es claro que Argentina no está de acuerdo con la relación causal establecida por el Tribunal entre los daños y las medidas controvertidas; que considera que el análisis de la relación causal no fue acabado y que las pruebas producidas deberían haber llevado a establecer una indemnización diferente; y que no está de acuerdo con la interpretación del Tribunal sobre el derecho aplicable en la valoración de los daños. Sin embargo, un desacuerdo con el análisis del Tribunal en cuanto a la relación causal o a la valoración de las pruebas o la interpretación del derecho no constituye una causal de anulación en virtud del artículo 52. ... Por supuesto, la valoración de los daños no puede ser arbitraria, pero la determinación del monto de una indemnización por parte del Tribunal tiene un alto grado de

discrecionalidad, y un desacuerdo con los criterios utilizados por el Tribunal no puede ser causal de anulación de un laudo.

368. Eso no es para decir que un laudo no puede ser anulado en base al tratamiento de la cuestión de daños por parte del tribunal. Como lo deja en claro la última oración del pasaje de *Impregilo* citado *supra*, la valoración de daños no puede ser arbitraria. Si un tribunal, al valorar los daños, se extralimita manifiestamente en sus facultades al no aplicar (en contraposición a dudosamente aplicar incorrectamente) el derecho aplicable, no expresa los motivos sobre los cuales se funda el laudo, o es culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, entonces el laudo puede ser anulado y los laudos han sido anulados en razón de estos errores en el tratamiento de los daños. Sin embargo, las críticas a la manera en la cual el tribunal ha aplicado el derecho o los desacuerdos respecto de su manejo de las pruebas, la metodología seleccionada, o su cálculo de daños, aunque bien fundados, no pueden conducir a la anulación. Tampoco se le exige a un tribunal abordar cada punto planteado en las pruebas para cumplir con el requisito de expresar los motivos en lo que fundó su laudo”.

A continuación, la comisión *ad hoc* abordó el argumento principal de Argentina, que se basaba en la no aplicación del derecho aplicable, como fundamento de la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal. Esta línea argumentativa finalmente fue desestimada por la comisión:

“370. En tanto el Tribunal ya había sostenido que las Demandantes no habían sido desposeídas, Argentina se queja de que esta conclusión constituye una extralimitación manifiesta de facultades, debido a que el Tribunal aplicó el estándar de compensación establecido para una violación a otra, muy diferente, sin ninguna justificación para hacerlo.

371. Sin embargo, el párrafo 1210 debe tomarse en contexto. El Tribunal no tomó simplemente el estándar de compensación por expropiación del TBI y lo aplicó sin justificación alguna a una negación de tratamiento justo y equitativo. Ya había explicado (...) que se calcularían los daños en base a la diferencia entre el valor real de la inversión de las Demandantes en *EDEMSA* (es decir, con posterioridad a los efectos de las medidas de emergencia) y el valor que habría tenido esa inversión si no hubiese sido por el efecto de esas medidas. Eso no es más que una aplicación del principio de que el objeto de la indemnización es colocar a la parte damnificada, en la medida de lo posible, en la posición que habría ocupado si no hubiesen ocurrido las medidas ilícitas. Ese principio se encuentra demasiado bien establecido en el derecho internacional como para exigir debate alguno. No existe motivo para pensar que, como una cuestión de principio general, no sea aplicable a una denegación de tratamiento justo y equitativo y el TBI Argentina-Francia no exige que un tribunal aplique un estándar diferente en tal caso, tal como lo observara el Tribunal en el párrafo 1210 del Laudo. En la opinión del Comité, al seleccionar este estándar como la base para el cálculo de daños, el Tribunal aplicó en forma correcta el derecho internacional, que era el derecho aplicable para determinar las consecuencias de una violación del tratado. Además, incluso si estuviera abierto a argumento que el Tribunal hubiera malinterpretado el derecho internacional pertinente, ese habría constituido un caso de aplicación incorrecta en lugar de una omisión de aplicación del derecho aplicable y por lo tanto no habría

implicado extralimitación alguna de facultades en los términos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI”.

La tercera causa de anulación en la que Argentina fundó su solicitud fue el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, prevista en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI. En esta ocasión, Argentina alegó diversos argumentos, algunos de los cuales sirvieron también de base para fundamentar otras causas de anulación ya expuestas, por lo que para evitar repeticiones innecesarias, nos ceñimos a la exposición de los motivos ofrecidos por la comisión relativos exclusivamente a esta causa de anulación. Conviene advertir que la comisión *ad hoc*, al analizar los argumentos que esgrimió la solicitante, en algunas partes trató las causas de anulación conjuntamente y en el caso del quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento su motivación no alcanza el grado de detalle de otras causas, pues o bien la solicitante no aportó argumentos suficientes, o esta causa se encontraba íntimamente relacionada con otras.

Argentina alegó que la falta de imparcialidad e independencia de los árbitros, en este caso la profesora Kaufmann-Kohler y el profesor Remón, además de suponer una constitución incorrecta del tribunal, como ya se expuso anteriormente, implicaba un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. La comisión, teniendo en cuenta la existencia de los mecanismos de recusación previstos en los arts. 57 y 58 del Convenio CIADI, analizó primero si el hecho alegado por Argentina, podía constituir la causa de anulación invocada y declaró que, en efecto, en un procedimiento de anulación el incumplimiento de los requisitos de los árbitros previstos en el art. 14.1 del Convenio CIADI, podía constituir el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento:

“122. Es aceptado que el Artículo 52(1)(d) puede aplicarse a casos en que la recusación de un árbitro se abordó conforme a los Artículos 57 y 58 del Convenio de una manera que, en sí, implica un grave quebrantamiento de una norma de procedimiento, por ejemplo, al no permitir a una de las partes presentar su caso. Sin embargo, es muy raro que suceda algo así y en este caso no se planteó ningún alegato de esa índole. El punto más importante, tanto como cuestión de principio general y en relación con este caso, consiste en determinar si el hecho de que uno o varios miembros del tribunal a cargo de un caso no cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad conforme al Artículo 14(1) invalida todo el procedimiento.

123. El Artículo 52(1)(d) faculta al comité para anular un laudo ante un quebrantamiento grave de una norma fundamental (en la versión en inglés) de procedimiento. Es difícil concebir una norma de procedimiento más fundamental que la norma que exige que el tribunal a cargo de resolver un caso sea independiente e imparcial. Por consiguiente, el Comité considera que, en principio, un comité *ad hoc* puede analizar, de acuerdo con el Artículo 52(1)(d), no solo alegaciones sobre un procedimiento defectuoso para la recusación de un árbitro sino, lo que es más importante, alegaciones de que la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro significó un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en el arbitraje en general.

124. En ese contexto, cabe recordar que sólo un laudo puede ser objeto de anulación, no las decisiones anteriores del tribunal (...). Es por eso que un comité *ad hoc* no puede anular las decisiones de los otros miembros de un tribunal en virtud del Artículo 58 para rechazar una propuesta de recusación. La única manera de cuestionar esa decisión en un procedimiento de anulación es si se considera que vicia el laudo posteriormente pronunciado. Toda contemplación del rol del Artículo 52(1)(d) debe tomar eso en cuenta. Si existe la posibilidad de que un laudo se vea viciado por una decisión de recusar o no a un árbitro, adoptada sin cumplir los requisitos procesales aplicables, *a fortiori* el laudo podría verse viciado por el hecho de que el propio laudo fue adoptado por un tribunal cuyos miembros no cumplían los requisitos de imparcialidad e independencia.

125. Por lo tanto, el Comité considera que el hecho de que haya duda razonable acerca de si el árbitro reunía las cualidades de independencia e imparcialidad exigidas por el Artículo 14(1) es causal de anulación del laudo conforme al Artículo 52(1)(d)”.

Como ya se explicó anteriormente, la comisión definió su función en el procedimiento de anulación según se hubiera propuesto la recusación de los árbitros en el procedimiento de origen o no se hubiera propuesto y en ese punto trató conjuntamente las dos causas de anulación alegadas, es decir, la constitución incorrecta del tribunal y el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Por ello, nos remitimos a las consideraciones generales realizadas por la comisión a este respecto, expuestas en los párrs. 130-145 de la Decisión sobre anulación, que se han reproducido *supra* al tratar la primera causa de anulación del art. 52.1.a) del Convenio CIADI.

Así, en esta parte, conviene destacar que la comisión rechazó la causa de anulación sobre el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento basada en este argumento. En el caso de la profesora Kaufmann-Kohler, sobre quien había recaído una Decisión sobre recusación en el procedimiento de origen desestimatoria de las causas de recusación alegadas, la comisión no encontró indicios de violación de normas de procedimiento en la manera en que se trató la propuesta de recusación, como tampoco apreció indicios de que los demás miembros del tribunal encargados de resolver sobre la propuesta hubieran aplicado el estándar incorrecto. Respecto al profesor Remón, se recuerda que la comisión declaró que debía considerar las causas de recusación *de novo*, pues no se había propuesto su recusación previamente. En su análisis, la comisión no encontró motivos que fundaran la falta de imparcialidad e independencia de este árbitro.

Por su parte, Argentina consideró que el tribunal cometió errores en la aplicación del derecho aplicable; errores que fundamentarían el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Con carácter previo al examen de los argumentos concretos de la solicitante, la comisión realizó algunas observaciones sobre esta causa de anulación:

“199. El texto en inglés del Artículo 52(1)(d) establece que un laudo puede anularse, si “there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”. El texto en francés tiene el mismo efecto, puesto que requiere

“inobservation grave d’une règle fondamentale de procedure”. Sin embargo, el texto en español sólo habla de “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”. Si bien las tres versiones exigen que el quebrantamiento haya sido “grave” (este es el término utilizado en francés y español), solo las versiones en inglés y francés exigen que la norma de procedimiento involucrada sea “fundamental”. Las versiones en inglés, francés y español del Convenio son igualmente auténticas, por lo que la diferencia entre ellas debe resolverse por aplicación de los principios del derecho internacional respecto de la interpretación de los tratados. En general, se considera que el principio pertinente se encuentra codificado en el Artículo 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, párrafo (4), que reza “cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”. En el caso del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI, las versiones en inglés y francés inequívocamente requieren el quebrantamiento de una norma de procedimiento “fundamental” y, por ende, son más acotadas que la versión en español, que solo se refiere a una norma de procedimiento. Puesto que el denominador común entre los tres textos es que todos permiten la anulación en el supuesto de un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento “fundamental”, parecería que el sentido que mejor concilia los tres textos es uno que requiere un quebrantamiento “grave” de una norma de procedimiento “fundamental”. Asimismo el Comité considera que esta interpretación encuadra mejor con el objeto y fin del Convenio, que otorga un papel restringido a los procedimientos de anulación, tal como se analiza en la Parte III de la presente Decisión. Esta interpretación también es la consistentemente adoptada en la jurisprudencia de los comités *ad hoc*”.

Uno de los errores que según Argentina habría cometido el tribunal arbitral, fue la falta de aplicación del APPRI celebrado entre Argentina y Luxemburgo. La comisión consideró a este respecto que la causa de anulación basada en el quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento no estaba bien fundada:

“217. Por último, el Comité no acepta el argumento de Argentina de que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental respecto de esta cuestión. Si bien este quebrantamiento se alegó en la Solicitud y en el Memorial, no se desarrolló con seriedad hasta un breve fragmento en los párrafos 98-99 de la Réplica, donde Argentina alegó que “la decisión del Tribunal de no respetar la fecha crítica reconocida en la Decisión de Jurisdicción y de no aplicar el TBI Argentina-Luxemburgo, ocasionó una afrenta al debido proceso”. Se afirmó que esta afrenta resulta del hecho de que a Argentina se le negó la oportunidad de oponer excepciones (con arreglo al Artículo 3(2) del TBI Argentina-Luxemburgo) que podrían haber afectado el monto de la compensación. Este, sin embargo, no es en realidad un argumento sobre el debido proceso, sino sobre la sustancia de la decisión del Tribunal. Argentina considera que la decisión del Tribunal sobre el derecho aplicable fue desatinada, pero eso no la convierte en una extralimitación en sus facultades. No hay pruebas de que la cuestión no se debatiera en su totalidad ni de que a Argentina se le negara la oportunidad de presentar sus argumentos al respecto. Consecuentemente, no hay causal de anulación conforme al Artículo 52(1)(d)”.

Respecto a los restantes errores alegados por Argentina relativos a la falta de aplicación por el tribunal del derecho argentino y a la supuesta contradicción entre la Decisión sobre jurisdicción y el laudo final en relación con la necesidad de demostrar la discriminación para establecer la existencia de una violación del APPRI, que fueron comentados *supra* al tratar la causa de anulación basada en la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (párrs. 218-220 y 224-226), la comisión no encontró fundamentos por los que pudiera afirmar que el tribunal hubiera incurrido en un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

El siguiente argumento de la solicitante versaba sobre las medidas adoptadas por Argentina en virtud de la situación de emergencia económica que sufrió en 2002 y la aplicación del art. 5.3 del APPRI celebrado entre Argentina y Francia, así como el estado de necesidad en virtud del DI consuetudinario, tal como fue expuesto al tratar la causa de anulación sobre extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal. La comisión declaró que no observaba indicios de que el tribunal hubiera incurrido en un quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento en el tratamiento de estas cuestiones, sin aportar una motivación detallada sobre esta conclusión.

El argumento de la solicitante sobre la falta de consideración por el tribunal arbitral de pruebas que podían haber influido decisivamente en el laudo y que ya fue comentado con ocasión de la causa de anulación sobre extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, también fue aportado por Argentina en apoyo de un quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento. La comisión señaló que aunque Argentina se valió de este argumento para fundamentar tres causas de anulación distintas, estas se encontraban íntimamente relacionadas. Respecto a la causa de anulación que aquí nos ocupa, la comisión descartó su reconocimiento:

“350. El Comité tampoco considera que existió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Naturalmente un tribunal debe cumplir con las normas de debido proceso y aquellas incluyen la obligación de otorgar a las partes una misma oportunidad de presentar sus argumentos, convocar testigos y contrainterrogar a los testigos de la otra parte. Sin embargo, eso no exige que un tribunal analice en detalle una prueba en particular, o que incluso la analice, cuando no sea necesario hacerlo en aras de decidir las pretensiones ante sí. El Artículo 52(1)(d) del Convenio no puede ser utilizado para imponer una obligación de explicar los motivos que vaya más allá de la obligación ya establecida en el Artículo 48(3) y que se le confiera efecto, en el contexto de la anulación, mediante el Artículo 52(1)(e).

351. Por lo tanto el Comité rechaza la solicitud de anulación de Argentina en base a una supuesta omisión de considerar determinadas pruebas”.

Por último, los errores supuestamente cometidos por el tribunal arbitral en la evaluación de los daños y que se expusieron en la causa relativa a la extralimitación de las facultades del tribunal, también fueron alegados por Argentina como fundamento de la causa de anulación del art. 52.1.d) del Convenio CIADI. Sobre esta causa de anulación,

la comisión rechazó la solicitud de Argentina de anular el laudo por este motivo, tratando esta cuestión conjuntamente con las demás causas de anulación alegadas.

La cuarta causa de anulación en la que la solicitante basó su solicitud de anulación fue la falta de expresión de motivos del laudo, prevista en el art. 52.1.e) del Convenio CIADI. De nuevo Argentina empleó varios argumentos ya expuestos en los apartados anteriores para sustentar esta causa. Así, destacan los motivos en los que la comisión se basó para alcanzar su decisión sobre esta causa de anulación.

Cuando la comisión entró a valorar la falta de expresión de los motivos en que el tribunal basó su decisión sobre las cuestiones relativas al derecho aplicable, realizó algunas consideraciones generales sobre el sentido y alcance de esta causa de anulación, subrayando que una comisión *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones y no se puede invocar esta causa con ese objetivo:

“194. La disposición del Artículo 52(1)(e) de que un laudo se debe anular, si “no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde” está estrechamente vinculada a la disposición del Artículo 48(3), que exige que “[e]l laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”.

195. El requisito de la expresión de motivos es importante, pero igual de importante es que un comité *ad hoc* no se incline por utilizar el Artículo 52(1)(e) como medio para una apelación. El Artículo 52(1)(e) faculta al comité para anular un laudo, si hubo una falta de expresión de motivos sobre los que se funda el laudo; pero no faculta al comité para anular un laudo por considerar que el razonamiento no es convincente.

(...)

197. El tribunal debe responder a cada “pretensión” planteada ante él, y por ende debe expresar suficientes motivos como para satisfacer el “requisito mínimo” al que se refiere el comité del caso *Wena* respecto de cada pretensión. Sin embargo, no se exige que el tribunal aborde en forma explícita cada detalle de cada argumento esgrimido por las partes o que se refiera a cada una de las fuentes que ellas hayan invocado (...).

198. El Comité concuerda con estas observaciones acerca del alcance y el objetivo del Artículo 52(1)(e). No obstante, conserva su carácter fundamental para el procedimiento de anulación y, como lo demuestra la decisión del comité *ad hoc* en *CMS*, si un tribunal no ha expresado los motivos que le permitan a las partes comprender la decisión sobre una pretensión planteada al mismo tribunal, esa parte del laudo se puede someter a la anulación”.

Establecidos el objetivo y alcance de esta causa de anulación, la comisión pasó a considerar los argumentos concretos de la solicitante respecto al derecho aplicable y, como ya se explicó anteriormente, conviene distinguir entre tres cuestiones: 1) la aplicación del APPRI celebrado entre Argentina y Francia y la no aplicación del APPRI

celebrado entre Argentina y Luxemburgo; 2) la no aplicación del derecho argentino; y 3) la cuestión de la prohibición de discriminación en relación con el contenido de la Decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal en el procedimiento de origen.

Respecto a la aplicación de los APPRI mencionados, la comisión no acogió los argumentos de la solicitante:

“215. El Comité no acepta que el Tribunal omitiera la expresión de motivos en que fundó su decisión sobre la aplicación de un TBI y la no aplicación del otro. El Tribunal dejó en claro, primero, que el reclamo se presentaba en virtud del TBI Argentina-Francia, y que el TBI Argentina-Luxemburgo se invocaba solo en subsidio. El Tribunal estudió en detalle la propiedad de *León* y su posición respecto de las otras Demandantes. Su razonamiento demuestra que su conclusión de que el único TBI por aplicar era el TBI Argentina-Francia se fundó en el hecho de que originalmente la tenencia de la inversión pertenecía por completo a sociedades francesas y de que *León* solo estuvo implicada en virtud de una transferencia que le hizo su sociedad controlante, que conservó su propiedad y control, y que para el momento de la audiencia *EDFI* gozaba de todos los derechos pertinentes. En la opinión del Comité este razonamiento es suficiente para permitir que el lector siga la lógica que subyace a este aspecto del Laudo.

216. El Comité tampoco está convencido del argumento de Argentina de que el Tribunal se contradijo. El Comité no ve contradicción alguna entre las referencias al TBI Argentina-Luxemburgo en la Decisión sobre Jurisdicción y la conclusión incluida en el Laudo de que el derecho aplicable a las cuestiones sustantivas era el contenido en el TBI Argentina-Francia. El hecho de que, incluso tras concluir que el presente caso debía determinarse por referencia al último tratado, el Tribunal siguió refiriéndose a la interpretación del TBI Argentina-Luxemburgo se debe a que las Demandantes invocaron la cláusula paraguas de aquél tratado; pero lo hicieron invocando la cláusula NMF del TBI Argentina-Francia, y fue en aquel TBI en que fundaron su reclamo. En lo que concierne al supuesto conflicto entre los párrs. 886 y 1099 del Laudo, a los que se refirió Argentina en la audiencia, el Comité no puede ver la contradicción. Los dos párrafos tratan cuestiones distintas: el primero demuestra que en última instancia *EDFI* adquirió todos los derechos de *León* sobre el reclamo ante el CIADI; y el segundo deja en claro que *León* y *EDFI* no transfirieron los derechos sobre el reclamo ante el CIADI cuando vendieron sus acciones en *MENDINVERT* y *SODEMSA* respectivamente a *IADESA*”.

En lo tocante a la no aplicación del derecho argentino por el tribunal, la comisión tampoco observó la falta de expresión de los motivos en que se fundó la decisión del tribunal:

“221. El Comité tampoco está convencido de que el Tribunal no haya expresado adecuadamente los motivos en que fundó su conclusión. Argentina argumenta que el Tribunal se refirió a la primacía del derecho internacional en el caso de un conflicto entre el derecho argentino y el derecho internacional, sin indicar cuál era el conflicto. Sin embargo, el razonamiento del Tribunal es claro. El Tribunal consideró que lo que el derecho argentino dispusiera no implicaría ninguna diferencia para el resultado de las cuestiones planteadas al Tribunal: si el derecho

argentino llevaba al mismo resultado que el derecho internacional, sencillamente no habría diferencia; y si llevaba a un resultado distinto, entonces prevalecería el derecho internacional. Esta razón sencillamente no convenció a Argentina, pero el Artículo 52(1)(e) no permite la anulación a causa de que el razonamiento del Tribunal no parezca convincente. Como ya ha explicado el Comité (...), lo que importa es si “las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente”.

En cuanto a la última cuestión sobre la Decisión sobre jurisdicción del tribunal respecto a la prohibición de discriminación y la necesidad de demostrarla, la comisión consideró que el razonamiento del tribunal en el laudo fue claro y comprensible, por lo que no apreció que hubiera una omisión de expresión de motivos como causa de anulación.

Respecto a los argumentos que Argentina aportó bajo este título, la comisión *ad hoc* apreció que el tribunal dejó constancia con cierto grado de detalle de los motivos en que fundó sus conclusiones sobre la aplicación de la cláusula NMF.

Cuando Argentina alegó que el tribunal, al permitir que las demandantes reclamaran por daños cometidos contra *EDEMSA* en lugar de contra ellas, no expresó los motivos de su decisión, la comisión declaró:

“260. El Comité también considera que el Tribunal ha cumplido con los requisitos del Convenio de expresar los motivos en que fundó su decisión. Estos motivos se detallan minuciosamente en los párrafos 164-176 de la Decisión sobre Jurisdicción y se reflejan en el Laudo. El Comité no concuerda con que el razonamiento del Tribunal en este respecto sea contradictorio en ningún sentido (...).

261. (...) el párrafo 939 del Laudo está describiendo lo que el Tribunal consideró como la realidad económica subyacente, es decir que las Demandantes habían invertido en la Concesión (...). No estaba analizando la cuestión de quién fue parte del contrato en sentido estricto. El Comité observa que la propia Argentina ha utilizado términos en el mismo sentido general en algunas ocasiones. Por ejemplo, en su Memorial de Contestación en el procedimiento ante el Tribunal, Argentina se refirió a “[e]l año en el que se adjudica a *SODEMSA* la Concesión”, si bien era *EDEMSA*, no *SODEMSA*, quien era parte del Contrato de Concesión”.

Por último, Argentina había alegado que si pudieran incorporarse las cláusulas paraguas en el APPRI celebrado entre Argentina y Francia, no alterarían la naturaleza de los compromisos asumidos (o celebrados) en el contrato de concesión, que consistían en obligaciones contraídas por la provincia de Mendoza frente a *EDEMSA* y no frente a las demandantes. Según Argentina, la aplicación de una cláusula paraguas no alteraba el requisito de la relación contractual. El argumento principal de Argentina a este respecto se basó en que el tribunal no expresó los motivos de su decisión; por ello, son especialmente interesantes las observaciones de la comisión *ad hoc* sobre esta causa de anulación en relación con este argumento, ya que establece el estándar aplicable para considerar cuándo el tribunal ha expresado suficientemente los motivos de su decisión:

“274. Dado que Argentina invocó principalmente el Artículo 52(1)(e) del Convenio, el Comité comenzará por considerar si el Tribunal expresó o no los motivos de su decisión de que Argentina incumplió su obligación de “respetar los compromisos específicos asumidos en relación con la inversión de las Demandantes”.

(...)

276. Para el Comité, estas partes del Laudo, en conjunto, indican los motivos de la conclusión del Tribunal de un modo que permite al lector seguir el razonamiento, lo cual lo diferencia del laudo de *CMS*. En particular, el Laudo acentúa la medida en que la Provincia de Mendoza, cuyos actos son—a los fines del derecho internacional—atribuibles a la República Argentina, hizo todo lo posible por atraer a las Demandantes como posibles inversores extranjeros mediante compromisos de que el régimen de la Concesión sería estable.

(...)

278. En estas circunstancias, el Comité no puede concluir que en este Laudo, como afirmó el Comité de *CMS*, “no es para nada clara la forma en que el Tribunal [llegó a su conclusión]”. Esa conclusión no se ve afectada por el hecho de que el Laudo no distinga expresamente el laudo de *Azurix* o la decisión de *CMS*. Como ya explicó el Comité (...), no es necesario que el laudo mencione cada una de las autoridades citadas para cumplir el requisito de expresar los motivos en los que se basa”.

En relación con los argumentos esgrimidos por Argentina sobre la aplicación del art. 5.3 del APPRI celebrado entre Argentina y Francia, al que ya se ha hecho alusión al tratar otras causas de anulación invocadas por la solicitante, la comisión no consideró que el tribunal hubiera omitido los motivos de su decisión a este respecto, recordando que lo que se exige a un tribunal es que el lector pueda seguir el razonamiento del tribunal, no que sea persuadido por él, como ya manifestó en su motivación respecto de otras causas de anulación.

No obstante, conviene destacar en esta parte el razonamiento de la comisión el argumento sobre el estado de necesidad en virtud del DI consuetudinario:

“333. Por lo tanto el Comité pasa a la cuestión de si el Tribunal no expresó de manera suficiente los motivos en los que fundó su decisión. El razonamiento del Tribunal respecto de cada una de las tres cuestiones sobre las cuales sostuvo que Argentina no había establecido su argumentación – a saber, si las medidas de emergencia adoptadas constituyeron el “único modo” por el cual Argentina podría haber protegido sus intereses esenciales, si Argentina había contribuido a la emergencia en la cual se encontraba sumida y si Argentina debería haber restablecido el statu quo después de que hubiere pasado la emergencia inmediata o haber pagado una compensación – es conciso. Al invocar, en particular, la decisión del Comité de *Enron*, Argentina es crítica de esta brevedad. Señala, por ejemplo, el hecho de que las conclusiones del Tribunal con respecto a la cuestión del “único medio” se plantean en un único párrafo que no proporciona indicación alguna de

medios alternativos que podrían haber estado disponibles y simplemente afirma que “el Tribunal no está convencido de que tales medidas, tal como han sido presentadas y explicadas en este arbitraje, fueran el único modo a través del cual [Argentina] podría haber protegido sus intereses públicos”.

334. Sin embargo, la brevedad ha de ser observada en contexto. Tal como ya explicara el Comité, el interrogante que se le exigía responder al Tribunal era si Argentina podía o no invocar con éxito la defensa del estado de necesidad del derecho consuetudinario en aras de precluir la ilicitud de sus actos. A Argentina le correspondía la carga de demostrar que podía hacerlo. El Tribunal concluyó que no había cumplido con esa carga. Indicó dos motivos principales para esa decisión. Esos motivos fueron, primero, que no estaba convencido de que las medidas adoptadas cumplieran con el requisito del “único modo”; y segundo, que no estaba convencido de que Argentina no hubiese contribuido a la emergencia. Agregó que, incluso si – en contraposición con su conclusión principal – Argentina lo había cumplido respecto a esos dos ítems, aún no habría podido invocar la defensa del estado de necesidad con respecto a su omisión de restablecer el statu quo o pagar una compensación una vez que hubiere finalizado el estado de necesidad. Un lector no tendría dificultad alguna en seguir esta línea de razonamiento (sea que estuvieran o no persuadidos por ella). Aunque se podría haber explicado en mayor detalle cada uno de los motivos sobre los cuales el Tribunal fundó su conclusión en materia de necesidad, a un tribunal sólo se le exige expresar los motivos para su decisión, no justificar todos y cada uno de esos motivos.

335. Además, la parte del Laudo en la que el Tribunal plantea su decisión sobre el estado de necesidad (...) ha de leerse conjuntamente con la sección anterior (...) en la que analiza los argumentos de las Partes y resume las pruebas ante sí. Queda claro, por ejemplo, si uno lee el párrafo 1172 conjuntamente con los párrafos 530-556 que la conclusión del Tribunal respecto del motivo del “único modo” no cayó del cielo sino que se fundó en un minucioso análisis de las pruebas ante sí respecto de qué otras vías se encontraban abiertas para Argentina. El Comité entiende la observación hecha por el Comité en *Enron*, de que el concepto de “único modo” queda abierto a más de una interpretación pero observa que otros tribunales judiciales y de arbitraje han considerado innecesario desarrollar esas interpretaciones para arribar a una conclusión respecto de si las medidas ante ellos constituyeron el único modo disponible para las partes que reclaman el estado de necesidad. La Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, no desarrolló el significado de este requisito en su sentencia en el caso *Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría/Eslovaquia)* o en su opinión consultiva en *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*. A la luz del principio de que el estado de necesidad constituye una alegación excepcional que debe aplicarse estrictamente (un principio establecido expresamente en el párrafo 1171 del Laudo), un comentario destacado sobre el derecho de la responsabilidad del Estado observa en concreto que “aquí ‘único’ significa ‘único’; no es suficiente si otro medio lícito es más oneroso o menos conveniente”. [Traducción del Comité]

336. Al haber analizado tanto la conclusión del Tribunal como las pruebas, el Comité considera que está implícito en el razonamiento del Tribunal en el presente caso que el Tribunal consideró que, cualquiera sea la prueba que se aplique, las pruebas presentadas por Argentina no demostraron que las medidas que habían

adoptado fueran el único modo de proteger intereses esenciales frente a la crisis económica. Dado que incluso el Comité en *Enron* aceptó que era suficiente que los motivos fueran implícitos, el Comité concluye que no existió una omisión de expresar los motivos sobre este punto. Lo mismo es aplicable a las conclusiones del Tribunal respecto de la contribución de Argentina a la crisis y la falta de restablecimiento del *statu quo* o el pago de compensación. En consecuencia, el Comité rechaza el argumento de Argentina de que el Tribunal no expresó los motivos para esta parte del Laudo”.

La comisión rechazó la causa de anulación basada en este argumento, recurriendo de nuevo a los motivos expuestos en sus conclusiones sobre otras causas de anulación, esto es, que siempre que el lector pueda seguir el razonamiento del tribunal, el hecho de que el tribunal no analice cada autoridad o todas las pruebas, resulta irrelevante:

“349. El mismo razonamiento debe conducir asimismo al Comité a rechazar el argumento de Argentina de que debería anularse el Laudo por falta de expresión de motivos en los que se fundó. Como ya ha explicado el Comité, el requisito de expresar los motivos es restringido en su alcance. Siempre y cuando el lector pueda seguir el razonamiento en el Laudo, el hecho de que no analice cada autoridad o todas las pruebas es irrelevante. Por lo tanto, el hecho de que el Tribunal no haya considerado necesario analizar la prueba del Ingeniero Neme en cuanto a qué fue lo que contemplaron o no las autoridades de Mendoza al momento de redactar la Concesión no constituye un incumplimiento del requisito del Artículo 48(3) o causales de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e)”.

Finalmente, cabe destacar que la comisión *ad hoc*, tras analizar el contenido del laudo relativo a la valoración de los daños, concluyó que el tribunal había expresado los motivos en que se basó para su decisión sobre este punto, rechazando así la invocación de esta causa de anulación respecto a todas las cuestiones planteadas por Argentina sobre los supuestos errores cometidos por el tribunal en materia de valoración de los daños.

Por último, solo cabe hacer alusión a la imposición de costas. La comisión, considerando que la solicitud de anulación fue planteada de buena fe y se basó, en general, en argumentos plausibles, habiendo rechazado todas las causas de anulación en las que Argentina fundamentaba su solicitud, decidió que Argentina sufragara las costas del procedimiento, incluyendo tanto los honorarios y gastos de los miembros de la comisión, como los costes del CIADI, pero que cada parte litigante se hiciera cargo de sus propias costas y gastos legales.

En el caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania*, en tercer lugar, la comisión *ad hoc* de anulación también examinó la solicitud de anulación del laudo a la luz de tres de las cinco causas de anulación reconocidas por el Convenio CIADI, por este orden: 1) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 2) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d), y 3) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

La extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal resulta una causa de anulación que ha sido definida por la práctica arbitral de una forma agravada, es decir, la extralimitación no sólo tiene que existir, sino que tiene que ser evidente y clara. Además, como ya apuntamos *supra*, tiene una faceta relacionada con la jurisdicción del órgano arbitral y otra con la aplicación del derecho:

*“125. Excess of powers primarily refers to situations where a tribunal adjudicates disputes not included in the powers granted by the parties. Thus, the most important form of excess of powers occurs when a tribunal exceeds the limits of its jurisdiction. In ICSID arbitration, jurisdiction is determined by Article 25 of the Convention and the parties’ agreement on consent. Hence, lack of jurisdiction may relate to any of the mandatory requirements listed in Article 25(1) of the Convention and the relevant instrument of consent. This includes a lack of jurisdiction *ratione personae*, *ratione materiae* or *ratione voluntatis*. Thus, there is an excess of power if the tribunal: (i) asserts its jurisdiction over a legal or natural person or a State in regard to whom it does not have jurisdiction; (ii) asserts its jurisdiction over a subject-matter which does not fall within the ambit of the jurisdiction of the tribunal; or (iii) asserts its jurisdiction over an issue that is not encompassed in the consent of the parties. A deficiency in meeting any of these requirements would mean that there is no jurisdiction, which may constitute a manifest excess of powers if the excess of jurisdiction is manifest.*

*126. Excess of powers can be committed both by overreach and by default. Awards can be annulled if tribunals either assume powers to which they are not entitled by way of a decision which is *ultra petita* (e.g. by an excess of jurisdiction), or fail to exercise an existing jurisdiction by way of *infra petita* (e.g. by omitting to decide over a head of a claim raised by the parties). In this context, a manifest shortfall in the exercise of jurisdiction may constitute a manifest excess of power. Therefore, it is not within the tribunal’s powers to refuse to decide a dispute or part of a dispute that meets all jurisdictional requirements of Article 25.*

127. Excess of powers may exist not only in cases where tribunals wrongly assume jurisdiction, but also in the case of tribunals which, having jurisdiction, fail to apply the applicable law. Article 42(1) of the Convention deals with the law applicable to the dispute. It provides that the tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules as may be agreed to by the parties. In the absence of such an agreement, it shall apply the law of the host State and applicable rules of international law. Article 52(1) does not expressly provide for annulment in case of a failure to apply the applicable law. Nevertheless, the provisions on applicable parameters for the tribunal’s activity. Non-application of the law agreed to by the parties or of the law determined by the residual rule in Article 42(1) goes against the parties’ agreement to arbitrate and may constitute an excess of powers law are essential elements of the parties’ agreement to arbitrate and constitute part of the parameters for the tribunal’s activity. Non-application of the law agreed to by the parties or of the law determined by the residual rule in Article 42(1) goes against the parties’ agreement to arbitrate and may constitute an excess of powers.

(...)

129. Ad hoc committees have made it clear that an error in the interpretation of the applicable law does not constitute a manifest excess of powers.

130. Misinterpretation or misapplication of the applicable law to be applied to the merits, even if serious, does not justify annulment. In exceptional circumstances, however, a gross or egregious error of law could be construed to amount to a failure to apply the proper law, and could give rise to the possibility of annulment. However, the threshold for applying this exceptional rule must be set very high”.

Una vez fijado el estándar, la comisión pasó a analizar los dos argumentos que Rumania esgrimía para fundamentar su petición, descartando que ninguno de ellos fuera suficiente para decretar la anulación. El primero de ellos tenía que ver con la no aplicación del derecho aplicable:

“183. In this case, the Tribunal applied the law determined by the residual rule in Article 42(1). In doing so, the Tribunal found that the Europe Agreement was applicable, cited it and applied it to the essential questions before it.

185. Specifically, Romania has argued that the Tribunal failed to apply the Europe Agreement (i) to the question of the lawfulness of EGO 24 and (ii) to Romania’s obligation to repeal EGO 24.

186. In this case, Romania contests the Tribunal’s finding that the “whole body” of EU law, including EU State aid law, was not directly applicable by virtue of the Europe Agreement. In the Committee’s view, this criticism concerns the correctness of the application of the law rather than its application. It is not the Committee’s role to review whether the Tribunal correctly applied the Europe Agreement, but simply to verify that the Tribunal applied it.

187. Relevant to this case is Article 64 of the Europe Agreement, quoted in paragraphs 180 and 693 of the Award, which provides that:

1. The following are incompatible with the proper functioning of this Agreement, in so far as they may affect trade between the Community and Romania: [...] (iii) any public aid which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods.

2. Any practices contrary to this Article shall be assessed on the basis of criteria arising from the application of the rules of Articles 85, 86, and 92 of the Treaty establishing the European Economic Community.

3. The Association Council shall, within three years of the entry into force of the Agreement, adopt the necessary rules for the implementation of paragraphs 1 and 2.

4. For the purposes of applying the provisions of paragraph 1, point (iii), the Parties recognize that during the first five years after the entry into force of the Agreement, any public aid granted by Romania shall be assessed taking into account the fact that Romania shall be regarded as an area identical to those

areas of the Community described in Article 92(3)(a) of the Treaty establishing the European Economic Community. The Association Council shall, taking into account the economic situation of Romania, decide whether that period should be extended by further periods of five years. [...]. (Emphasis added)

(...)

188. The Tribunal interpreted this provision and applied the Europe Agreement to the questions posed by Romania, as is evidenced from the following reasoning:

(i) First, the Tribunal identified the specific international obligations under the Europe Agreement in paragraphs 179-185 of the Award, including Romania's obligation to harmonize its existing and future domestic legislation with that of the Community in the area of competition law and State aid.

(ii) The Tribunal also found that Romania's obligations under the Europe Agreement did not "properly subject [Romania] to EU law."

(iii) It went on to determine that "the general context of EU accession must be taken into account when interpreting the BIT," finding that: "the Tribunal cannot conclude in the abstract (as Romania seems to suggest) that the revocation of the incentives is fair and equitable solely because it was undertaken pursuant to Romania's obligation under the Europe Agreement to harmonize its law with EU law. As previously stated, whether the state's conduct is unfair and inequitable must be assessed in view of all the facts and surrounding circumstances." (Emphasis added)

189. Thus, from a reading of the Award, this Committee concludes that the Tribunal did apply the law it had determined as the applicable law – the Europe Agreement – to the questions posed by Romania.

190. In applying the Europe Agreement, the Tribunal noted that the Europe Agreement contained certain obligations under EU law, but did not consider as applicable the whole body of EU competition law, which it noted did not form part of the Europe Agreement and, therefore, gave an explanation for not having considered these regulations.

(...)

193. In the Committee's view, Romania's argument that the Tribunal failed to apply the applicable law to the question of the lawfulness of EGO 24 fails because such question was not before the Tribunal. The Tribunal did not decide the legality of EGO 24 because the question had not been presented to it. Romania had presented the issue as "whether Romania acted reasonably in amending EGO 24 in August 2004." The Tribunal addressed the issue before it and found that both Romania and the Claimants could reasonably have thought that EGO 24 was lawful. Moreover, the Committee is of the view that the question of the lawfulness of EGO 24 was not necessary to the Tribunal's finding of a breach of the FET standard because the Tribunal found that Romania had created legitimate

expectations through its actions by the fact that it had, e.g., reinstated EGO 24 in EGO 75.

194. Romania's argument that the Tribunal failed to apply the applicable law to Romania's obligation to repeal EGO 24 must also fail because the Tribunal addressed the issue. Among other statements, the Tribunal indicated that "it is not evident to the Tribunal that the EU was requesting the revocation of the EGO 24 incentives, and the record shows that it was not evident to Romania either." Also, the question was irrelevant to the Tribunal's decision. The Tribunal found in paragraph 328 of the Award "that the Parties appear to agree that EU law forms part of the 'factual matrix' of the case," because both Parties had pleaded that it was to be taken into consideration as a factual circumstance.

195. In addition, in the Committee's view, the Tribunal applied the VCLT and concluded that there was no conflict of treaties between the Europe Agreement and the BIT. The Tribunal found that the BIT did not refer to EU accession and that it could therefore not be assumed that the "EU sought to amend, modify or otherwise detract from the application of the BIT." The Tribunal further applied the Vienna Convention to the interpretation of the BIT, and assumed that Sweden and Romania entered into the BIT, as well as into the Europe Agreement, in full awareness of their legal obligations".

El segundo argumento se basaba en que el tribunal, según Rumania, no había decidido sobre si dicho Estado estaba obligado a hacer efectivo el laudo al poder considerarse el mismo como una ayuda de Estado por parte de los servicios jurídicos de la Comisión Europea:

"229. This Committee notes that the Tribunal dealt with the question of enforceability of the Award, as is evident from the following content:

(i) Paragraph 319 of the Award states that EU law was not directly applicable, and that the ICSID Convention was controlling with respect to the enforceability of the Award.

(ii) Paragraph 330 of the Award indicates that the Tribunal clearly envisaged that it was to determine whether the issue in question was relevant to the issues before it. It stated that: "[p]rior to determining whether it is useful for the Tribunal to decide this question [...] the Tribunal will set out the Parties' positions."

(iii) In paragraphs 331-339 of the Award, the Tribunal sets forth the position of the Parties and of the EC. It states that the Respondent contends that an award of damages would constitute impermissible State aid. It refers to the Claimants' position that the issues regarding enforcement of an award are irrelevant to the decision on the substance of the claim. Also, it indicates that the Claimants deny that considerations relating to the enforcement of the Award should affect the interpretation of the BIT or the Tribunal's decision as to whether Romania has breached certain provisions of the BIT.

(iv) In paragraph 340 of the Award, the Tribunal comes to the conclusion that: [I]t is not desirable to embark on predictions as to the possible conduct of various persons and authorities after the Award has been rendered, especially but not exclusively when it comes to enforcement matters. It is thus inappropriate for the Tribunal to base its decisions in this case on matters of EU law that may come to apply after the Award has been rendered. It will thus not address the Parties' and the Commission's arguments on enforceability of the Award. (Emphasis added)

(v) In paragraph 341 of the Award, the Tribunal notes Articles 53 and 54 of the ICSID Convention, observing that these provisions "apply in any event to the Award."

230. In the Committee's view, from the reading of the above-referenced paragraphs and from an integral reading of the Award, it is clear that the Tribunal dealt with the issue posed by Romania. The Tribunal gave reasons for its conclusion that it was not useful to determine whether the Award would be unenforceable: it considered that this was not an issue before the Tribunal because it was not its duty to address the potential non-enforceability of the Award after it had been rendered".

El quebrantamiento grave de una norma de procedimiento constituye otra causa de anulación que se alega cada vez con más frecuencia por quien solicita la anulación de los laudos arbitrales. En línea con anteriores comisiones, la interpretación de dicha causa fue realizada de manera muy estricta, advirtiendo la comisión que además de requerir un grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, dicho quebrantamiento debía haber tenido un impacto en el laudo:

*"134. (...) the threshold for finding that a rule of procedure is fundamental is very high. As stated in *Alapli v. Turkey*, "[t]he Applicant bears the burden of proving both that (i) the Tribunal committed a serious departure from a procedural rule; and (ii) that the said rule was fundamental." In addition, the Committee agrees with annulment decisions that have required that the departure have a material impact on the outcome of the award for the annulment to succeed".*

La comisión *ad hoc* no consideró que se cumplían estos requisitos ante la alegación de Rumania consistente en afirmar que el laudo debía ser anulado porque el órgano arbitral no había solicitado que los demandantes probaran y cuantificaran los daños sufridos individualmente:

"285. Romania's fundamental argument in this regard is that the "burden of proving damages" is a fundamental rule of procedure, and that this, in fact, has been litigated on many occasions. Nevertheless, Romania does not give merit to the fact that ad hoc committees have never explicitly acknowledged this.

286. The Claimants demonstrated that, even if the burden of proving damages were in fact a fundamental rule of procedure, the scope of such rule would only be to prove the existence of the damages and not to require a tribunal to allocate those damages to each claimant.

287. *In summary, the Claimants argued that they successfully proved their damages collectively and the fact that the damages were “collective” does not mean that they were not proven. The Award followed the same reasoning.*

288. *In the Committee’s opinion, there was no violation of the “burden of proving damages” rule alleged by the Respondent or to any other fundamental rule of procedure. From a reading of Section VII(B) of the Award, it is evident that the Tribunal imposed the burden of proving damages on the Claimants. It is also evident that the Tribunal reached the conclusion that such damages had been proven by the Claimants and therefore considered that the burden of proof had been met. The Tribunal explained in paragraph 1247 of the Award that damages were awarded collectively because that is what the Claimants asked for and that the Tribunal reached this conclusion after having reviewed the evidence presented by the Parties”.*

La falta de expresión en el laudo de los motivos en que se funde resulta la tercera causa de anulación examinada por la comisión *ad hoc* en esta solicitud:

“135. The obligation to state reasons stems from the wording of Article 48(3) of the Convention, which requires tribunals to “deal with every question submitted to the Tribunal” and to “state the reasons upon which [the award] is based.” Unreasoned awards can be annulled, because parties should be able to ascertain to what extent a tribunal’s findings are based on a correct interpretation of the law and on a proper evaluation of the facts. However, as long as reasons have been stated, even if incorrect, unconvincing or non-exhaustive, the award cannot be annulled on this ground. Article 52(1)(e) does not permit any enquiry into the quality or persuasiveness of reasons.

(...)

136. In other words, under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention, a committee is only authorized to verify whether the sequence of arguments within an award evidences a logical chain of reasoning that is apt to lead to the conclusion that was reached by the tribunal.

(...)

139. The standard for annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is, therefore, high. It does not permit an ad hoc committee to second-guess the reasoning of the tribunal. It imposes on the applicant the burden of proving that the reasoning of the tribunal on a point that is essential for the outcome of the case was either absent, unintelligible, contradictory or frivolous. In order to succeed, the Applicant must discharge this burden”.

Efectuadas estas precisiones sobre su alcance, la comisión concluyó que no procedía aceptar la petición de Rumania, basada en los tres argumentos ya presentados, a saber: el derecho aplicable, la cuestión de la ejecución del laudo y la ausencia de una cuantificación individualizada de los daños:

“196. Second, the Award is not annulable under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention, because reasons have been stated, addressing the questions submitted to the Tribunal, irrespective of whether they are incorrect, unconvincing or non-exhaustive; therefore, the Award cannot be annulled on this ground.

197. According to the Applicant, as explained in *Vivendi I*, the applicable test: “[E]ntails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal’s decision.” In the Committee’s opinion, the Award complies with both conditions.

198. In the present case, as in *MINE*, the Award enables one to follow how the Tribunal proceeded from Point A to Point B and to its conclusions. Under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention, a committee is only authorized to verify whether the sequence of arguments within an award evidences a logical chain of reasoning that is apt to lead to the conclusion that a tribunal reached.

199. Contrary to the Applicant’s assertions, the Committee considers that in this case, the Tribunal did not fail to apply the Europe Agreement, nor did it fail to provide reasons for not applying the international obligations that it had identified in the Europe Agreement to the facts of the case.

200. Paragraph 328 of the Award reads: The Tribunal notes in this regard that the Parties appear to agree that EU law forms part of the “factual matrix” of the case. In particular, the Parties agree that the question of EU law may be relevant to determining whether Romania acted fairly and equitably with respect to the Claimants’ investments in accordance with Article 2(3) of the BIT. The Tribunal concurs. The overall context of EU accession in general and the pertinent provisions of EU law in particular may be relevant to the determination of whether, inter alia, Romania’s actions were reasonable in light of all the circumstances, or whether the Claimants’ expectations were legitimate.

201. Thus, the Committee does not share the view of the Applicant that the Award makes it impossible for the reader to understand how the Tribunal reached its conclusions and thus suffers from “a total failure to state reasons for a particular point, which is material for the solution.” According to the Applicant, it is not possible to follow the reasoning of the Tribunal from Point A, i.e. that the Europe Agreement is applicable, to Point B, i.e. that EU law (including EU State aid law applicable under the Europe Agreement) is only part of the factual matrix and not applicable as law. In the Committee’s opinion, the Tribunal gave sufficient reasons to explain why EU law was not directly applicable by virtue of the Europe Agreement.

202. Moreover, the Committee does not share the view that the Tribunal failed to state reasons for its findings in paragraph 319 of the Award that there was no conflict of treaties. As stated above, it dealt with this issue in paragraphs 318-326 of the Award.

(...)

234. *In this Committee's view, in the case-at-hand, the Tribunal has stated reasons which can be followed and which enable the reader to understand what motivated the Tribunal. The Tribunal simply decided that the enforcement issue was not necessary to the Tribunal's decision and that matters of EU law would only be relevant at the post-award phase.*

235. *In conclusion, this Committee considers that the Tribunal did not fail to exercise its jurisdiction and addressed the question put to it by determining it was not relevant to the merits of the case.*

(...)

297. *It is true that, at first glance, it might appear that there is a contradiction in the conclusions of the Tribunal. Nevertheless, in the view of this Committee, this apparent contradiction does not amount to a valid ground for annulment for several reasons.*

298. *First, the contradiction asserted by Romania does not amount to a "failure to state reasons." Even if the reasoning in the above-referenced paragraphs (1237, 1242, 1244) were to be cancelled and eliminated, the Award would still be based on valid reasons to sustain its result to award collective damages.*

299. *Case law has established a very strict scrutiny to annul awards when it comes to contradictory reasons. Several ad hoc committees have ruled that an award based on contradictory reasons can be equated to a failure to state reasons, because genuinely contradictory reasons cancel each other out.*

300. *In order for an award to be annulable due to a failure to state reasons – on its contradictory reasons variant – the contradiction between the reasons given must be serious enough so that the reasons will not enable the reader to understand the tribunal's motives and reasoning in issues of fact or law.*

301. *Therefore, a tribunal has a duty to give "sufficiently pertinent reasons" to its award so that the reader can follow its reasoning. Thus, as long as an award deals in logical order and in some detail with all relevant considerations, contains ample reasons and explanations in support of the conclusions arrived at by the tribunal, and allows the reader to understand how the tribunal arrives to its conclusions, it cannot be deemed that the award fails to state reasons.*

302. *In this regard, it cannot be stated that there is a failure to state reasons when there are enough supporting reasons in the award. Such supporting reasons must be more than a matter of nomenclature and must constitute an appropriate foundation for the conclusion reached through such reasons. As long as the reasons given make it possible to reasonably connect the facts or law of the case to the conclusions reached in the award, annulment is appropriately avoided.*

303. *In view of the above, the Committee is of the view that it cannot reasonably be argued that such contradictory reasons exist in an award when: (i) the reasoning of the tribunal as a whole allow the reader to understand and follow the motives of fact and law given by the tribunal; (ii) the award gives ample reasons and*

explanations in support of its conclusions; and (iii) the award gives sufficient pertinent reasons, and deals in logical order and in some detail, with all relevant considerations.

304. In the case-at-hand, the Tribunal fully complied with the above criteria, since the Award allows a reader to follow its reasoning by dealing in logical order and in detail with all the relevant considerations, and gives ample reasons and explanations for its conclusions.

(...)

307. In addition to the above, Romania contends that the decision regarding the allocation of damages in the Award results in contradictory consequences in its execution. In this respect, the Committee notes that: it is within Romania's power to avoid the contradictory consequences it considers the Award enables. In the first place, the Award places Romania with both the obligation and the right to pay the compensation awarded to the Claimants and to decide how to discharge such obligation. In fact, Romania could exercise such right by paying any of the five Claimants to discharge its obligation and to compensate such payment with the Corporate Claimants' fiscal obligations (those which Romania claims that the Claimants are trying to avoid). Romania has already benefitted from this right and has compensated part of the amount of the Award against the tax obligations of some of the Corporate Claimants. This fact alone disavows Romania's reiterated arguments that the Award is contradictory because it allows a result that runs afoul of the reasoning of the Tribunal. It is, as has been seen, within Romania's power, as well as a right protected by the Award, to avoid contradictory consequences in the application of the Award. This argument, in itself, is not a matter to be dealt with as a ground for annulment".

Conviene señalar que la comisión *ad hoc* dedicó varios párrafos de su decisión a exponer los argumentos suplementarios presentados por la Comisión Europea durante el procedimiento, quien intervino en calidad de *amicus curiae*. Se trata de un gesto más bien simbólico, puesto que en tres párrafos rechazó todos los argumentos presentados por la Comisión Europea. No obstante, esos párrafos de la decisión (en particular los párrs. 308-339) resultan de utilidad porque permiten conocer la posición mantenida por la UE en el proceso. En cuanto a las costas procesales, la comisión *ad hoc* impuso a Rumania los gastos de procedimiento y atribuyó a cada parte los honorarios de sus abogados.

En cuarto lugar, en *TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala* ambas partes solicitaron la anulación del laudo a partir de las tres causas de anulación más frecuentemente invocadas ante el CIADI: 1) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 2) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d) y 3) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

En lo tocante a la definición del concepto de extralimitación manifiesta en las facultades del tribunal, la comisión *ad hoc* señaló:

“77. With regard to the first issue, the Committee finds that a tribunal commits an excess of powers: (i) if it goes beyond the parties’ consent by either exercising jurisdiction it does not have or by failing to exercise a jurisdiction which it possesses; or (ii) if it fails to apply the law agreed by the parties. With regard to the second issue, the Committee considers that an excess of powers is “manifest” if it is plain on its face, evident, obvious, or clear.

(...)

In other words, when determining whether a tribunal failed to apply the applicable law, an annulment committee must determine whether that tribunal correctly identified the applicable law and whether it endeavored to apply it to the facts in dispute. Whether or not the tribunal made an error in the application of that law is beside the point”.

A propósito de las observaciones presentadas por el inversor extranjero solicitando anular el laudo porque el órgano arbitral se había extralimitado de sus funciones al tratar el cálculo de los intereses, la comisión de anulación concluyó que la conducta del órgano arbitral no había sido lo suficientemente evidente como para activar esta causa de anulación:

“181. If the Tribunal somehow misrepresented TECO’s request for relief by not correlating TECO’s pleadings with the testimony of its witness, that misrepresentation is not immediately apparent or obvious to the Committee. However, Article 52(1)(b) of the ICSID Convention only permits annulment of excesses of power that are “manifest”, meaning evident, obvious or clear. The Tribunal’s alleged misrepresentation of TECO’s request for relief does not meet this requirement”.

Guatemala también invocó esta causa de anulación para alegar que el órgano arbitral había afirmado su jurisdicción para conocer esta controversia de manera incorrecta, puesto que se trataba en realidad de una disputa basada en el derecho interno. La comisión rechazó los argumentos del solicitante, señalando varios aspectos de interés que tienen que ver tanto con la naturaleza del recurso de anulación, como con el alcance y contenido que debe dársele a esta causa de anulación:

“215. On a preliminary note, the Committee wishes to clarify that it cannot accept Guatemala’s theory according to which a tribunal’s incorrect decision on jurisdiction can never survive annulment because any excess of jurisdiction is necessarily manifest.

216. First, there is no textual basis within the ICSID Convention to support such a difference in treatment between excesses of jurisdiction and other excesses of power. Article 52(1)(b) of the ICSID Convention refers in general terms to excesses of power. Second, the interpretation propounded by Guatemala would necessarily imply that an annulment committee has the authority to conduct a de novo review of a tribunal’s decision on jurisdiction. This would effectively transform annulment into an appeal when issues of jurisdiction are invoked. This runs counter to the explicit terms of Article 53 of the ICSID Convention, which

states generally that an award – be it on the merits or dismissing the case for lack of jurisdiction – “shall not be subject to any appeal”.

(...)

226. Moreover, the Committee finds that the Tribunal addressed all three main arguments upon which Guatemala’s jurisdictional objection was based: (i) that TECO’s claim is a regulatory disagreement on the interpretation of Guatemalan domestic law; (ii) that TECO cannot use international arbitration as a means to appeal the decisions of the Guatemalan courts and that TECO waived its right to raise a claim for denial of justice; and (iii) that the decision of the Iberdrola tribunal should be followed. The Award also addressed the following issues: (i) whether the Republic of Guatemala had consented to arbitration under the CAFTA-DR; (ii) whether TECO’s shareholding in EEGSA qualified as an investment under the CAFTADR; (iii) whether TECO’s shareholding in EEGSA qualified as an investment under Article 25 of the ICSID Convention; and (iv) whether TECO is an investor under the CAFTA-DR. As a result, the Committee can only take note that the Tribunal manifestly did address Guatemala’s jurisdictional objection.

227. The fact that the Tribunal did not quote and examine Article 10.16.1(a)(i)(A) of the CAFTADR is irrelevant. Guatemala had not argued that TECO had failed to submit a claim for breach of an obligation under Section A “Investment” of the CAFTA-DR Chapter Ten, which is what Article 10.16.1(a)(i)(A) of the CAFTA-DR requires. Consequently, the Committee finds that there was no need for the Tribunal to engage in an analysis of this text. In any event, a reference to this legal text would have added nothing and would have changed nothing in the Tribunal’s reasoning.

228. The Committee also finds that the Tribunal applied the prima facie test within its jurisdictional analysis.

229. Indeed, the Tribunal identified and applied the prima facie test at paragraphs 444 and 445 of the Award, where the Tribunal stated that it would determine “whether the facts alleged by the Claimant are capable, if proven, of constituting breaches of the Respondent’s international obligations under CAFTA-DR”. Since TECO had made an allegation of breach of Article 10.5 of the CAFTA-DR, the Tribunal proceeded to determine its contents. In its analysis, the Tribunal referred to the text of the Treaty, to the Parties’ submissions, to five arbitral awards (two of which it agreed with), and to at least five doctrinal commentaries. The Tribunal found that “a willful disregard of the fundamental principles upon which the regulatory framework is based, a complete lack of candor or good faith on the part of the regulator with the investor, as well as a total lack of reasoning” would constitute a breach of the minimum standard under Article 10.5 of the CAFTA-DR. Looking at TECO’s allegations, the Tribunal noted that they appeared to be supported by evidence and were of such nature that, if ultimately proved, they could establish a breach of Article 10.5 of the CAFTA-DR.

(...)

232. *Guatemala's second criticism is that the Tribunal failed to find that TECO's claim was of a purely domestic law nature, which led it to incorrectly conclude that it had jurisdiction over the case.*

233. *In the Committee's view, what Guatemala is seeking is to have the Tribunal's decision on jurisdiction reversed for the incorrect application of the law. This is impermissible under the ICSID Convention. The only analysis that the Committee may undertake is to determine whether the Tribunal's decision on jurisdiction was tenable as a matter of law.*

234. *After a careful review of the Award, the Committee finds that it was.*

(...)

236. *The Committee cannot find anything manifestly unreasonable or untenable in the Tribunal's analysis. Moreover, as TECO has rightly pointed out and as the Iberdrola annulment committee recently confirmed, there is no inherent incompatibility between a regulatory dispute having arisen at the domestic law level and an arbitral tribunal being subsequently called to assess the conduct of the State under international law. The fact that Guatemala does not accept the Tribunal's finding that a lack of a denial of justice claim did not preclude its jurisdiction over the dispute does not change this conclusion. It is evident to both Parties and to the Committee that, while the opinion shared by Guatemala exists, it is not unanimously accepted, and there have been numerous arbitral tribunals that have found otherwise. What this shows is that the Tribunal's interpretation of the applicable law, while not unanimously accepted, is nonetheless at least tenable. This is sufficient to conclude that annulment on this ground is not warranted.*

237. *Finally, the Committee fails to see how the Tribunal not reaching the same conclusion as the Iberdrola tribunal with respect to jurisdiction is relevant for this ground of annulment. Not only is there no doctrine of stare decisis under international law, but also the parties, the underlying treaties, the legal arguments and the evidence in the two cases were different. The Tribunal's decision not to follow the Iberdrola tribunal's decision was therefore at least tenable".*

La extralimitación manifiesta en las facultades del órgano arbitral también fue alegada por el Estado receptor de la inversión a propósito de que, según Guatemala, el laudo contradecía una sentencia dictada previamente por su Tribunal Constitucional. La comisión *ad hoc* de anulación rechazó esta solicitud de la siguiente forma:

"286. The Committee finds that the Tribunal did not revise or reverse the Constitutional Court decisions. To the contrary, the Tribunal interpreted the Constitutional Court decisions in order to determine the scope of its findings and subsequently integrated the decisions within its analysis made under international law. Moreover, the Tribunal afforded the Constitutional Court decisions their due weight as proof of Guatemalan law.

294. *Relying upon these findings, the Tribunal concluded that Resolution 144-2008 was inconsistent with the regulatory framework due to the regulator's failure to*

analyze the Expert Commission's report and to provide reasons for departing from its conclusions.

295. The Committee considers that the Tribunal's above interpretation of the Constitutional Court decisions was tenable. Other interpretations could also be possible. However, as stated earlier, the Committee is not empowered by the ICSID Convention to decide which of the competing interpretations is correct. The purpose of annulment under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention is only to ascertain whether a tribunal's interpretation was one among the various possible interpretations of the applicable law".

Guatemala, por su parte, invocó esta causa de anulación para alegar que el órgano arbitral había convertido una simple violación del derecho interno en un hecho ilícito internacional susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado, no aportando una suficiente explicación del derecho aplicable a la controversia. La comisión rechazó este argumento apelando nuevamente tanto al poder de discreción que goza el órgano arbitral, como al carácter estricto con el que debe interpretarse esta causa:

"311. The Committee would also like to recall that annulment for manifest excess of powers is only warranted when a tribunal has failed to apply the applicable law or when, while purporting to apply it, it committed an error so egregious that its interpretation can be deemed as untenable. Article 52(1)(b) of the ICSID Convention does not allow the annulment of awards for failing to examine the applicable law in the level of detail desired by a party. As long as a tribunal correctly identified the applicable law and endeavored to apply it to the facts of the case, annulment is not warranted.

312. The Committee considers that a tribunal must be allowed a degree of discretion with regard to the level of detail of its analysis under the applicable law. An award cannot be annulled because a tribunal, despite correctly identifying the applicable law and its contents, did not examine in detail all the authorities or all the arguments made by the parties. The Enron v. Argentina annulment committee made a very useful observation in this respect, albeit in the context of Article 52(1)(e).

313. In the case before the Committee, the Tribunal correctly identified the applicable law. Moreover, within its analysis, the Tribunal referred to the text of the Treaty, to the Parties' submissions, to five arbitral awards and to at least five doctrinal commentaries. The two awards with which the Tribunal agreed with had been invoked by both Parties. Referring to these sources, the Tribunal found that "the minimum standard of FET under Article 10.5 of CAFTA-DR is infringed by conduct attributed to the State and harmful to the investor if the conduct is arbitrary, grossly unfair or idiosyncratic, is discriminatory or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety".

(...)

316. The fact that the Tribunal did not extensively examine the over 400 pages of pleadings and 150 legal authorities is irrelevant for purposes of a discussion under

Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. The Committee considers it sufficient for purposes of this discussion that the Tribunal did correctly identify the applicable law and set out its content.

317. In addition, as the Committee will explain in greater detail below, the Tribunal endeavored to apply that law to the facts of the case. In this respect, the Committee cannot agree with Guatemala's second criticism, namely that the Tribunal failed to explain how Guatemala's breach of the regulatory framework resulted in a breach of international law and thus conflated the two concepts.

318. The Committee first observes that the Tribunal did in fact apply domestic law to the issues in dispute that were properly submitted to it. The Committee has concluded at Section VI.1.7 above that that the Tribunal did not manifestly exceed its powers by proceeding in this manner. Indeed, the Tribunal examined the Guatemalan regulatory framework in light of the Constitutional Court decisions and concluded that it rested upon two fundamental principles: (i) that, save in the limited exceptions provided by the LGE and the RLGE, the tariff would be based on a VAD calculation made by a prequalified consultant appointed by the distributor; and (ii) that, in case of disagreement between the regulator and the distributor, the disagreement would be resolved having regard to the conclusions of the Expert Commission. On the basis of the regulator's failure to pay any regard to the conclusions of the Expert Commission and to give reasons for this, the Tribunal concluded that Resolution 144-2008 was inconsistent with the regulatory framework.

319. The Committee finds that, in spite of referring to and applying domestic law in the instances above, the Tribunal ultimately found liability under international law on the basis of an international law analysis. The Committee considers that, contrary to Guatemala's contentions, the Tribunal did not equate domestic law with international law, but carefully distinguished between the two.

320. As mentioned above, the Tribunal established the content of the international minimum standard of treatment in the specific context of administrative proceedings by holding that "a lack of due process in the context of administrative proceedings such as the tariff review process constitutes a breach of the minimum standard", and that "a willful disregard of the fundamental principles upon which the regulatory framework is based, a complete lack of candor or good faith on the part of the regulator in its dealings with the investor, as well as a total lack of reasoning, would constitute a breach of the minimum standard."

321. The Tribunal then applied international law to the facts of the case before it. In this respect, the Tribunal held that "both the regulatory framework and the minimum standard of treatment in international law obliged the CNEE to act in a manner that was consistent with the fundamental principles on the tariff review process in Guatemalan law". However, in the case before it, the Tribunal found that the regulator had disregarded the fundamental principles underpinning the regulatory framework, as evidenced by Resolution 144-2008. The Tribunal further held that, by accepting to receive the Expert Commission's report in the week of July 24, 2008, and to then disregard it along with the Bates White study on the basis this did not leave it with enough time to publish the tariff by August 1, 2008,

the CNEE acted in breach of the fundamental principles of due process as well as in a contradictory and aberrant manner. The Tribunal explained that “both under the regulatory framework and under the minimum standard of treatment, the CNEE could and should have taken the time, after careful review of the Expert Commission’s report, to implement its conclusions in the Bates White study” and that “[t]he Arbitral Tribunal can find no justification, other than its desire to reject the Bates White study in favor of the more favorable Sigla’s study, for such a behavior”. The Tribunal further found that the “arbitrariness of the regulator’s behavior [was] evidenced by the result of the ‘preliminary review’ that it conducted over the weekend of 26-27 July of the Expert Commission’s report and of its likely consequences on the May 5, 2008 version of the Bates White study”. The Tribunal interpreted these findings in light of its earlier conclusions at paragraphs 457 and 458 of the Award and found that the “repudiation of the two fundamental regulatory principles applying to the tariff review process [was] arbitrary and breach[ed] elementary standards of due process in administrative matters”. It was on this basis that the Tribunal concluded that the obligation to accord fair and equitable treatment under Article 10.5 of the CAFTA-DR had been breached.

322. The Committee has no difficulty determining that the Tribunal’s analysis and decision on liability were based on the CAFTA-DR and customary international law, as applied to the facts of the case”.

En cuanto a la definición del quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, la comisión también siguió la noción contemplada por anteriores comisiones *ad hoc* de anulación y afirmó:

“81. A departure from a rule of procedure may lead to the annulment of an award only if the departure is serious and the rule of procedure that was not complied with is fundamental.

(...)

85. (...) Requiring an applicant to show that it would have won the case or that the result of the case would have been different if the rule of procedure had been respected is a highly speculative exercise. An annulment committee cannot determine with any degree of certainty whether any of these results would have occurred without placing itself in the shoes of a tribunal, something which is not within its powers to do. What a committee can determine however is whether the tribunal’s compliance with a rule of procedure could potentially have affected the award.

86. There is some debate between the Parties with respect to the rules of procedure which may qualify as “fundamental” under the terms of Article 52(1)(d) of the ICSID Convention. For purposes of this introduction the Committee will simply note that only rules of natural justice, which concern the fairness of the arbitration proceedings, may be considered as fundamental”.

A este respecto, el inversor extranjero había solicitado la anulación alegando, entre otras razones, que el órgano arbitral le había impuesto la carga de la prueba de manera

desproporcionada, no ajustándose al principio de igualdad en el tratamiento de las partes, ni tampoco había respetado la tutela judicial efectiva. La comisión *ad hoc* señaló que no era necesario valorar estos argumentos, al haberse declarado –como veremos– la anulación del laudo en virtud de la falta de expresión de los motivos en que se había fundado.

En cambio, la comisión sí consideró que el órgano arbitral había quebrantado gravemente una norma de procedimiento al rechazar la petición del inversor extranjero relativa a la inclusión en la indemnización de la categoría de “intereses históricos”. En efecto, para calcular los intereses que le correspondían al inversor el tribunal invocó el concepto de “enriquecimiento injusto” en el laudo, concepto que no había sido discutido por las partes en el procedimiento y, por tanto, sobre el que el inversor no había tenido la ocasión de pronunciarse:

“184. The Committee has taken due note of Guatemala’s argument according to which a tribunal is not required to communicate, consult or check with the parties with respect to its analysis or conclusions reached during deliberations. While generally this is correct, it is not without exceptions. One such exception is when a tribunal effectively surprises the parties with an issue that neither party has invoked, argued or reasonably could have anticipated during the proceedings. In such a scenario, a reasonable question to ask is whether the parties’ right to be heard has been seriously affected.

(...)

189. It is undisputed that neither the Parties nor the Arbitral Tribunal raised the concept of “unjust enrichment” during the discussions on interest before the Award was rendered. The concept never came up in the Parties’ submissions, at the hearing or in the Tribunal’s letter of questions to the Parties which post-dated the hearing. In fact, during the hearing, the Tribunal’s questions to the Parties with respect to interest focused on the appropriate interest rate.

190. The Committee therefore finds that the notion of “unjust enrichment” did not form part of the legal framework established by the Parties and was never raised by the Tribunal. Moreover, the concept of “unjust enrichment” was not something that the Parties could reasonably have anticipated, as there was nothing to suggest that the Tribunal was concerned with it. Indeed, the Tribunal never alluded to the issue or even to double counting either during the hearing or in its subsequent letter to the Parties.

191. Therefore, the Committee finds that the Parties’ right to be heard on the issue of unjust enrichment was breached.

192. The Committee also finds that the departure from this fundamental rule of procedure was serious.

193. The Committee has already held that, in order for a departure from a fundamental rule of procedure to be serious, an applicant is not required to show that, if the rule had been respected, the outcome of the case would have been

different or that it would have won the case. What an applicant must show is that the departure may have had an impact on the award.

194. TECO contends that, if it had been given the opportunity to address the “unjust enrichment” theory, it would have “explained that it had not requested interest running on the ‘entire’ amount of damages as from 1 August 2008, but rather had requested interest in tranches as from 1 August 2009”, that “awarding such interest would not constitute unjust enrichment, because absent Guatemala’s breach, the additional cash flows that EEGSA would have generated during the first two years of the 2008-2013 tariff period would have become available to TECO as from the end of the first and second year of the tariff period”. TECO argues that the Tribunal’s breach of its right to be heard deprived it of the right to be fully compensated for Guatemala’s breach, and meant that it was awarded approximately \$1 million less than it was entitled to.

195. The Committee cannot of course comment on the effects the discussion of the unjust enrichment theory may have had on the Parties’ respective rights. What is clear however is that the Parties, if given the right to comment on this issue by the Tribunal, could have made arguments that at least had the potential to affect the ultimate financial outcome of the case. That is sufficient for the Committee to hold that the departure from the Parties’ right to be heard was serious and warrants annulment.

196. This conclusion is not affected by the fact that the Tribunal enjoyed discretionary powers with respect to the allocation of interest. The Committee agrees with TECO that a tribunal’s discretion cannot be without limits and, in any event, must be exercised within the confines of due process. A tribunal’s serious breach of a fundamental rule of procedure cannot be justified in light of a tribunal’s discretion”.

Guatemala, por su parte, invocó esta causa de anulación para señalar que el tribunal no había tenido en cuenta las pruebas presentadas por ella presentadas con relación a la indemnización. Sin embargo, la comisión consideró que el tribunal sí había tenido en cuenta el informe del experto presentado por Guatemala, aunque no lo había considerado relevante para la resolución del caso:

“348. The Committee considers that any error the Tribunal may have committed in its understanding and assessment of Mr. Damonte’s expert testimony does not justify annulment.

349. The Committee holds that the Tribunal did not ignore the expert testimony of Mr. Damonte, but referred to it in several instances, at paragraphs 724, 726, 727, 730, 733, and 734 of the Award. If the Tribunal failed to understand and properly assess Mr. Damonte’s testimony – which is in fact the essence of Guatemala’s argument – that is not an error that can be corrected on annulment. Annulment is not a remedy designed to correct a tribunal’s assessment of the record before it or its appreciation of the facts.

350. In addition, as TECO has rightly pointed out, it is evident from the body of the Award that the Tribunal found Mr. Damonte’s evidence to be flawed in more than

this respect. At paragraphs 730-732, the Tribunal expressly found that it could not reply upon Mr. Damonte's evidence with respect to the VNR".

En último lugar, la falta de expresión de motivos en que se funda el laudo fue definida por la comisión señalando que:

"87. It is the view of this Committee that annulment of an award for failure to state reasons can only occur when a tribunal has failed to set out the considerations which underpinned its decision in a manner that can be understood and followed by a reader. Article 52(1)(e) may not be used so as to obtain the reversal on the merits of an award for allegedly providing incorrect or unconvincing reasons.

(...)

90. While a committee may not opine on the correctness or persuasiveness of an award, contradictory reasons may justify annulment. However, one must not be quick to assume that a tribunal's reasons are truly contradictory".

El inversor extranjero solicitó también la anulación del laudo alegando que el órgano arbitral no había expresado suficientemente los motivos por los que había rechazado otorgarle una indemnización por pérdida de valor y no había tenido en cuenta las pruebas presentadas con este propósito. La comisión confirmó estos hechos y decretó la anulación parcial del laudo:

"124. First, the Committee reiterates that annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is only warranted when a tribunal has failed to discharge its duty to render an award that allows readers to comprehend and follow its reasoning. As long as an award meets this standard, annulment will not be warranted, even if the tribunal made a mistake of fact or law in the process. A tribunal's reasoning need not be explicit in every respect, as long as the reasons can be understood from the rest of the award: (...)

125. Second, the Committee aligns itself with the view of other annulment committees which have held that, in order to discharge its duty to provide reasons for its decision, a tribunal is not under an obligation to address every piece of evidence in the record or every single argument made by the parties.

127. Bearing in mind these fundamental principles and having carefully examined the Award and the Parties' submissions, the Committee considers that the Award's decision on the loss of value claim does not meet the standards set out by Article 52(1)(e) of the ICSID Convention and needs to be annulled on this ground.

128. Indeed, the Tribunal's reasoning on the loss of value claim is not clear at all, such that the Committee, despite having had the benefit of the Parties' submissions and of the entire record before it, has struggled to understand the Tribunal's line of reasoning

(...)

131. The Committee wishes to clarify that it is making no finding or observation with regard to the Tribunal's assessment of the expert testimony. It was within the Tribunal's discretion to assess whether that testimony was relevant or not, material or not, and that view is not censorable on annulment. However, that is not what is at stake here. The Committee takes issue with the complete absence of any discussion of the Parties' expert reports within the Tribunal's analysis of the loss of value claim. While the Committee accepts that a tribunal cannot be required to address within its award each and every piece of evidence in the record, that cannot be construed to mean that a tribunal can simply gloss over evidence upon which the Parties have placed significant emphasis, without any analysis and without explaining why it found that evidence insufficient, unpersuasive or otherwise unsatisfactory. A tribunal is duty bound to the parties to at least address those pieces of evidence that the parties deem to be highly relevant to their case and, if it finds them to be of no assistance, to set out the reasons for this conclusion.

133. Second, the Tribunal failed to explain why it considered that the record contained "no evidence ... of how the transaction price has been determined" when in actuality the record included both EPM's Non-Binding Offer Letter and Citibank's Fairness Opinion, which related to this issue even according to Guatemala. The Committee wishes to again stress that it is not addressing the Tribunal's assessment of the record before it, something which is not within its powers to do. The Committee cannot and will not make any finding with respect to the relevance or otherwise of these two pieces of evidence. The Committee limits itself to observing that, contrary to the Award's explicit holding, evidence on the issue existed. And while the Tribunal was within its right to hold that this evidence was unpersuasive, immaterial, or insufficient, it did not make any such finding, but one of nonexistence. Taking the Tribunal's words at face value, the Committee can only conclude that the Tribunal ignored this evidence.

134. Third, and in a similar vein, the Award found that "no information has been provided to the Arbitral Tribunal regarding the establishment of the 2013-2018 tariffs". However, it is undisputed that the record included information on this matter, namely the 2013-2018 Terms of Reference.

135. The Committee wishes to point out that it cannot determine whether the evidence that was ignored by the Tribunal would have had an impact on the Award or not. What can be ascertained at the annulment stage is that the Tribunal failed to observe evidence which at least had the potential to be relevant to the final outcome of the case.

136. Due to the Award's lack of analysis of the above mentioned evidence and in spite of having had the benefit of the Parties' submissions and of the entire annulment record before it, the Committee could not understand the Tribunal's reasoning on the loss of value claim and whether the Tribunal dismissed it because it could not determine the actual value of EEGSA or its but for value.

137. Indeed, the Award did not endeavor to determine either. The Tribunal mentioned at paragraph 750 of the Award that the Parties were in slight disagreement over EEGSA's actual value, with each Party's experts putting forward loosely different figures. At paragraph 751 the Tribunal observed that the

Parties' positions on EEGSA's but for value differed substantially and set them out. The Tribunal then went on to say that, while it accepted that existing tariffs were taken into account in fixing the price of EEGSA's sale, there was "no sufficient evidence that, had the 2008-2013 tariffs been higher, the transaction price would have reflected the higher revenues of the company until 2013". While making this observation with regard to EEGSA's but for value, the Tribunal added that there was "no evidence in the record of how the transaction price [had] been determined" and that, as a result, it could not "conclude with sufficient certainty that an increase in revenues until 2013 would have been reflected in the purchase price and to what extent". The Committee is inclined to think that the Tribunal dismissed the loss of value claim because EEGSA's but for value could not be determined with sufficient certainty. However, in light of the fact that the Tribunal made no attempt to calculate the company's actual value and of its statement that it possessed no information on how the price had been determined, the Committee cannot be certain that this is the case. The Committee is therefore left guessing as to the Tribunal's actual line of reasoning, which cannot be ascertained from the rest of the Tribunal's analysis either.

138. The Committee therefore finds that the Tribunal failed to address in any way the Parties' expert reports on the loss of value claim despite the Parties' strong emphasis on expert evidence, and ignored the existence in the record of evidence which at least appeared to be relevant to its analysis. This resulted in the Tribunal's reasoning on the loss of value claim being difficult to understand. Based on these cumulative grounds, the Committee finds that the Tribunal's decision on the loss of value claim does not satisfy the reasoning requirements of Article 52(1)(e) of the ICSID Convention and should therefore be annulled".

Por lo que respecta a las alegaciones planteadas por el Estado receptor de la inversión solicitando la anulación del laudo en virtud de una falta de expresión de motivos en los que se funda, la comisión *ad hoc* de anulación valoró nuevamente bajo esta cláusula la decisión del órgano arbitral declarándose competente y consideró que tampoco suponía una violación de esta causa de anulación:

"249. (...) insufficiency of reasons can lead to annulment only when a tribunal did provide some explanations for its decision, but these are insufficient from a logical point of view to justify the tribunal's conclusion. Insufficiency of reasons is not a ground for annulment where a tribunal did not explain why it rejected arguments, evidence or authorities that were not relevant or necessary for its analysis. Similarly, insufficiency of reasons does not warrant annulment if the tribunal did not address every argument, piece of evidence or authority in the record (...).

250. Similarly, "inadequate" reasons may justify annulment only if they cannot logically explain the decision they are purportedly supporting. Therefore, "inadequate" reasons are frivolous reasons, and not incorrect or unconvincing reasons.

(...)

253. Indeed, it is obvious on a simple reading of the Award that the Tribunal provided reasons for its decision on jurisdiction, eight pages of reasons to be

exact. There is therefore no basis to Guatemala's argument that the Tribunal dismissed its objection to jurisdiction without reasoning.

254. As the Committee has previously found at Section VI.1.7 above, the fact that the Tribunal did not quote and examine Article 10.16.1(a)(i)(A) of the CAFTA-DR is irrelevant, as it was undisputed that TECO had submitted a claim for breach of an obligation under Section A "Investment" of the CAFTA-DR Chapter Ten, which is what Article 10.16.1(a)(i)(A) of the CAFTA-DR requires. There was therefore no need to address this legal text. A tribunal cannot be required to address in its award issues which neither party has raised during the course of the proceedings and which have no impact on the award. Even more importantly, this is not a ground for annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention.

255. The Committee also notes that, while Guatemala is arguing that the Tribunal completely omitted to apply the prima facie test to its jurisdictional analysis, at the same time it is criticizing the manner in which the test was applied. As the Committee has just found, the Tribunal did in fact apply the prima facie test. Paragraphs 443 to 465 of the Award attest to this. What Guatemala appears to be arguing is that the Tribunal applied the prima facie test incorrectly, i.e., by accepting the formal legal characterization of the claim as presented by TECO, by not objectively characterizing the facts alleged by TECO, and by not verifying the plausibility of TECO's claims. However, as clarified multiple times within this Decision, incorrect reasons are never a ground for annulment under the ICSID Convention generally, and under Article 52(1)(e) particularly. The only test that the Committee may employ in order to verify whether the Tribunal's decision on jurisdiction satisfies the standard set under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is whether the Tribunal's reasoning can be followed from "Point A to Point B and eventually to its conclusion" and whether the reasoning is not frivolous, i.e., incapable of logically explaining the Tribunal's decision.

256. The Committee has no difficulty finding that the Tribunal's analysis meets these requirements. Indeed, the Tribunal first found that the Republic of Guatemala had consented to arbitration under the CAFTA-DR, that TECO's shareholding in EEGSA qualified as an investment under the CAFTA-DR and under Article 25 of the ICSID Convention, and that TECO was an investor under the CAFTA-DR. The Tribunal then determined that it needed to apply the prima facie test in order to ascertain whether it had jurisdiction and that the first step in this analysis was defining the applicable standard under Article 10.5 of the CAFTA-DR, which TECO alleged had been breached. The Tribunal did this by examining the text of the applicable treaty, the Parties' positions and various doctrinal and jurisprudential sources. Following this, the Tribunal verified whether TECO's allegations, if ultimately proven, corresponded to conduct that breached Article 10.5 of the CAFTADR.

257. The Committee finds that the Tribunal set out the logical steps in its analysis, while the reasoning is clear and can be followed with ease from beginning to end. The fact that the Tribunal's analysis may not have been as elaborate as Guatemala would have wished does not change this conclusion. As the Enron v. Argentina committee rightly found, a tribunal is not required to give reasons for its reasons,

or to address each argument, piece of evidence or authority submitted by the parties.

258. Moreover, the Committee has no difficulty in holding that the Tribunal's reasoning was not frivolous, but logically capable of explaining the Tribunal's ultimate decision".

Otro aspecto que Guatemala sometió a la consideración de la comisión *ad hoc* bajo el amparo de esta causa de anulación, consistió en que según ella la decisión tomada por el órgano arbitral suponía una revisión de una sentencia firme dictada por su Tribunal Constitucional. La comisión no encontró en ese punto contradicción alguna que hiciera merecer la anulación del laudo:

"278. The Committee considers that, for an award to warrant annulment under Article 51(1)(e) of the ICSID Convention on account of contradictory reasons, a contradiction must exist within the body of the tribunal's reasoning. An alleged contradiction between an award and elements extraneous to the tribunal's reasoning (such as evidence in the record) is not a ground for annulment, but a criticism purporting to show that the tribunal incorrectly assessed the record and an attempt to reverse the award on the merits.

(...)

280. In any event, the Committee finds no contradiction between, on the one hand, the Tribunal's statement that it would not review the decisions of the Guatemalan judiciary on issues governed by Guatemalan law, and its subsequent finding that Resolution 144-2008 did not comply with the regulatory framework. Indeed, before making the latter finding, the Tribunal interpreted the decisions of the Constitutional Court and held that the Guatemalan judiciary had not made any ruling with respect to the legality of the 2008-2013 tariff or of the process leading to its establishment".

Asimismo, Guatemala señaló que el órgano arbitral no había justificado suficientemente sobre la base del DI público los conceptos de arbitrariedad y ausencia de debido proceso, pero la comisión *ad hoc* concluyó que:

"328. (...) contrary to Guatemala's position, the Award clearly indicates what the Tribunal understood by arbitrariness and lack of due process. The Tribunal specified that "[i]n assessing whether there has been such a breach of due process, it is relevant that the Guatemalan administration entirely failed to provide reasons for its decisions or disregarded its own rules" and that "[a] lack of reasons may be relevant to assess whether a given decision was arbitrary and whether there was lack of due process in administrative proceedings." In support of its findings, the Tribunal quoted doctrinal commentary stating that "[i]f State officials can demonstrate that the decision was actually made in an objective and rational (i.e. reasoned) manner, they will defeat any claim made under the standard." The Tribunal added that this "is particularly so in the context of a tariff review process that is based on the parties' good faith cooperation, and in the context of which the parties had contemplated the intervention of a neutral body to resolve differences."

329. *The fact that the Tribunal did not reference the ELSI case for defining arbitrariness is beside the point. What matters under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is whether a reader of the award can understand how a tribunal “proceeded from Point A. to Point B. And eventually to its conclusion”. The Committee finds that the Award’s reasoning more than satisfies this requirement. What is more, as held by the Enron v. Argentina committee, a tribunal cannot be required to address each legal authority or legal provision relied upon by the parties, or to state a view on every single legal and factual issue they raised.*

330. *Finally, the Committee disagrees with Guatemala’s contention that the Tribunal failed to explain how the facts in this case could have been characterized as being arbitrary or lacking in due process. The Committee has already found that the Tribunal grounded its finding of liability under Article 10.5 of the CAFTA-DR on: (i) the regulator’s disregard for the fundamental principles underpinning the regulatory framework, as evidenced by Resolution 144-2008; (ii) the regulator’s arbitrary conduct when it accepted to receive the Expert Commission’s report in the week of 24 July 2008 only to then disregard it along with the Bates White Study on the basis that this did not leave enough time to publish the tariff by 1 August 2008; 290 and (iii) the regulator’s arbitrary preliminary review of the 28 July Bates White study, which underscored its desire to reject it for a more favorable study prepared by its own consultant, Sigla. The Committee considers that the Tribunal’s reasoning is clear and can be followed without difficulty”.*

Otro argumento presentado por Guatemala para solicitar la anulación del laudo en virtud de esta causa de anulación tenía que ver con la existencia de una importante contradicción en la decisión del órgano arbitral relativa a las pérdidas que había sufrido el inversor extranjero. La comisión, sin embargo, tampoco aceptó este argumento:

“338. Indeed, Guatemala misconstrues the basis for the Tribunal’s finding of liability. Contrary to what Guatemala is alleging, the Tribunal did not find liability solely on the basis of the regulator having failed to provide reasons for its decision to reject the Expert Commission’s report. The Tribunal also found liability because Guatemala had displayed an arbitrary conduct during the tariff review process.

339. *At paragraphs 687 and 688 of the Award, the Tribunal explained that the regulator’s decision to accept to receive the Expert Commission’s report in the week of 24 July 2008 but to then disregard it along with the Bates White study on the basis that it did not have enough time to publish the tariff by 1 August 2008 was “contradictory” and “aberrant”. The Tribunal further determined that the arbitrariness of the regulator’s conduct was also evident from its preliminary review of the Expert Commission’s report, conducted over the weekend of 26-27 July. The Tribunal found that, because this review showed that the Expert Commission’s report was unfavorable to the regulator and would have led to a higher VAD, the CNEE decided to use the more favorable Sigla study.*

340. *Thereafter, the Tribunal found that the Sigla study used by the regulator did not reflect the Expert Commission’s pronouncements. The Tribunal determined that the reasons provided by Guatemala during the arbitration to explain the*

regulator's decision to disregard the Expert Commission's report were after the fact justifications that did not withstand scrutiny.

341. On these bases, the Tribunal concluded that the CNEE decided to disregard the Bates White study and to apply the Sigla study when none of the two circumstances permitting such a decision under RLGE Article 98 was present.

342. Having found that, at the time of the events, the regulator disregarded the Expert Commission's report in order to benefit from the more favorable Sigla study, that the reasons to deviate from the Expert Commission's report invoked by Guatemala in the arbitration were not convincing and that the Sigla report did not reflect the Expert Commission's pronouncements, the Tribunal logically proceeded to calculate the damages based on the report of the Expert Commission. The Committee finds that this was a natural and logical progression of the Tribunal's reasoning, which does not change the basis for liability, but to the contrary, builds upon it".

Por último, la comisión admitió el argumento presentado por Guatemala sobre la base de esta causa de anulación que pretendía anular la decisión sobre costas del laudo, en tanto que la anulación parcial del laudo tendría efectos sobre la distribución de las costas inicialmente previstas por el órgano arbitral:

"359. On a preliminary note, the Committee wishes to address TECO's argument according to which tribunals' decisions on costs cannot as a matter of principle be annulled on the basis of Article 52(1)(e) of the ICSID Convention. While the Committee completely subscribes to the principle that tribunals have discretion with regard to the allocation of costs, it cannot endorse the view that tribunals are not held by an obligation to state reasons explaining why they exercised that discretion in a certain way. Indeed, Article 52 of the ICSID Convention does not exclude decisions on costs from its sphere of application. Neither does Article 48(3) of the Convention, which provides that an award shall deal with every question submitted to the tribunal and shall state the reasons upon which it is based.

360. The Committee notes that the Tribunal found the Parties' costs to be reasonable "in view of the complexity of [the] case". By applying the costs follow the event principle, the Tribunal decided to order Guatemala to reimburse 75% of TECO's legal costs. The Tribunal based this decision on its finding that "[t]he Claimant ha[d] been successful in its arguments regarding jurisdiction, as well as in establishing Respondent's responsibility" and that "the Respondent ha[d] been partially successful on quantum".

361. The Committee finds that, while the Tribunal did explain its decision on the issue of costs, it was based on Guatemala having been partially successful on quantum. Following the annulment of the Tribunal's decision on the loss of value claim and on the claim for interest for the period pre-dating the sale of EEGSA (Sections V.1.2 and V.1.6 above), the basis for the Tribunal's finding that Guatemala was partially successful on quantum has also disappeared.

362. *As a result, similarly to MINE v. Guinea, the Tribunal's decision on costs "cannot survive the annulment of that portion of the Award with which it is inextricably linked". The Committee therefore finds that the Tribunal's decision on costs should be annulled as a result of the annulment of the Tribunal's decision on the loss of value claim and on the claim for interest for the period pre-dating the sale of EEGSA*".

En lo tocante a las costas del procedimiento de anulación, al haber ambas partes solicitado la anulación la comisión realizó un pronunciamiento en costas por separado, distinguiendo las costas que se derivaban de ambas solicitudes. En cuanto a la solicitud presentada por el inversor extranjero, las costas se distribuyeron por mitad y cada parte se hizo cargo de los honorarios de sus abogados. Por el contrario, respecto a la solicitud presentada por el Estado receptor de la inversión, la comisión impuso a Guatemala todas las costas procesales y la obligación de reembolsar al inversor extranjero con el 60% de los honorarios de sus abogados.

En quinto lugar, Argentina presentó una solicitud de anulación en el caso *SAUR International S.A. c. Argentina* sobre la base de las tres causas de anulación que ya se han indicado en anteriores casos: 1) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 2) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d), y 3) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

La comisión *ad hoc* de anulación, como viene siendo la práctica habitual en estos procedimientos, dedicó la primera parte de su decisión a la definición de las tres causas de anulación, para lo cual se sirvió de los precedentes anteriores ya consolidados. Por lo que se refiere a la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, señaló que:

“170. Si una interpretación del texto del Laudo permite concluir que no ha existido una extralimitación de facultades, y otra sí, no se podría considerar que tal extralimitación sería manifiesta, y por lo tanto no procedería la anulación (...)

171. Teniendo en cuenta lo anterior, la anulación no sería viable respecto a una alegada extralimitación basada en una supuesta aplicación incorrecta del derecho, una apreciación inadecuada de los hechos o una evaluación distinta de las pruebas (...)

172. Para determinar si existe una extralimitación de facultades respecto a la decisión sobre jurisdicción, el Comité debe examinar el marco jurídico que determina la jurisdicción del Tribunal y mediante el cual los Estados dieron su consentimiento, en este caso en el Convenio CIADI y en el TBI.

173. Al examinar una posible extralimitación por parte del Tribunal al decidir sobre su jurisdicción, este Comité debe tener en cuenta la naturaleza excepcional del mecanismo de anulación y en todo caso, la extralimitación de facultades debe ser “manifiesta” para proceder con una anulación. No existe una diferencia entre el estándar aplicable en caso de tratarse de una extralimitación relativa a la jurisdicción del tribunal o a la manera como se decidió el fondo de la controversia.

Por lo tanto, un comité ad hoc sólo podría anular un laudo por extralimitación manifiesta de facultades respecto a una decisión sobre la jurisdicción del tribunal si ésta fuera obvia, clara o evidente, sin necesidad de adelantar a un análisis elaborado de la decisión en virtud de la cual el tribunal habría ejercido jurisdicción que no posee o no habría ejercido jurisdicción que posee.

174. Respecto a la extralimitación manifiesta de facultades por la inaplicación del derecho aplicable, la labor del Comité es determinar si el Tribunal identificó correctamente el derecho aplicable, y si en su aplicación, se ciñó a ese derecho aplicable como su marco dentro del cual resolvió la controversia. No podría entonces catalogarse como una extralimitación manifiesta de facultades el hecho que las Partes o el Comité consideren que el Tribunal eligió examinar una reclamación aplicando una determinada parte y no otra de ese derecho aplicable, pero manteniéndose dentro del marco de referencia ya identificado.

(...)

176. Teniendo en cuenta lo anterior, cuando se podría aplicar más de un enfoque o más de una interpretación para concluir cuál es el derecho aplicable, no existirá una manifiesta extralimitación de facultades por parte del Tribunal”.

En cuanto al quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, la comisión se basó en el documento informativo sobre los procedimientos de anulación preparado por el CIADI y dispuso que:

“182. Algunas normas de procedimiento que pueden considerarse como “fundamentales” incluyen el trato equitativo de las partes, el derecho a ser oído, el tratamiento de la prueba y la carga de la prueba contar con un tribunal independiente e imparcial, y las deliberaciones entre los miembros del tribunal.

183. Para llegar a anular el laudo, el Comité debe examinar la gravedad de la irregularidad procesal desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Para que se trate de un quebrantamiento “grave” de una norma fundamental de procedimiento, el comité *ad hoc* en *Wena Hotels v. Egipto* explicó que esta violación de la norma debió haber causado que el tribunal llegue a un resultado sustancialmente diferente a aquel al que hubiere llegado si la norma hubiese sido respetada. Por lo tanto, el proponente de la aplicación de esta causal de anulación debe demostrar el impacto material que esta irregularidad tuvo en el laudo, o cómo el quebrantamiento lo privó sustancialmente de la protección que la norma buscaba proporcionar. Resulta entonces claro que no todo quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento justifica una anulación”.

La falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo, por su parte, fue definida también a la luz de la práctica anterior ya consolidada en el ámbito del CIADI:

“188. El Comité considera que esta causal de anulación exige que el tribunal haya cumplido con su obligación de emitir un laudo que permita comprender y seguir su razonamiento, de manera tal que un lector informado pueda entender cómo llegó a sus conclusiones.

(...)

190. El Comité resalta que el mecanismo de anulación fue diseñado para proteger la legitimidad y la integridad del proceso de la decisión, y no para que el comité *ad hoc* corrija errores de hecho o de derecho del tribunal, o para reemplazar la opinión del tribunal sobre el fondo por la suya. En este sentido, el Artículo 52 del Convenio CIADI no faculta al Comité a anular un laudo solamente porque, de haber estado en su posición, habría presentado un razonamiento distinto. El examen de un comité *ad hoc* nunca podrá reemplazar la decisión del tribunal en términos de lo que considera como materialmente correcto. Lo contrario supondría una apelación.

191. Lo anterior implica una libertad en la manera en la que el Tribunal puede expresar los motivos, y en el nivel de detalle al que quiera llegar para explicar cómo arribó a sus conclusiones. La labor del Tribunal es decidir la controversia sometida a él por las Partes, y sobre la cual tiene competencia, a través de un laudo motivado, no de convencer a la parte perdedora de que las conclusiones del Tribunal son las correctas. Tampoco se exige de un tribunal que responda a cada uno de los argumentos que las Partes presentaron a lo largo del arbitraje.

192. Ahora bien, para que un comité *ad hoc* pueda anular un laudo con base en una contradicción de motivos por el tribunal, (i) los motivos deben ser genuinamente contradictorios, cancelándose mutuamente y siendo el equivalente a que exista efectivamente una falta de motivación; (ii) el punto respecto al cual se presentan los motivos debe ser necesario para la decisión del tribunal”.

Una vez definidos estos conceptos, la primera cuestión que la comisión concluyó es que el órgano arbitral había expresado suficientemente sus motivos y no se había extralimitado en sus competencias a la hora de decidir sobre su jurisdicción:

“217. En opinión del Comité, las afirmaciones del Tribunal de que “el ámbito de protección del APRI cubre tanto la expropiación de las acciones que Sauri posee en OSM, como la expropiación de la Concesión que constituye el único activo propiedad de esa sociedad argentina” y que “Sauri, un inversor protegido, que era titular de una inversión protegida (la participación indirecta en el Contrato de Concesión), ha sido desposeído de dicha inversión”, leídas en el contexto específico del análisis sobre expropiación y de la alegación de Argentina de que SAUR no ha sido expropiado por continuar poseyendo y controlando sus acciones en OSM, no se contradicen, y menos al punto de cancelarse completamente, cuando se contrastaron con la afirmación del Tribunal de que el Contrato de Concesión es *res inter alios acta* respecto a SAUR.

218. La afirmación del Tribunal que SAUR como inversor protegido era “titular de una inversión protegida (la participación indirecta en el Contrato de Concesión)” se entiende correctamente como la participación accionaria de SAUR en OSM, mediante la cual obtenía indirectamente beneficios del Contrato de Concesión. Esta lectura se confirma con el texto de la oración inmediatamente siguiente, donde el Tribunal indica que Argentina privó a SAUR del uso y disfrute de la Concesión, “uso y disfrute del que gracias a su participación en OSM venía disfrutando”.

219. El Tribunal rechazó la defensa de Argentina en relación con la reclamación sobre expropiación y concluyó que SAUR “también ha sufrido, en su propia participación en OSM, los efectos de la expropiación”. El Tribunal presentó su interpretación del Artículo 1.1 del TBI indicando que tanto participaciones accionarias directas o indirectas en compañías argentinas, como concesiones acordadas por ley o en virtud de un contrato son activos considerados como inversiones bajo el Tratado. El Tribunal responde a la alegación de Argentina de que no existe una expropiación porque SAUR todavía posee y controla sus acciones en OSM, resaltando el impacto que las medidas de Argentina tuvieron en la Concesión, cuando de manera general este tipo de activos está incluido dentro de aquellos definidos como “inversión” en el Tratado.

220. El Comité por lo tanto está de acuerdo con el argumento de SAUR en que de las afirmaciones del Tribunal no se puede deducir que el Tribunal haya considerado que SAUR, en su calidad de accionista, esté legitimado para reclamar en nombre de OSM por la afectación directa a la Concesión, o que pueda ejercer derechos contractuales incluidos en el Contrato de Concesión del cual es un tercero.

221. El Comité también considera que en la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, el Tribunal es consistente al afirmar que SAUR ha sufrido, en su propia participación en OSM, los efectos de la expropiación.

(...)

226. El Comité por lo tanto concluye que el Tribunal no incurrió en contradicciones al momento de definir las inversiones de SAUR en Argentina y cubiertas bajo el Tratado y el concepto del Contrato de Concesión. Mucho menos se podría concluir que existen contradicciones tales que equivalen a que los motivos del tribunal se cancelen mutuamente y que equivalgan a no expresar motivos. El Tribunal emitió un Laudo y unas Decisiones que, en el punto en controversia ante este Comité, permiten comprender y seguir la cadena lógica de su razonamiento, que lo llevó a tomar sus decisiones finales. Permiten seguir el raciocinio desde un punto A hasta un punto B, y entender ese raciocinio. El Comité enfatiza que el umbral de anulación del Artículo 52(1)(e) es alto y que, en todo caso, no faculta a un comité a anular un laudo solamente porque, habiendo estado en la posición del tribunal, posiblemente habría presentado un razonamiento distinto.

227. Finalmente, y en línea con el análisis ya efectuado por el Comité, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades al ejercer su jurisdicción en relación con el Contrato de Concesión. El Comité recuerda que el Tribunal condenó a Argentina por los efectos que su conducta tuvo en relación con el Contrato de Concesión y la forma en que la misma afectó la participación de SAUR en OSM correspondiente al 32,8% de sus acciones en la sociedad argentina. Adicionalmente, el Tribunal no condenó a Argentina por el valor de la Concesión, sino únicamente al pago del daño causado respecto del valor de la participación de SAUR en OSM”.

La comisión *ad hoc* analizó bajo las mismas causas de anulación la determinación del concepto de inversión efectuado por el órgano arbitral en el laudo, no encontrando

suficientes los argumentos presentados por Argentina, la solicitante de la anulación del laudo:

“230. Tal como lo ha señalado anteriormente, el Comité considera que la inversión protegida identificada por el Tribunal en este contexto fue la participación accionaria en OSM, la cual se vio afectada por las conductas de Argentina dirigidas al Contrato de Concesión del cual OSM era titular. El Tribunal no condenó a Argentina por conceptos que no correspondieran a esta inversión. Adicionalmente, en opinión del Comité, que el Tribunal haya hecho referencia a que en el Artículo 1.1 del TBI se incluyen las participaciones accionarias y las concesiones no podría considerarse actuar *ultra petita*.

231. Por lo anterior, el Comité no considera que el Tribunal incurrió en contradicciones o que se extralimitó manifiestamente en sus facultades al condenar a Argentina por expropiación en relación con sus conductas dirigidas directamente al Contrato de Concesión y a OSM, y afectando la participación accionaria de SAUR en OSM.

232. El Comité tampoco encuentra probada la causal de anulación por un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Las alegaciones de las Partes durante el arbitraje se centraron en las conductas de Argentina en relación con el Contrato de Concesión y su correspondiente efecto en la participación accionaria de SAUR en OSM, así como en los derechos de SAUR como operador técnico. SAUR se refirió ampliamente a las medidas tomadas en relación con el Contrato de Concesión y presentó sus reclamaciones en relación con dichas medidas. Argentina tuvo la oportunidad e hizo uso de su derecho de defensa respecto a las acciones de las distintas entidades estatales involucradas en la controversia respecto del Contrato de Concesión. El Tribunal entonces no privó a Argentina de su derecho a ser oída, ni de su derecho de defensa”.

Los argumentos del tribunal sobre la jurisdicción en razón de la materia, que habían sido contestados por Argentina por considerar que suponían una extralimitación de sus facultades, fueron analizados por la comisión, concluyendo que tampoco suponían una violación de esta causa:

“234. Durante el arbitraje, el Tribunal estudió los argumentos de Argentina en relación con la participación indirecta de SAUR en OSM y la posibilidad de que SAUR presente reclamaciones por daños sufridos por OSM.

235. El Tribunal reconoció que el TBI protege a los inversionistas indirectos.

(...)

237. Asimismo, en la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, el Tribunal afirmó que los conceptos de “inversión” e “inversor” son términos definidos en el TBI, y que inversiones son tanto las participaciones en sociedades argentinas, aún si son minoritarias o indirectas, como a las concesiones administrativas.

238. El Comité reconoce que, al rechazar la objeción de Argentina, el Tribunal se basó en los términos del Artículo 1.1.b) del Tratado y analizó los fallos y los laudos

internacionales mencionados por las Partes para definir la legitimación de SAUR en hacer reclamaciones en relación con OSM y el Contrato de Concesión.

239. El Tribunal claramente afirmó que las medidas que directamente recayeron sobre los activos de OSM (el Contrato de Concesión) repercutieron en la participación de SAUR como su accionista. Lo anterior no implica que el Tribunal haya legitimado a SAUR para ejercer una acción de la cual solamente era titular OSM. En efecto, el hecho que el Tribunal solo haya condenado a Argentina por el daño en la participación accionaria de SAUR confirma que no consideró la acción de SAUR como un reclamo respecto del Contrato de Concesión como activo de OSM, sino como un reclamo ligado a su participación accionaria bajo el Artículo 1.1.b) del TBI.

240. El Tribunal determinó el derecho aplicable a la cuestión planteada por Argentina respecto de lo que ésta llama inversionistas indirectos y aplicó ese derecho, descartando las invocaciones de Argentina para aplicar otras disposiciones, incluido el derecho argentino. Argentina debatió el punto y el Tribunal decidió en su contra. No le corresponde a este Comité revisar el fondo de la decisión del Tribunal. Por lo anterior, la decisión del Tribunal no se excedió en su jurisdicción *ratione materiae*.

241. El Comité por lo tanto considera que Argentina no ha podido demostrar que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al concluir que SAUR tenía legitimación activa para reclamar bajo el Tratado, o al permitir a SAUR reclamar por los daños ocasionados en su participación accionaria causados por conductas de Argentina relacionadas con el Contrato de Concesión que afectaron la inversión de SAUR en OSM. Lo que Argentina le pide a este Comité es que analice en detalle y *de novo* las cuestiones concernientes al debate sobre jurisdicción con el fin de avanzar su posición sobre las acciones indirectas en derecho internacional. Esa función, como se ha reiterado a lo largo de esta decisión, no le corresponde realizarla al Comité bajo el Convenio”.

La valoración de la supuesta ilegalidad de la inversión efectuada por la demandante fue considerada por Argentina como una cuestión contraria a las tres causas de anulación señaladas. Sin embargo, la comisión *ad hoc* entendió que el órgano arbitral no había vulnerado ninguna de las tres al dictar su laudo:

“247. Luego de valorar las pruebas presentadas por las Partes, el Tribunal concluyó que la Demandada no logró demostrar que las cantidades satisfechas por OSM a AdM por concepto de retribución de personal estuviera fraudulentamente infladas o que encubrieran una distribución irregular de dividendos a favor de SAUR.

(...)

255. El Comité nota que el Tribunal valoró las pruebas aportadas al expediente del arbitraje al momento de emitir la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad en relación con los supuestos actos fraudulentos de OSM. Esto no equivale, como argumenta Argentina, a adoptar una posición sin importar la evidencia que las Partes le presentaran antes de cerrar el procedimiento.

(...)

259. El Comité tampoco encuentra que el Tribunal se haya contradicho, como alega Argentina, al justificar el aumento de los gastos del personal debido a la devaluación o al afirmar que los aumentos salariales se explican por el cambio de tasas, impuestos y otras cargas sociales. El Tribunal expresamente indicó que no encontró motivos para desconfiar de las conclusiones de Accuracy tras analizar detalladamente su opinión sobre el incremento de las cantidades satisfechas. Para el Tribunal el salario anual en Euros puede ser considerado como alto o bajo, dependiendo de quien la valore, pero en su opinión, en este contexto, no puede ser tildado de irrazonable. Accuracy también explicó que al personal expatriado se le reconocían montos por beneficios y cargas sociales en Francia que no tenían relación con las prestaciones por concepto de cargas laborales en Argentina. Bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI, el Comité no puede sustituir el análisis probatorio del Tribunal por el suyo, en lo que respecta al valor que el Tribunal le dio al informe de experto de Accuracy dentro del análisis general de la prueba que el Tribunal señaló haber realizado.

260. Finalmente, el Comité no encuentra que el Tribunal haya dejado de aplicar el derecho aplicable por haber basado su decisión en parte en el informe de Accuracy. Argentina cuestiona que el Tribunal haya tomado decisiones sobre cuestiones jurídicas desestimando los argumentos de la Demandada en material laboral y previsional y utilizando afirmaciones del experto valuatorio de SAUR. Contrario a los argumentos de Argentina, el Comité no encuentra que el Tribunal haya sustituido análisis jurídicos por análisis fácticos.

(...)

262. No existe por lo tanto duda en que el Tribunal tuvo en cuenta el derecho argentino para determinar si SAUR no debería ser protegido bajo el Tratado por haber cometido actos ilícitos bajo ley argentina. Además, el hilo conductor de las razones de la decisión del Tribunal se puede seguir de manera clara (...).

263. Por todo lo anterior, el Comité no considera que el Tribunal haya incurrido en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o que haya incurrido en una extralimitación manifiesta de facultades. El Tribunal ha llegado a determinaciones sobre ciertos hechos en relación con las transferencias de OSM a AdM, luego de considerar las posiciones de las Partes y las pruebas aportadas por ellas. Mal haría el Comité en anular el Laudo por estar en desacuerdo con la manera como el Tribunal valoró las pruebas para eventualmente concluir que Argentina no logró demostrar que SAUR haya llevado a cabo los actos fraudulentos alegados por la Demandada”.

Otra de las cuestiones analizadas por el órgano arbitral que Argentina consideró contraria a las tres causas de anulación indicadas *supra*, era la ponderación jurídica efectuada por este órgano del concepto de expropiación:

“278. Para el Comité, la calificación de una expropiación como directa o indirecta es una determinación de derecho del Tribunal, que no podría ser sustituida por la propia visión o interpretación del Comité. Proceder a revisar la corrección de la

calificación jurídica de la expropiación como “directa”, “indirecta”, “nacionalización” o “medida equivalente” implicaría hacer un análisis de la corrección jurídica de la decisión del Tribunal, tal como el análisis que se haría en una apelación (...).

279. Considera el Comité que los motivos expresados por el Tribunal están concebidos en forma tal que permiten seguir su razonamiento si se leen en forma integral y no aislada.

(...)

282. Adicionalmente, el Comité no considera que el debido proceso, el derecho a ser oída y el derecho de defensa de Argentina haya sido vulnerado, por lo que no aplicaría la causal de anulación por haberse quebrantado de manera grave una norma fundamental de procedimiento. Los supuestos fácticos analizados por el Tribunal para llegar a una conclusión sobre si existía una violación del Artículo 5.2 del TBI no cambian, así las “medidas” calificadas como expropiatorias tal como fue descrito por el Tribunal son consideradas una “expropiación”, “nacionalización” o “medidas equivalentes”.

(...)

285. En opinión del Comité, el Tribunal analizó exhaustivamente y presentó motivos que permiten comprender y seguir su razonamiento, de tal manera que se pueda entender cómo llegó a sus conclusiones. El Tribunal analizó exhaustivamente los hechos que dieron lugar a la rescisión del Contrato de Concesión y su traspaso a Aysam, rechazando los argumentos de Argentina, entre otros, que las medidas estaban justificadas bajo el Contrato de Concesión por los incumplimientos de OSM. El Tribunal expresamente invocó las normas de derecho argentino o los términos del Contrato de Concesión, entre otros, para definir el efecto de la Segunda Carta de Entendimiento y para analizar los poderes de la autoridad argentina respecto a la intervención, los actos de rescisión y traspaso, los poderes regulatorios del Estado y para analizar los alegados incumplimientos de OSM al Contrato de Concesión.

(...)

289. Para el Comité, incluso en el caso en que el texto de un acuerdo de inversión disponga la aplicación de varios derechos aplicables, sin presentar una jerarquía o fórmula para determinar qué derecho se debe aplicar a cada cuestión y si existe una diferencia entre las Partes sobre el derecho que se debe aplicar para decidir una cuestión, corresponde al tribunal arbitral decidir cuál es el derecho aplicable con base en el respectivo tratado. Al Comité no le correspondería revisar la precisión del enfoque adoptado por el Tribunal, pues el Tribunal tiene la autoridad para interpretar el texto del tratado en específico y determinar el enfoque que seguirá para identificar ese derecho aplicable y para establecer de qué manera el derecho aplicable se aplica a la cuestión discutida”.

Argentina también alegó que, al conceder una indemnización en virtud del contrato de asistencia técnica celebrado por la inversora, el tribunal se había excedido de sus

facultades y había quebrantado una norma fundamental de procedimiento. Sin embargo, la comisión no aceptó esta línea de argumentación al entender que:

“302. No está demostrado que Argentina haya presentado una excepción sobre la calificación de los derechos bajo el Contrato de Asistencia Técnica como una inversión protegida bajo el Artículo 1(1)(c) del TBI antes de la Decisión sobre Jurisdicción o durante la fase siguiente del arbitraje, cuando sí presentó objeciones adicionales. El Tribunal fue claro al afirmar en el Laudo que durante el arbitraje, Argentina no cuestionó que la inversión en asistencia técnica sea una inversión bajo el Artículo 1 del TBI ni bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI.

304. El Comité considera que el Tribunal no estaba vedado de decidir sobre su jurisdicción, conjuntamente con el fondo, máxime cuando así lo anunció desde un comienzo. SAUR fue claro al reclamar que su inversión abarcaba el derecho a obtener ingresos por su labor como operador técnico. El Tribunal consideró los efectos de la conducta de Argentina sobre los dos componentes de la inversión de SAUR al condenar a Argentina por tratamiento injusto e inequitativo y por expropiación.

305. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Comité concluye que el Tribunal no se habría extralimitado manifiestamente en sus facultades, ni habría quebrantado de manera grave una norma fundamental de procedimiento.

306. Finalmente, el Comité considera que no existe una contradicción o una falta de motivación del Tribunal al decidir sobre la cláusula de foro del Contrato de Asistencia Técnica. El Tribunal indicó que las reclamaciones de SAUR en relación con el pago del *Management Fee* eran de derecho internacional bajo el TBI, y no tenían un carácter contractual. Por lo tanto, consideró que la cláusula de selección de foro respecto a las reclamaciones contractuales del Contrato de Asistencia Técnica carecía de relevancia.

307. Tampoco existe una contradicción respecto a la compensación ordenada por el Tribunal por lucro cesante por los ingresos dejados de percibir como operador técnico, aunque haya indicado que SAUR habría tenido la intención de desprenderse de sus acciones”.

La comisión tampoco consideró que el tratamiento de las costas realizado por el órgano arbitral no estaba fundamentado y no implicaba una falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo, en contra de la posición de Argentina:

“310. El Comité primero nota que los tribunales tienen una amplia facultad para decidir las costas del arbitraje y la manera como serían asumidas entre las Partes.

311. En cuanto al primer argumento de Argentina, el Comité observa que el Tribunal presentó como fundamento para su decisión sobre costes del procedimiento (y no los gastos de defensa) que SAUR había prevalecido en sus argumentos sobre la jurisdicción; la violación de Argentina de sus obligaciones en el TBI; y que SAUR había obtenido casi el 100% de lo demandado, refiriéndose a lo solicitado en la etapa de quantum (USD 40.225.000) y no de lo que había

solicitado al inicio del arbitraje. Por lo anterior, no existe la referida contradicción argumentada por Argentina.

312. Respecto al segundo argumento presentado por Argentina, el Comité resalta que el Tribunal reconoció que con la Segunda Carta de Entendimiento no se logró el objetivo de poner fin a la controversia entre las Partes y que el arbitraje fue reanudado por el incumplimiento de Argentina a la carta de entendimiento”.

El último argumento argentino, supuestamente en contradicción con las tres causas de anulación, consistía en el tratamiento de las pretensiones de reconversión realizadas por el Estado receptor de la inversión durante el proceso:

“325. En opinión del Comité, el Tribunal decidió los puntos planteados por Argentina en la Demanda de Reconversión que se referían a un tema de quantum. El Tribunal identificó la solicitud de Argentina de condenar a SAUR en los términos solicitados en la Demanda de Reconversión. El Comité además considera que el Tribunal, en efecto, examinó en el Laudo lo planteado por Argentina como reconversión, al verificar si el modelo de valoración presentado por SAUR incorporaba el efecto de los incumplimientos de OSM ya reconocidos por el Tribunal en la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad.

326. En diferentes partes del Laudo el Tribunal constató que la valoración había tomado en cuenta los incumplimientos de OSM, y que el resultado final era el de un saldo positivo a favor de SAUR. El Comité concluye que no existe dificultad alguna para seguir el razonamiento del Tribunal en los puntos de hecho y de derecho, y que las razones presentadas permiten a cualquier lector conectar el “Punto A” con el “Punto B” y eventualmente seguir la manera como el Tribunal llega a su decisión.

327. Al decidir en el Laudo acerca del monto a favor de SAUR y haber tenido en cuenta para calcular dicho monto las alegaciones de Argentina en la Demanda de Reconversión, que se referían a la forma en que se afectaba el quantum por los incumplimientos alegados por Argentina, el Tribunal resolvió la llamada Demanda de Reconversión.

(...)

329. Una lectura integral del Laudo permite concluir que (1) como se señaló anteriormente, en la decisión del monto de la condena a cargo de Argentina de que trata el numeral 1 de la parte resolutive del Laudo, el Tribunal tuvo en cuenta las sumas reclamadas por Argentina como incumplimientos en la llamada “Demanda de Reconversión”; y (2) el Tribunal rechazó todas las pretensiones no contenidas en las condenas 1 a 4 de la parte resolutive.

(...)

335. El Comité considera que el Tribunal le dio la oportunidad a Argentina de alegar la aplicación de la Regla 38(2) respecto al “hecho nuevo” con base en la Sentencia del Proceso Concursal. No obstante, el Tribunal, en ejercicio de sus facultades para decidir sobre el procedimiento, consideró que no se cumplía con el

requerimiento de que éste fuera un factor decisivo que justificara su reapertura. Las razones por las cuales el Tribunal rechazó la solicitud de Argentina fueron claras. Para el Tribunal, las sumas reconocidas en la Sentencia del Proceso Concursal no eran pertinentes para el modelo a aplicar para calcular el perjuicio de SAUR y porque el procedimiento ante la jurisdicción argentina y el arbitraje eran independientes, con objetivos e hipótesis distintas. Compete al Tribunal y no al Comité determinar el tratamiento de las pruebas en el arbitraje”.

En cuanto a las costas y gastos derivados de los honorarios de abogados, la comisión *ad hoc* de anulación determinó que cada parte asumiera sus propios honorarios legales y que Argentina, dado que la comisión no había atendido su solicitud de anulación, se hiciera cargo de las costas procesales.

Y, en sexto y último lugar, en el caso *Tidewater Investment Srl y Tidewater Caribe, C.A. c. Venezuela*, el Estado receptor de la inversión había solicitado la anulación del laudo arbitral sobre la base de las tres causas de anulación ya referidas en los anteriores casos comentados en la presente crónica, a saber: 1) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (art. 52.1.b), 2) que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (art. 52.1.d) y 3) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (art. 52.1.e).

Antes de pronunciarse sobre la anulación, la comisión *ad hoc* consideró prudente examinar con carácter general dos aspectos más bien técnicos relacionados con sus competencias. Primero, a tenor del proceloso camino que este litigio ha recorrido, comentado en nuestra sexta crónica (*REEI*, vol. 31, pp. 46-49 y 67-72), la comisión dedicó unos párrafos para reflexionar sobre el sistema de recursos establecido por el Convenio CIADI:

“117. No obstante, el Comité recuerda que los recursos del Convenio CIADI persiguen distintos fundamentos y objetivos. La revisión se refiere a circunstancias que existían con anterioridad al dictado del Laudo, pero que el tribunal no podía tener en cuenta, ya que no estaba al tanto de ellas y su conocimiento habría alterado al resultado. La reapertura del caso permite una corrección, en tanto se considera inapropiado admitir una decisión que es errónea en sustancia, tal como evidencian los hechos descubiertos recientemente. La corrección está orientada a la protección de la justicia material.

118. Por el contrario, la anulación se refiere a la integridad del procedimiento y trata cuestiones fundamentales “de protección de las partes contra la injusticia procesal, como se establece en los cinco subpárrafos del Artículo 52(1).

(...)

119. En consecuencia, la admisibilidad de cualquiera de los dos recursos depende de distintos prerequisites que tienen igual valor. No se superponen y no se excluyen entre sí. La parte damnificada tiene la libertad de perseguir cualquiera de los dos recursos o ambos de manera independiente siempre que se cumplan los

prerrequisitos específicos. El hecho de que Venezuela no prosperara en su Solicitud de Revisión no deslegitima sus esfuerzos para perseguir el recurso de anulación”.

Y, segundo, dado que la petición de anulación presentada por Venezuela se basaba en una única circunstancia, la determinación de la indemnización conferida al inversor extranjero, la comisión *ad hoc* se pronunció acerca de cómo aproximarse a este tipo de solicitudes que tratan de subsumir un mismo hecho bajo diversas causas de anulación:

“124. El Artículo 52 limita la finalidad del Laudo a cinco razones excepcionales. Todas ellas protegen la integridad, decoro y justicia procesales fundamentales del sistema CIADI, aunque cada vez persiguen un objetivo específico y bien definido basado en hechos particulares. Los hechos deben establecerse de manera separada y subsumirse en los requisitos no idénticos de cada una de las causales específicas.

125. El Comité tiene que determinar si el hecho de que el Tribunal hubiera establecido ‘meticulosamente’ los elementos del análisis de los flujos de caja descontados a efectos del avalúo del valor del negocio específico de SEMARCA y las condiciones específicas de la expropiación, y, posteriormente, hubiera estimado y calculado un monto en dólares respecto de dicho valor, podría representar al mismo tiempo una extralimitación manifiesta en sus facultades, una falta de expresión de motivos y un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Insiste en que sus conclusiones acerca de la existencia de una de las causales no se reflejan automáticamente en las otras”.

Efectuadas estas reflexiones que trascienden al caso concreto, pero que resultan de interés porque fijan la posición de la comisión *ad hoc* sobre un aspecto central del recurso de anulación ante el CIADI y, por tanto, podrían servir como precedente en futuros litigios, la comisión examinó el contenido de la petición de anulación presentada por Venezuela.

En lo tocante a la extralimitación manifiesta del tribunal arbitral de sus facultades, dicha causa fue definida por la comisión afirmando que:

“126. (...) El Comité suscribe a lo que reconoce como *jurisprudence constante*, a saber, que tanto la falta de aplicación del derecho adecuado como la aplicación de un derecho que no es el adecuado deben considerarse una extralimitación en las facultades.

127. (...) Al tribunal le corresponde determinar el resultado de la controversia en una interpretación independiente de los distintos requisitos del derecho. Si no está convencido de que un método específico de avalúo de la cuantía de la indemnización es más apropiado que otro, seguirá su propia convicción. Las partes en la controversia no tienen autoridad alguna para orientar la elección del tribunal de un modo u otro.

128. Por ende, la falta de aplicación del derecho adecuado debe distinguirse de la aplicación errónea del derecho adecuado. Las alegaciones de aplicación errónea del derecho adecuado sólo pueden analizarse en un sistema de la administración de justicia que prevea la apelación de decisiones mediante instancias específicas. Las

apelaciones se encuentran expresamente excluidas en el sistema CIADI, y los comités ad hoc no son tribunales de instancia. Es una cuestión relativa al texto del Convenio CIADI. En abstracto, no es impugnada por ninguna de las dos Partes”.

Sobre la base de esta interpretación, la comisión concluyó que el conjunto de directrices que el tribunal arbitral había empleado para realizar la valoración de la inversión no constituía una extralimitación manifiesta de sus facultades, en tanto que no podía considerarse como derecho aplicable y, por tanto, no podía afirmarse que el tribunal no había aplicado el derecho adecuado:

“138. El Comité opina que la estimación del monto del valor de mercado es irreconciliable con los elementos que el Tribunal confirmó aplicar en su estimación del monto apropiado en concepto de valor de mercado. Puede que la afirmación del Tribunal deba calificarse de contradictoria, en cuyo caso el Comité tendrá que especificar el efecto de una contradicción semejante.

139. Sin embargo, en el contexto del análisis acerca de una posible extralimitación en las facultades como causal de anulación, toda resolución sobre una contradicción en las conclusiones y el razonamiento del tribunal es en vano. No equivale ni a una falta de aplicación del derecho adecuado ni a la aplicación de un derecho que no es adecuado. Al mismo tiempo, una posible contradicción no es nada tan ofensiva y escandalosa – y la Solicitante no alega eso– como para que valiera la pena examinar si debería equipararse a una falta de aplicación.

(...)

144. Del mismo modo, el Comité tampoco ha encontrado un indicio en el Laudo de que el Tribunal califique las Directrices del Banco Mundial de ‘fuente adicional de derecho internacional’. Por el contrario, concluyó que ellas, conjuntamente con la jurisprudencia, la doctrina y el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado, proporcionan ‘orientación razonable’ a efectos de la interpretación de los Artículos 5 y 8 del TBI. Las propias Directrices no simulan ser derecho internacional y aclaran su estado de manera inequívoca al aseverar que están destinadas a ser “parámetros útiles en la admisión y el tratamiento de la inversión extranjera directa en sus territorios, sin perjuicio de las normas vinculantes de derecho internacional en esta etapa de su desarrollo”.

145. De hecho, el Tribunal no tenía la facultad de crear y establecer derecho. El intento de la Solicitante de elevar la aplicación del derecho al nivel de establecimiento del derecho no puede prosperar (...).”

Por lo que se refiere a la definición de la causa basada en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, la comisión *ad hoc* señaló que:

“149. El Comité coincide con la aseveración de la Solicitante de que el derecho a ser escuchado y de plantear la postura propia es uno de los principios fundamentales del debido proceso. Su violación constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Por ende, el Comité tiene que determinar si el Tribunal vulneró el derecho de la Solicitante a ser escuchada

cuando adjudicó una indemnización por un monto que no era coherente con los elementos del análisis DCF sin consulta previa a las Partes”.

Como sucedió con la anterior causa examinada, la comisión no entendió que los hechos pudieran encajar dentro de esta causa de anulación:

“156. (...) la Solicitante especula acerca de consideraciones adicionales en las deliberaciones del Tribunal sin rendir prueba alguna. El único objetivo de la interpretación por parte de la Solicitante de las consideraciones que el Tribunal “p[odría] haber estado tomando en cuenta” consiste en poder alegar que el Tribunal les ha ocultado pruebas o pensamientos a las Partes. Encubre la incoherencia y la contradicción dentro del análisis del Tribunal como algo nuevo que debería haber sido llevado a la atención de las Partes con anterioridad al Laudo.

157. El Comité ha estudiado el Laudo cuidadosamente y ha intentado detectar elementos nuevos en los que el Tribunal podría haber basado su decisión. No ha encontrado ninguno. Además, el Tribunal había declarado en forma inequívoca al cierre de la audiencia que tenía a su disposición todas las pruebas que utilizaría durante las deliberaciones. También había aseverado lo obvio, es decir, que no se había adoptado decisión alguna antes del final de las deliberaciones.

158. La única prueba disponible acerca de las deliberaciones se encuentra en la Decisión sobre Revisión. En tal decisión, el Tribunal ha afirmado que no había invocado ‘ninguna otra consideración’ en sus deliberaciones, pero que “ha tenido en cuenta la totalidad de las pruebas presentadas ante él al momento de determinar el nivel de compensación apropiado”, y el Comité no tiene razón alguna para dudar.

159. La posible incoherencia y contradicción dentro del Laudo son lo que son: posibles contradicciones con posibles consecuencias sustanciales. El Comité tendrá que determinar esto en virtud de la causal de anulación apropiada. Al mismo tiempo, no presentan defectos procesales.

160. La Solicitante tiene la carga de probar lo siguiente: (i) que el Tribunal incurrió en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y (ii) que dicha norma era fundamental. Esto no ha ocurrido en el presente caso. Por lo tanto, el Comité rechaza la solicitud de anulación del Laudo por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”.

La no expresión en el laudo de los motivos en que se funda, la tercera causa de anulación alegada por Venezuela, no sólo fue definida por la comisión de anulación, sino que ésta realizó una serie de interesantes reflexiones generales acerca de la necesidad que tienen los órganos que resuelven arbitrajes de adoptar decisiones fundamentadas:

“163. El Comité recuerda que la expresión de motivos es uno de los deberes centrales de los tribunales de arbitraje. Un laudo no es un fiat discrecional, sino el resultado del proceso de valoración de pruebas y aplicación e interpretación del derecho, subsumiendo los hechos así establecidos en virtud del derecho

interpretado por el Tribunal. La legitimidad del proceso depende de su inteligibilidad y transparencia. La expresión de motivos les permite a las partes entender el proceso a través del cual el tribunal arriba a sus conclusiones (...).

164. La documentación del proceso que lleva a un tribunal de arbitraje a su laudo es de especial importancia en el arbitraje entre inversionistas y Estados. Al aceptar someterse a arbitraje, los Estados renuncian a parte de sus prerrogativas soberanas y les permiten a los tribunales de arbitraje que examinen la legalidad de actos de *puissance publique*. El hecho de que no sólo las partes en la controversia, sino también otros órganos de los Estados y el público en general, puedan entender, si un tribunal se pronuncia en contra del Estado, la razón por la cual el tribunal considera que un acto soberano violó el derecho y lo que – a los ojos del tribunal – sería un acto soberano lícito en las circunstancias del caso, es una cuestión de orden público. Un razonamiento similar es aplicable, *mutatis mutandis*, a los fallos en contra de un inversionista.

165. Al instituir la posibilidad de anulación por falta de expresión de motivos, el Convenio CIADI reconoce la particularidad del arbitraje de inversiones. Si bien, en el marco del arbitraje comercial, las partes son autónomas y tienen la libertad de eximir al tribunal de la expresión de motivos, la participación de un Estado y el objeto de la controversia prohíben tal dispensa. La legitimidad de una decisión arbitral de invalidar un acto soberano se vería seriamente menoscabada si el tribunal no tuviera que explicar las razones por cuales el acto contradice el derecho.

166. Al mismo tiempo, el requisito obligatorio procesal de expresar motivos no apunta a la corrección sustantiva del razonamiento incluido en el laudo. Al ratificar el Convenio CIADI, los Estados miembros reconocen la finalidad del laudo y aceptan la determinación por parte de los tribunales de la (i)licitud de sus actos. La expresión de motivos garantiza la legitimidad y validez procesal y no abre la puerta a una controversia respecto de la corrección sustantiva del razonamiento de los tribunales. Los Estados Contratantes del Convenio CIADI han decidido excluir dicha controversia insistiendo en el carácter vinculante de los laudos y la inadmisibilidad de cualquier apelación.

(...)

168. El Comité tiene presente que debe tratar de evitar dos errores. Uno se refiere a la apreciación de la calidad de los motivos. El requisito de expresar motivos no fija una referencia de estándar de calidad. Los motivos pueden ser extensos o sucintos, pueden ser exhaustivos o “manifestado[s] sin rodeos”, pueden contener muchas citas extraídas de decisiones anteriores o argumentar sin referencia alguna – la diferencia de estilo o intento de convencer a las Partes no es razón para desacreditar los motivos.

169. Lo mismo ocurre con la etiqueta frecuente de “frívolo”: este Comité nunca ha visto un laudo que careciera totalmente de motivos y le cuesta entender lo que puede significar la calificación de motivos como frívolos. Un lector razonable, atento y dispuesto puede entender la motivación de un tribunal, en cuyo caso los motivos no son ‘frívolos’, cualquiera que sea su calidad, o el mismo lector no puede entender la motivación, en cuyo caso el tribunal no ha expresado motivos.

170. En cuanto a la etiqueta de “contradictorio”, el Comité comparte la opinión de que no cualquier maniobra en el análisis de los tribunales a fin de presentar una opinión común puede calificarse de contradictoria, sino que sólo las contradicciones genuinas que ‘se cancelan recíprocamente’ pueden constituir una falta de expresión de motivos.

171. El segundo error que debe evitar el Comité se refiere a la línea entre la falta procesal de expresión de motivos y la corrección sustantiva del laudo. El Comité es consciente de que no debe argumentar nuevamente el fondo del caso. Lo haría si descartara el ejercicio de discrecionalidad por parte del Tribunal al momento de fijar el monto de la indemnización y lo reemplazara por su propia discrecionalidad. Particularmente con respecto al monto de la indemnización (...).

(...)

172. Por lo tanto, el Comité se abstendrá de evaluar si el Tribunal ha establecido los hechos correctamente, ha interpretado el derecho aplicable correctamente y ha subsumido los hechos establecidos correctamente en virtud del derecho conforme a su interpretación. Tampoco debe preocuparse por determinar si el Tribunal ha utilizado su discrecionalidad de manera errónea. Eso implicaría necesariamente una sustitución de la interpretación y discrecionalidad del Tribunal por su propia interpretación y discrecionalidad, y constituiría una decisión inadmisibles en instancia de apelación. Por el contrario, el Comité determinará si los motivos desarrollados por el Tribunal les han permitido a los destinatarios del Laudo y, de hecho, al propio Comité entender el proceso que derivó en sus conclusiones y en la determinación del monto de la indemnización”.

En este caso, como se desprende de los párrafos citados al referirnos a las otras causas de anulación, la comisión *ad hoc* sí fue receptiva a los argumentos presentados por la solicitante, puesto que entendió que los elementos que el tribunal había establecido inicialmente para fijar el monto de la indemnización no habían sido posteriormente seguidos en este proceso:

“187. El Tribunal reconoció que los peritos de las Partes no habían podido presentar cálculos y cifras convergentes. Los peritos de las Demandantes presentaron los montos de USD 31.959.732 respecto del ámbito de actividad (basado en 11 buques) y USD 16.484.677 en concepto de cuentas por cobrar, lo que ascendía a aproximadamente USD 48,433 millones, mientras que el perito de la Demandada presentó un monto de alrededor de USD 27,407 millones basado en 15 buques y sin aislar monto alguno en concepto de cuentas por cobrar.

188. Luego de reiterar que “la determinación de un nivel de compensación apropiado basado en un análisis de los flujos de caja descontados de este tipo no es ni puede ser una ciencia exacta, sino que se trata de una cuestión de estimación fundada”, el Tribunal concluyó que un comprador dispuesto a comprar habría valuado el negocio “en aproximadamente 30 millones de dólares estadounidenses” y habría estado listo para pagar “un monto adicional de 16,4 millones de dólares estadounidenses en concepto de cuentas por cobrar no recurrentes”, lo que ascendería a USD 46,4 millones “a efectos de compensación.”

189. El Tribunal no invocó expresamente los montos anticipados por los peritos de las Demandantes. En su Decisión sobre Revisión, insistió en que “el Tribunal no ha adoptado las cifras planteadas por los expertos de ninguna de las dos Partes, sea en sus informes originales, sea en sus tablas ilustrativas”, pero en que la conclusión era una cuestión de estimación fundada. No obstante, es evidente que la estimación se basa en información derivada de los cálculos de los peritos de las Demandantes. El Tribunal redondeó levemente hacia abajo los montos presentados por los peritos de las Demandantes. Son irreconciliables con las conclusiones del Tribunal acerca de los elementos del cálculo adecuado del valor de mercado, es decir, una flota de 15 buques y una prima de riesgo país del 14,75%. La información y, junto con ella la estimación, se basan en una cuantificación de la prima de riesgo país que el Tribunal rechazó categóricamente y en un razonamiento detallado. Las dos afirmaciones del Tribunal no pueden conciliarse. Son verdaderamente contradictorias. En virtud de cualquier supuesto relativo al ámbito de actividad – 11, 15 o 17 buques – una valuación de USD 30 millones es inconcebible.

190. Las Demandadas en el marco del procedimiento de anulación aseveran que el razonamiento del Tribunal estaba libre de contradicciones, en tanto el “Punto A” del razonamiento del Tribunal era su afirmación de que tenía que determinar el monto de la indemnización a la luz de todas las pruebas a su disposición y en ejercicio de su estimación fundada, sobre la base de un análisis de los flujos de caja descontados. El “Punto B” era la determinación de que “un comprador dispuesto a comprar habría valuado el negocio en aproximadamente 30 millones de dólares estadounidenses”, después del ejercicio de la estimación fundada.

191. La aseveración demuestra que, en realidad, el razonamiento no le permite a un lector razonable, atento y dispuesto seguir el razonamiento del Tribunal y su conclusión: el “Punto A” consistía, en efecto, en la afirmación del Tribunal de que tenía que determinar el monto de la indemnización mediante una estimación fundada basada en un análisis DCF. El “Punto B” era el establecimiento escrupuloso de los seis elementos que el Tribunal había definido como inclusivos de una prima de riesgo país del 14,75%. El “Punto C” consistía en la solicitud del Tribunal a los peritos de que presentaran cálculos basados en los elementos establecidos por él y la presentación de estos cálculos en el Laudo. El “Punto D” habría sido una conclusión que utilizaba la prima de riesgo país del 14,75%, el escenario de 15 buques y los otros elementos que – tal como había subrayado el Tribunal – deben tenerse en cuenta. Incluso mediante el redondeo hacia arriba y hacia abajo en una estimación legítima, el resultado habría sido USD 16,484 millones en concepto de cuentas por cobrar y USD 19,997 millones respecto del negocio de SEMARCA, lo que ascendería a USD 36,481 millones. El Comité retomará estos montos. A efectos del caso que nos ocupa, basta afirmar que, empleando el análisis detallado y la especificación cuidadosa por parte del Tribunal de los elementos del análisis DCF, el “Punto D” indudablemente no sería un monto de USD 46,4 millones.

192. El Comité recuerda el fundamento del deber del Tribunal de motivar el proceso de su determinación de la indemnización y sus conclusiones. Es el corolario de su facultad de determinar que un Estado soberano ha violado el derecho internacional o nacional al ofrecer, después de una expropiación lícita, un monto de indemnización que no coincidía con el valor de mercado. Tanto el Estado

como el inversionista pueden pretender en forma legítima que el tribunal explique las razones por las cuales la oferta del Estado supondría una compensación insuficiente del daño y cuáles serían el estándar y el monto correctos en concepto de indemnización. El Tribunal tiene derecho a utilizar su discrecionalidad y puede estimar la indemnización correcta siempre que explique el proceso que lleva a la estimación.

193. El Tribunal en el presente caso lo hizo con notable claridad y fuerza. Pero luego de hacerlo, el Tribunal contradujo su propio análisis y razonamiento a través de la cuantificación de su estimación utilizando un criterio concreto (una prima de riesgo país del 1,5%) que había rechazado por considerarlo irrazonable. La contradicción no puede eliminarse por vía de argumentación ni subsanarse. Es evidente y decisiva para el resultado”.

Al concluir que se había producido una violación de esta causa de anulación a la hora de determinar el monto de la indemnización que correspondía al inversor extranjero y decretar la anulación parcial (no total como pedía Venezuela) del laudo, la comisión *ad hoc* confirmó que por razones de economía procesal las partes del laudo respecto de las cuales no se había pedido la anulación seguirían vigentes:

“210. Por consiguiente, el Comité rechaza la solicitud de anulación de la totalidad de la parte del Laudo que trata la indemnización y su cálculo. Como primer paso, rechaza la solicitud tácita de anulación del Laudo en cuanto a las cuentas por cobrar por el monto de USD 16,4 millones. Esta parte del Laudo es confirmada por considerarse cosa juzgada.

211. Asimismo, el Comité ha concluido que el Tribunal ha expresado motivos en forma coherente y no contradictoria que justifican la determinación del valor del negocio de SEMARCA. Según ambas Partes, el monto de USD 19,997 millones surge directamente de la aplicación de los elementos que el Tribunal había establecido a fin de poder estimar el monto apropiado de manera fundada. El Tribunal ha expresado los motivos que sustentan la determinación de la reclamación por un monto de USD 19,997 millones. Sólo ha omitido expresar los motivos por los cuales ha decidido ir mucho más allá de dicho monto.

212. El Comité tiene el deber de anular la porción del Laudo respecto de la cual no se expresan motivos. El Tribunal no ha expresado los motivos que justifican la adjudicación de un monto de USD 30 millones en lugar de USD 19,997 millones. Esa porción del Laudo debe anularse. Le corresponderá a un tribunal nuevo evaluar y calcular si debe determinarse ese monto u otro monto. No le corresponde a este Comité plantear sus opiniones en este aspecto.

213. Por el contrario, el Comité no tiene autoridad para anular las porciones del Laudo respecto de las cuales no existe causal de anulación alguna, en otras palabras y en el presente contexto, respecto de las cuales se expresan motivos.

214. El Comité sostiene que el Tribunal ha expresado los motivos que justifican la aplicación del análisis DCF en aras de establecer el valor de mercado tal como lo solicita el Artículo 5 del TBI. El Tribunal también ha motivado claramente y sin contradicción alguna su decisión de aislar y describir los elementos a efectos de la

valuación del valor de mercado y de cuantificar estos elementos para la especificación de dicho análisis. Esta parte del Laudo también es confirmada por considerarse cosa juzgada.

215. Las Partes también han ayudado al Comité a entender que la consecuencia directa de la aplicación de estos elementos redundará en un monto de USD 19,997 millones. El Comité tiene que determinar si goza de la autoridad de confirmar este monto como cosa juzgada, tal como requieren las Demandadas, pero impugna la Solicitante.

216. Al momento de valorar los argumentos, el Comité ha buscado asistencia en la reciente decisión adoptada por el comité ad hoc en el marco del procedimiento de anulación del caso *Occidental* (...)

217. En apariencia, las circunstancias del caso que nos ocupa son diferentes. No es el Comité quien tiene que hacer un ‘cálculo aritmético muy sencillo’, dado que ya fue realizado por la Solicitante, en función de los elementos establecidos por el Tribunal y utilizando la matriz del perito de las Demandantes que había sido aceptada por el Tribunal. Las Demandadas aceptaron que el cálculo de la Solicitante es el resultado directo de la aplicación de los propios criterios del Tribunal.

218. Hay que abordar dos cuestiones. La primera se refiere a la aseveración por parte de la Solicitante de que la cifra de USD 19,997 millones no estaba a disposición del Tribunal y, por lo tanto, no puede someterse a su consideración. Con ciertas dudas, el Comité disiente. Concluye que sólo la cifra manifiesta no obraba claramente en el expediente. Todos los elementos que derivan en esta cifra obraban en el expediente, incluidos el escenario de 15 buques y una prima de riesgo país del 14,75%, así como la matriz de cálculo que había redundado en la cifra de USD 30 millones, a saber, la estimación del Tribunal. De hecho, si el Tribunal no se hubiera contradicho al elegir un monto basado en una prima de riesgo país del 1,5%, que había rechazado antes, la cifra de USD 19,997 millones habría surgido naturalmente de los hechos y las pruebas a disposición del Tribunal. La cifra forma parte de estas pruebas y no es nueva. Esta no es diferente de la cifra que surgió naturalmente en el contexto del caso *Occidental* como resultado de un cálculo que no había sido realizado por el tribunal en dicho caso.

219. La segunda cuestión alude al alcance de la autoridad del Comité. No comprende la creación de una nueva cosa juzgada como consecuencia de un laudo nuevo. El Comité considera que esto no es lo que hace al momento de confirmar un monto de USD 19,997 millones como parte del Laudo del Tribunal.

220. El monto se encuentra encapsulado en los USD 30 millones que el Tribunal ha planteado en contradicción parcial con su propio razonamiento. El Comité tampoco agrega razones cuando confirma que el monto no contradice los motivos expresados por el Tribunal ni fija un monto ‘nuevo’. Simplemente confirma que el monto de USD 19,997 millones es consecuencia directa y coherente del razonamiento del Tribunal, tal como lo presentan las Partes. Al sostener esto, no modifica o reemplaza el Laudo ni crea una nueva cosa juzgada, sino que preserva el Laudo en parte y, junto con él, el efecto de cosa juzgada.

221. En suma, el Comité ha decidido atender la solicitud subsidiaria de las Demandadas de “mantener la parte de la indemnización otorgada por el Tribunal que, tal como admite la República, habría tenido el sustento del modelo de *Navigant*” y rechaza la solicitud de anular la conclusión de la indemnización total. Confirma la adjudicación de USD 16,4 millones en concepto de cuentas por cobrar y USD 19,997 millones respecto de la pérdida de valor del negocio, lo que asciende a un total de USD 36,397 millones.

222. Al mismo tiempo, el Comité anula una porción del Laudo y el monto asignado a esta porción, es decir, USD 10,003 millones, y deja sin efecto la cosa juzgada en tal medida. Le corresponderá a un tribunal nuevo dictar un laudo en cuanto a esta porción respecto de la cual el Tribunal no ha expresado motivos.

223. El Comité está convencido – al igual que el comité del caso *Occidental* – que las razones de economía procesal abogan en favor de esta decisión. Además, el alto valor de finalidad de los laudos, que se enfatiza en el Artículo 53 del Convenio CIADI, se respeta mejor cuando la parte del Laudo, respecto de la cual no existe causal de anulación alguna, se mantiene como cosa juzgada y se deja sin efecto exclusivamente la porción anulable del laudo”.

En el capítulo relativo a los gastos del procedimiento ante el CIADI y de representación letrada, al admitir parcialmente la solicitud presentada por Venezuela la comisión asignó a este Estado el pago del 70% de las costas procesales, debiendo el inversor abonar el 30% correspondiente. Conforme a la práctica que vienen estableciendo otras comisiones de anulación, en este caso también se dictó que cada parte corriera con sus honorarios de abogados.

3. La anulación de los laudos arbitrales dictados fuera del marco del CIADI

En nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp. 67-69) dimos cuenta del laudo arbitral favorable a unos inversores españoles, tenedores de *American Depository Receipts* de Yukos adquiridos en la bolsa de Nueva York, que habían iniciado un arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la CCE contra Rusia en el contexto de la expropiación de esa petrolera rusa [*Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Rusia* (caso CCE n° 24/2007)].

Como el laudo arbitral fue favorable a los intereses de los inversores españoles, Rusia trató de anularlo ante los tribunales suecos iniciando un procedimiento ante la sección 4^a de la *District Court* de Estocolmo (caso n° T 15045-09), alegando que el tribunal arbitral que lo había dictado carecía de competencia sobre la base del APPRI celebrado entre España y Rusia (*BOE*, 17-12-1991). La *District Court* no quedó persuadida por los argumentos presentados por Rusia, confirmando la competencia del tribunal arbitral.

En este volumen de nuestra crónica, nos centramos en el procedimiento de apelación a esta sentencia iniciado por Rusia y sustanciado ante la sección 2^a de la *Svea Court of Appeal* (caso n° T 9128-14), que culminó mediante sentencia de 18-1-2016 en la que

este órgano aceptó los argumentos de Rusia y declaró que el tribunal arbitral no tenía competencia para resolver la controversia a la luz de la cláusula de arreglo de controversias inversor-Estado contenida en el art. 10 del APPRI celebrado entre España y Rusia. Además de las implicaciones sustantivas que tiene esta decisión para los inversores, interesa detenerse en la interpretación del citado art. 10 efectuada por la *Svea Court of Appeal*:

“As set forth above, the Treaty is a bilateral agreement entered into between two sovereign states. Thus, the Treaty is governed by international law. International law does not stipulate any general obligation for a state to submit to the jurisdiction of any international court or arbitral tribunal. Thus, these types of institutions for dispute resolution are, for their jurisdiction, dependent on the relevant state having given its approval in each respective case.

The Treaty contains two separate provisions on dispute resolution, both containing provisions on the jurisdiction for arbitral tribunals. One (article 9) takes aim at disputes between the contracting states and is thus not immediately relevant to the present proceedings. The other (article 10) is aimed at disputes between a contracting state and investors from the other contracting state, a so-called diagonal dispute-resolution provision. In the present case, the parties disagree on the scope of the arbitral tribunal’s jurisdiction under article 10. The Federation has maintained that the relevant arbitral tribunal does not have jurisdiction to decide whether some of the Federation’s actions entail that the Funds’ alleged investments have been expropriated. The Funds take the opposing view.

The Treaty further contains a so-called most favored nation clause (“MFN clause”) set forth in article 5(2). The Funds have maintained that the clause entails that the diagonal dispute resolution clauses of other bilateral investment protection treaties (“investment protection treaties”) grants the arbitral tribunal jurisdiction to decide the matter of expropriation, in the event that article 10 does not. The Federation has disputed that article 5(2) has that meaning.

Because the parties do not agree on the interpretation of articles 10 and 5(2), it is for the Court of Appeal to make its own interpretation within the frame of what the parties have maintained in the case. The interpretation shall be made pursuant to articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (the “Vienna Convention”).

(...)

As previously stated, the Treaty shall, pursuant to article 31 of the Vienna Convention, be interpreted in accordance with its wording. The Court of Appeal concludes that the wording of article 10 is clear to the extent that it – as opposed to article 9 – contains a limitation concerning the substantive matters eligible for arbitration. Thus, article 10 does not grant an arbitral tribunal the general jurisdiction to resolve any and all disputes that could possibly arise between investors and the host state in connection with the Treaty. The outer limits of the jurisdiction is determined by the reference therein to article 6. The reference clarifies that it covers only parts of the contents of article 6, namely the “amount or method of payment of the compensation due under article 6”.

The wording of article 10 thus clarifies that the jurisdiction at least covers disputes concerning the amount and method of payment of such compensation as may be due under article 6. The question in the present case is whether it covers also other issues. The phrases “any dispute” and “relating to” would indicate this to be the case. These phrases, considered in isolation, do not, however, clarify anything as to what else that could possibly be covered by the jurisdiction. Here, the Court of Appeal is left with the provisions of article 6.

Article 6 governs (i) the conditions under which expropriation or the like may be carried out by the host state and (ii) investors’ rights to compensation in cases of expropriation or the like. The Court of Appeal concludes that the reference in article 10 takes aim only at (ii).

The provisions concerning (ii) assumes, according to their wording, that expropriation or the like has in fact occurred. The interpretation proposed by the Funds, that (ii) would also govern the issue whether expropriation or the like actually has occurred, does consequently not coincide with the wording of article 6.

Even if phrases such as “any dispute” and “relating to” could give the impression that an arbitral tribunal’s jurisdiction would cover also other matters than the amount and method of payment, the wording of the reference to article 6 set forth in article 10 does not support the interpretation that the jurisdiction would cover also whether an expropriation actually occurred.

(...)

Even if it, from the perspective of a foreign investor, would be more attractive to have issues relating to expropriation resolved by an international arbitral tribunal than by a national court, an interpretation pursuant to the provisions of the Convention does not allow for the Treaty to be supplemented by substantive provisions without support in the wording of the Treaty (cf. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, United Nations, 2005, p. 219, and Expert Opinion of Professor Rein Müllerson, p. 7).

By application of an interpretation pursuant to article 31 of the Vienna Convention, the Court of Appeal in sum concludes that the jurisdiction for an arbitral tribunal under article 10 of the Treaty does not cover a review as to whether expropriation occurred or not. The Court of Appeal concludes that this interpretation leaves no room for any remaining ambiguity/obscurity concerning the meaning of the article nor does it lead to manifestly unreasonable/absurd outcomes. The Funds, who have argued the opposite, have maintained that their interpretation is supported also by the circumstances when the Treaty was entered”.

Otra cuestión de la que se ocupó la Svea Court of Appeal fue de la interpretación del alcance de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPRI celebrado entre España y Rusia, cuya invocación por las demandantes había permitido activar la competencia del órgano arbitral. En este punto, el tribunal se mantuvo fiel a una interpretación restrictiva del APPRI, que impediría utilizar aquella cláusula para

importar mecanismos de solución de controversias inversor-Estado más favorables al inversor que estuvieran previstos en otros APPRI:

“The main issue whether an arbitral tribunal, under reference to a MFN clause, may base its jurisdiction on the provisions of another investment protection treaty, has been decided in a number of arbitrations. Different arbitral tribunals have reached different conclusions. The Court of Appeal concludes that there is nothing that would prevent this type of imports as such. Instead, the determining factor is the wording of the MFN clause in the relevant case. Consequently, article 5(2) of the Treaty shall be interpreted – just as the remaining provisions of the Treaty – in accordance with the interpretation rules of the Vienna Convention.

The wording of article 5(2) provides that the “treatment” set forth in article 5(1) must not be less favorable than that awarded by any of the contracting states to other investors from third countries. Article 5(1) further provides that each contracting state guarantees the counter party’s investors “fair and equitable treatment”. The word “treatment” in article 5(2) shall thus be understood as “fair and equitable treatment”. The wording is clear and unambiguous. Thus, there is no room to interpret any additional contents into this wording. The Funds’ arguments, particularly the reference to the wording of the heading of the article as well as article 5(3), does not persuade the Court of Appeal to draw any other conclusion.

Hereafter, what remains to be decided is whether the relevant arbitral tribunal may base its jurisdiction on diagonal dispute resolution clauses of other investment protection treaties under reference to the phrase “fair and equitable treatment” set forth in article 5(2). The relevant phrase generally means the absolute standard that forms a cornerstone of current international investment law. There is no exact definition of this standard. Moreover, the generally accepted contents of the standard have been altered with the passing of time. Nevertheless, it is clear that it entails protection for investors against flagrant cases of arbitrariness, discrimination and abuse by the host state. At the very least, the standard must currently be deemed to include the right to court review and a fair trial (...).

The Funds, who have not maintained that they have no access to court review, have, however, maintained that they would not have access to a fair trial before a national court. However, no investigation that would support this has been referenced. The standard “fair and equitable treatment” cannot be deemed to include an unconditional right for investors to have their cases decided by an international arbitral tribunal. Against this background, and because the MFN clause of the Treaty is limited to the said standard, the relevant arbitral tribunal is not entitled to base its jurisdiction on diagonal dispute resolution clauses of other investment protection treaties. Consequently, the arbitral tribunal does not pursuant to article 5(2) have jurisdiction to decide the question whether the Federation has carried out expropriation measures against the Funds”.

VI. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹²

2016 confirmó la tendencia a la solicitud de ejecución forzosa de laudos arbitrales de inversión que se viene apreciando desde hace años, tanto por la consecuencia estadística del creciente número de procedimientos arbitrales de inversión que se insta cada año como por las reticencias a cumplir con los laudos por la parte estatal en los casos (no tan frecuentes como se cree) en que el Estado es condenado. Frente a anteriores crónicas (*REEI*, vol. 27, pp. 77-80; vol. 29, pp. 108-112; y vol. 31, pp. 128-137), esta vez centraremos la exposición de la jurisprudencia (salvo en el caso final de España) en torno a casos concretos en los que las partes ejecutantes han tratado de que los laudos desplegaran sus efectos en varias jurisdicciones. Esta práctica de intentar ejecutar un laudo en varios Estados simultáneamente, incluso si está aún pendiente de resolución la solicitud de anulación del laudo por el órgano competente (arbitral o estatal), es un fenómeno totalmente admitido en Derecho que, sin embargo, solo hemos visto generalizarse en tiempos recientes por causa, sin duda, de los elevados costes que conlleva.

Como es habitual al inicio de cada crónica (*REEI*, vol. 27, p. 74; y vol. 31, p. 127), reiteramos que en el arbitraje de inversión conviven dos realidades jurídicas diferenciadas. Por un lado está el arbitraje CIADI, en el que los laudos arbitrales que contienen condenas pecuniarias gozan de un mecanismo de ejecución forzosa privilegiado en los 153 Estados Contratantes del Convenio de Washington de 18-3-1965, sin executur previo del laudo (ver, en el caso de España, *REEI*, vol. 27, pp. 74-77). Por otro lado está el arbitraje no CIADI, al que quedan sujetos los demás laudos arbitrales (incluidos los del Mecanismo Complementario del CIADI), que son asimilados a los laudos de arbitrajes de derecho privado y requieren el previo executur del laudo bajo normas de DI privado, sea el Convenio de Nueva York de 10-6-1958 o texto más favorable (como algunas legislaciones nacionales de arbitraje, tal y como permite el art. V del propio Convenio de Nueva York). Este año la crónica se detendrá en exclusiva en la ejecución de laudos no CIADI (incluido un caso sometido a su Mecanismo Complementario).

1. Ejecución de los laudos finales de la saga *Yukos c. Rusia*

El 18-7-2014 un tribunal arbitral único dictó tres laudos finales en sendos procedimientos arbitrales instados por las sociedades accionistas (las sociedades) de la petrolera rusa Yukos contra la Federación Rusa bajo el TCE. Los casos *Hulley Enterprises Ltd. (Chipre) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA nº AA226), *Yukos Universal Ltd. (Isla de Man) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA nº AA227) y *Veteran Petroleum Ltd (Chipre) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA nº AA228), administrados por la CPA y sustanciados conforme al Reglamento de CNUDMI (ver *REEI*, vol. 29, pp. 44-49, 55-66), concluyeron con la condena a Rusia al pago de más de 50.000.000.000 dólares estadounidenses más intereses y costas, la mayor cifra jamás impuesta en un arbitraje internacional, como consecuencia de la expropiación de los activos de las Sociedades en

¹² Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

Yukos según el art. 13 del TCE. Previamente, el 30-11-2009 el tribunal arbitral había dictado tres laudos declarando su competencia para conocer de los asuntos.

Semejante cifra de condena, como no podía ser menos, ha dado lugar a una gran batalla legal por la ejecución de los laudos contra bienes estatales rusos, toda vez que el Gobierno de la Federación Rusa se negó en rotundo a atender su pago. Prueba de esto último fue la acción de anulación de los laudos que instó en un tribunal de La Haya (Países Bajos), la sede del arbitraje; además, el 20-4-2016 el tribunal dictó una sentencia anulando dichos laudos al considerar erróneas las conclusiones del tribunal arbitral sobre la aplicación provisional del TCE a Rusia según el art. 45 del TCE. Esto no ha sido obstáculo para que las Sociedades, antes y después de la sentencia holandesa, solicitaran la ejecución forzosa de los laudos en varias jurisdicciones (al menos, Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia, India y Reino Unido) y, a su vez, apelaran la decisión de anulación de los laudos (que sigue pendiente en La Haya a la fecha de publicación de esta crónica). Por su interés nos fijaremos en los desarrollos de las acciones entabladas por las Sociedades en Francia y Bélgica.

A) EJECUCIONES INSTADAS EN FRANCIA

En el caso francés indicaremos de entrada que el 1-12-2014 el presidente del *Tribunal de Grande Instance* de París otorgó el executur al laudo obtenido por la sociedad *Hulley Enterprises*. Interesa destacar que en su intento de ejecución del laudo en Francia la sociedad persiguió el embargo de un solar situado en el centro de París en el que entonces se estaba construyendo bajo los auspicios del Gobierno ruso un centro cultural y espiritual ortodoxo (actualmente es el templo ortodoxo de la Catedral de la Santísima Trinidad), así como la suspensión de los trabajos de construcción. Mediante sentencia de 28-4-2016, el *Tribunal de Première Instance* de París rechazó las pretensiones de la ejecutante.

En primer lugar, el *Tribunal* reconoció inmunidad de jurisdicción a Rusia. Citando la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2-12-2004 (que Francia ha firmado y aprobado pero que aún no ha entrado en vigor) y jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa, el *Tribunal* entendió que la construcción del centro cultural era un acto *iure imperii* de Rusia que estaba sujeto a inmunidad soberana:

“La société Hulley soutient que l’acte qui donne lieu au litige, à savoir la poursuite des travaux en cours, ne peut donner lieu à l’immunité de juridiction au motif que ce principe d’immunité connaît des exceptions, résultant des articles 10 et 13 de la Convention, qui s’appliquent en l’espèce. (...)

En l’espèce, l’acte litigieux consiste en la construction d’un centre culturel et spirituel orthodoxe, ensemble immobilier qui comportera quatre bâtiments à savoir une église orthodoxe, un centre culturel avec salle de concert et librairie, un centre paroissial et une école bilingue franco-russe pouvant accueillir 150 enfants. Compte tenu de la mission de ce centre, qui sera destiné à assurer le rayonnement culturel et spirituel de la Fédération de Russie, il y a lieu de considérer que ce

complexe immobilier relèvera directement de l'exercice de la souveraineté de l'État russe et qu'il ne peut se voir appliquer des dispositions relatives à une simple transaction commerciale. Dans un litige similaire, la Cour internationale de justice, dans sa décision "Villa Vigoni" du 3 février 2012 relative à un centre culturel allemand en Italie, a retenu qu'en raison de la nature du bâtiment, il devait être considéré que l'activité de service public de ce centre relevait des fonctions de souveraineté de l'État étranger. (...) Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu à application de l'article 10 [de la Convención de Naciones Unidas] pré-cité (...)

En l'espèce, le droit de propriété de la Fédération de Russie sur le bien litigieux n'est pas contesté. La délivrance d'un commandement de payer valant saisie immobilière au propriétaire du bien ne peut que confirmer la qualité du propriétaire du bien saisi, à savoir la Fédération de Russie. La société Hulley soutient que le litige concerne "l'usage" du bien mais sa demande se fonde sur une possible dévalorisation du bien, et ce quel que soit son usage futur. La procédure, au sens de l'article pré-cité, ne porte donc pas sur l'usage du bien mais sur le risque invoqué de la dévalorisation de ce bien, et ce quel qu'en soit sa finalité. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu à application de l'exception prévue par l'article 13 [de la Convención de Naciones Unidas] pré-cité".

En segundo lugar, el *Tribunal* reconoció inmunidad de ejecución a Rusia bajo una triple base: inmunidad de derecho común, a la luz de la inmunidad de jurisdicción reconocida anteriormente; inmunidad diplomática, al considerar (según jurisprudencia francesa) que un centro cultural estatal es parte de una misión diplomática; e inmunidad especial de ciertos bienes, por formar parte del patrimonio cultural de Rusia:

"Concernant l'immunité de droit commun, il y a lieu de considérer, à l'instar de la solution retenue pour l'immunité de juridiction, qu'en raison de la mission du futur Centre culturel, cette entité doit bénéficier d'une immunité d'exécution.

Concernant l'immunité diplomatique (...) En l'espèce, il y a lieu de noter qu'il ressort tant du permis de construire que du cahier des charges du concours d'architecture que l'ensemble immobilier à construire revêt un caractère éminemment culturel, étant rappelé qu'il est constant qu'une mission diplomatique dispose du privilège de faire construire une chapelle. (...) Par ailleurs, par décision du 5 janvier 2012, la cour d'appel de Paris a reconnu qu'un centre culturel, en l'espèce le centre culturel ukrainien, était un démembrement de la mission diplomatique. Aux termes de l'article 47 de la Convention de Vienne [sobre Relaciones Diplomáticas], qui instaure un principe de non-discrimination entre États, cette décision doit être prise en compte. Plus généralement, il doit être retenu que la construction du Centre culturel litigieux vise indéniablement à permettre à la Fédération de Russie d'exercer sa souveraineté à travers la mise en œuvre d'activités culturelles, éducatives et religieuses, activités relevant de la souveraineté d'un État. (...)

Concernant enfin l'immunité spéciale affecté à certains biens, l'article 21 de la CNU (...) dispose que : 1. Les catégories de biens d'État ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c de l'article 19 : (...) d) Les biens faisant

partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente;

En l'espèce, le futur Centre culturel entre manifestement dans la catégorie des biens culturels de la Fédération de Russie”.

Finalmente, en tercer lugar el *Tribunal* también reconoció el beneficio de las inmunidades a la empresa constructora del centro como co-contratante del Estado ruso, siguiendo jurisprudencia del tribunal civil del Sena de 1925.

También en el contexto de la ejecución del laudo de la sociedad *Hulley Enterprises* destacaremos la Orden de 23-11-2016 de la *Cour d'Appel* de París en el procedimiento entre *Hulley Enterprises* y la Empresa Unitaria Federal Estatal “Empresa de Gestión de la Propiedad en el Extranjero” de la Administración del Presidente de la Federación de Rusia (“FGUP” o *Goszagransobstvennost*), respecto del intento de la ejecutante de embargar (*saisie-attribution de créances*) los fondos pertenecientes a FGUP que estaban depositados en la sucursal francesa de un banco ruso.

En primera instancia el juez de ejecución del *Tribunal de Grande Instance* de París había levantado los embargos inicialmente trabados; en apelación, la *Cour d'Appel* confirmó la decisión de instancia. Dejando al margen cuestiones de Derecho procesal francés, a los efectos de esta crónica señalaremos solamente que la *Cour d'Appel* confirmó el levantamiento de los embargos al considerar que la FGUP no era un órgano de la Federación Rusa y que tenía una personalidad jurídica separada de Rusia de acuerdo con sus estatutos:

“Que la saisie-attribution pratiquée entre les mains de la SA VTB Bank le 2 juin 2015 concerne les obligations de la banque envers “la Fédération de Russie, y compris ses subdivisions politiques, territoriales, ministérielles ou administratives, et ce quelle que soit leur dénomination antérieure ou actuelle, dont notamment : Russian Federation, Empire Russe, Union des Républiques Socialistes Soviétiques, URSS, Union of Soviet Socialist Republics, USSR, Reserve Fund, Emergency Reserve Fund, Fond de Réserve, RF, National Wealth Fund, NWF”, et celle du 31 août 2015 concerne les obligations de la banque envers “la Fédération de Russie, y compris ses subdivisions politiques, territoriales, ministérielles ou administratives, ses agences, intermédiaires de gestion, et ses entités et/ou structures de gestion d'actifs qui n'ont pas de patrimoine distinct de celui de l'Etat russe, et ce quelle que soit leur dénomination antérieure ou actuelle”;

Que par courriers des 3 juin et 1er septembre 2015 adressés à l'huissier instrumentaire la société VTB Bank a indiqué être débitrice de diverses sommes “susceptibles d'entrer dans le champ” des saisies du 2 juin et du 31 août 2015 et ce pour le compte de la “Goszagran Sobstvennost”;

Attendu qu'il est constant que le saisi –en l'espèce la FGUP/société Goszagransobstvennost– n'est pas le débiteur désigné par la sentence arbitrale du 18 juillet 2014;

Qu'une saisie-attribution n'est valable que si elle émane du créancier du saisi, une créance devant lier personnellement le saisissant et le saisi, le créancier devant être muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter;

Qu'au soutien de la validité des saisies pratiquées -et sans cependant nommer juridiquement cette situation au regard de la saisie-attribution- la société Hulley invoque le statut d'entreprise unitaire bénéficiant à la FGUP laquelle ne ferait que gérer les biens de la Fédération de Russie qui lui sont affectés en vertu du droit de gestion économique et relève qu'en l'absence de patrimoine propre les produits de cette gestion seraient en réalité la propriété de la Fédération de Russie à l'instar des créances saisies;

(...)

Qu'en application de ces dispositions [de los estatutos de la empresa] la FGUP possède donc une personnalité morale distincte de la Fédération de Russie, jouit d'une indépendance organique et décisionnelle et dispose d'un patrimoine propre qu'elle gère de façon autonome lequel inclut les biens qui lui sont confiés par la Fédération de Russie au titre du droit de gestion économique ; que par ailleurs si elle répond de ses obligations par tous les biens qui lui appartiennent, elle ne répond cependant pas des obligations de la Fédération de Russie;

Qu'au vu de ces éléments qui ne corroborent pas les allégations de la société Hulley quant à la propriété des biens saisis auprès de la SA VTB Bank et en l'absence de démonstration de l'existence d'une créance liant personnellement le saisissant et le saisi, il n'est pas établi que le juge de l'exécution a commis une erreur d'appréciation manifeste sur la situation juridique des parties en relevant que la FGUP est seule titulaire des créances saisies et qu'au contraire la Fédération de Russie, débiteur visé au titre exécutoire, ne l'est pas”.

B) EJECUCIONES INSTADAS EN BÉLGICA

En el caso de Bélgica destacaremos, por un lado, la sentencia del *Tribunal de Première Instance francophone* de Bruselas (Cuarta Cámara) de 9-12-2016, que rechazó una solicitud de Rusia de anulación del ejecutivo del laudo favorable a *Yukos Universal* otorgado el 24-6-2015 mediante *ordonnance présidentielle* sin citación a la demandada. Rusia presentó el recurso bajo la figura de la *tierce opposition*, mientras que la ejecutante se opuso a la admisibilidad del recurso por aplicación de una Convención bilateral belgo-neerlandesa de 28-3-1925 sobre la competencia judicial territorial, la quiebra, y sobre valor y ejecución de resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, expresamente desplazada de aplicación en las relaciones bilaterales entre Bélgica y Países Bajos, *ratione materiae*, por el art. 55 del Convenio de Bruselas de 27-9-1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE, 28-1-1991).

De entrada el *Tribunal* aclaró que para el reconocimiento y ejecución de un laudo holandés en Bélgica hay tres instrumentos legales aplicables: el Convenio de Nueva York de 1958, la Convención bilateral de 1925 y el Código Judicial belga. El *Tribunal* reconoció que el Convenio de Nueva York prevé los motivos de denegación del

execuátur pero no regula el procedimiento de execuátur en sí que, a su vez, puede ser regulado en otros instrumentos internacionales o en la legislación interna belga, prevaleciendo aquellos sobre esta:

“La Convention de New York prévoit un régime applicable à l’exécution des sentences étrangères dans tous les États signataires. Son article V définit ainsi de manière exhaustive et limitative les motifs de refus d’exequatur d’une sentence arbitrale étrangère.

Le Convention de New York ne définit toutefois pas les aspects de la procédure permettant d’obtenir la reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères dans les États signataires, à l’exception de la question des documents à produire (article IV).

L’article III de la Convention de New York renvoie en revanche expressément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée (...)

*La Convention belgo-néerlandaise s’applique en Belgique à la reconnaissance des sentences arbitrales rendues aux Pays Bas.
Cette Convention contient entre autres des règles de procédures en matière d’exequatur libellées comme suit (...)*

Le droit belge reconnaît la primauté du droit international sur le droit interne, de sorte qu’en présence d’une convention bilatérale signée par la Belgique, cette dernière prévaut sur les règles de procédure prévues par le Code Judiciaire”.

La defensa de *Yukos Universal* se basaba en que el art. 18 de la Convención bilateral solamente prevé contra la *ordonnance présidentielle* un recurso de apelación en un plazo de 14 días, no una *tierce opposition*. El *Tribunal* admitió la tesis de *Yukos Universal* y rechazó los cuatro motivos esgrimidos por Rusia contra la aplicación de la Convención bilateral (en nuestro caso comentaremos tres de ellos).

Primero (2.1), el *Tribunal* rechazó que *Yukos Universal* hubiera renunciado a la aplicación de la Convención bilateral cuando presentó su solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo bajo el Convenio de Nueva York. El *Tribunal* reconoció que el art. VII.1 del Convenio de Nueva York permite elegir un régimen de reconocimiento y ejecución que sea más favorable que el contenido en el Convenio de Nueva York, pero esto no se extiende a las normas procesales de tramitación de la solicitud de reconocimiento pues el Convenio de Nueva York no contiene tales normas:

“[L’article VII.1] permet à une partie d’opter pour le régime le plus favorable de reconnaissance d’une sentence arbitrale et ainsi d’écarter le régime de la Convention de New-York au bénéfice d’un régime national ou prévu dans une convention bilatérale conclue par l’État dans lequel est requise ladite reconnaissance.

Cependant et en toute logique, ce choix ne peut porter que sur les aspects qui sont réglementés tant par le traité bilatéral ou le droit interne que par la Convention de New-York (...)

Autrement dit, aucun droit d'option n'a de sens pour les éléments que la Convention de New-York ne définit pas, comme par exemple, les modes d'introduction d'une demande d'exequatur, les règles de procédure et les voies de recours. (...)

Les principes de cohérence et de sécurité juridique justifient au contraire une lecture harmonisée de ces deux dispositions, qui renvoient aux règles de procédure fixées par le droit national (article III), et pour le reste, permettent de choisir entre le régime prévu par la Convention de New-York ou le régime prévu par le droit national, en ce compris les conventions bilatérales en vigueur dans le pays où la sentence est invoquée (article VII) (...)

L'absence de référence expresse à la Convention belgo-néerlandaise dans la requête en exequatur ne peut dès lors être interprétée comme une renonciation de [Yukos Universal] aux règles procédurales prévues dans la Convention belgo-néerlandaise et qui s'imposent tant en vertu de l'article III de la Convention de New-York que du principe précité de primauté du droit international sur le droit national belge”.

Segundo (2.2), el *Tribunal* consideró que el litigio no estaba fuera del ámbito de aplicación de la Convención bilateral. Frente a la posición de Rusia, el *Tribunal* entendió que las referencias a la materia civil o mercantil de la Convención bilateral deben entenderse aplicables a las decisiones *judiciales* (como es práctica habitual en las normas de DI privado de creación comunitaria desde el Convenio de Bruselas de 27-9-1968), pero no a las decisiones *arbitrales*:

“En revanche, la matière de la reconnaissance et de l'exequatur des sentences arbitrales, objet de la saisine du tribunal de céans, relève en sol du droit judiciaire civil et est expressément traitée dans la Convention belgo-néerlandaise.

Le texte de la Convention belgo-néerlandaise ne prévoit de surcroît aucune limitation aux seules sentences rendues en matières civile et commerciale”.

Ante la observación de Rusia de que el litigio subyacente tenía una (evidente) dimensión de Derecho público, el *Tribunal* entendió que la admisibilidad de la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero es independiente de la calificación civil, fiscal o pública del fondo del asunto.

Finalmente (2.4), el *Tribunal* rechazó que la Convención bilateral hubiera dejado de aplicarse por desuso (*désuétude*). El *Tribunal* señaló que la CVDT no prevé el desuso como causa de terminación de los tratados internacionales. Siguiendo el art. 54.2.b) de la CVDT, la terminación de un tratado puede tener lugar si las partes contratantes así lo acuerdan:

“L'extinction d'un traité peut dès lors se concevoir si les Parties contractantes se sont concertées puis ont manifesté, même tacitement, une volonté réciproque de ne plus appliquer ledit traité.

La simple inapplication d'un traité par les États parties, pendant une période même relativement longue, n'emporte donc pas, par elle-même, son extinction”.

El *Tribunal* indicó además que los instrumentos de Derecho de la UE que han ido desplazando paulatinamente a los convenios bilaterales sobre decisiones judiciales [el más reciente, el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12-12-2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L 351, 20-12-2012*)] no impiden que los convenios bilaterales sigan siendo aplicables cuando se trate de materias no cubiertas por los nuevos instrumentos comunitarios, como es el caso del arbitraje:

“...l’abrogation par divers règlements européens des dispositions de la Convention belgo-néerlandaise relatives à la reconnaissance et l’exécution des décisions judiciaires ne suffit pas à établir la volonté commune de la Belgique et des Pays-Bas de modifier le régime prévu par la Convention bilatérale en matière d’arbitrage.

(...) Rien ne permet donc de constater à ce jour que la Belgique entend exclure de son arsenal juridique une Convention bilatérale que ses juridictions continuent à appliquer.

Par conséquent, la Fédération de Russie n’établit pas à suffisance de droit la volonté concertée de la Belgique et des Pays-Bas de mettre fin à la Convention belgo-néerlandaise”.

Por otro lado, señalaremos que mediante orden de 24-6-2016 el *Tribunal de Première Instance* de Amberes prohibió a las Sociedades la traba de cualquier embargo sobre los buques-escuela rusos *Kruzenshtern* y *Sedov*, que debían pasar por aguas jurisdiccionales belgas, so pena de una multa de 100.000 euros por hora. La solicitud de medida cautelar fue presentada por la Universidad Estatal Técnica de Kaliningrado, al parecer propietaria de al menos uno de los buques, y fue tramitada *ex parte* por la necesaria urgencia y absoluta necesidad de la medida. En sus considerandos el tribunal tuvo en cuenta la anulación (en primera instancia) de los laudos por el tribunal competentes de La Haya y la imposibilidad de trabar embargos en esas circunstancias:

“Considering the annulment of the arbitral awards of 30 November 2009 and 18 July 2014 by the court of The Hague in the Netherlands on 20 April 2016, no attachments may in principle be levied on the basis of these awards”.

2. Ejecución del laudo *Crystallex c. Venezuela*

El 4-4-2016 fue dictado el laudo final en el caso *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, que ha dado lugar a otra batalla legal en varias jurisdicciones. El asunto tiene su origen en la nacionalización de una mina de oro en la que la empresa canadiense *Crystallex* había invertido junto a una sociedad estatal local mediante un contrato de 2002. Tras varios años de procedimiento al amparo del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela, el tribunal arbitral condenó a Venezuela al pago de más de 1.200 millones

de dólares estadounidenses más intereses. A la fecha de esta crónica notamos que la *United States Federal District Court for the District of Columbia* (como tribunal de la sede, Washington, DC) ha rechazado la solicitud de anulación presentada por Venezuela y ha confirmado el laudo a instancias de la demandante. En este caso nos detendremos en los intentos de ejecución del laudo en Canadá y Estados Unidos.

A) EJECUCIÓN INSTADA EN CANADÁ

Por un lado, Crystallex se interesó por la ejecución forzosa del laudo en Canadá. Mediante decisión de 20-7-2016 la *Superior Court of Justice* de Ontario otorgó el executur del laudo para su ejecución en la provincia de Ontario (2016 ONSC 4693). La *Court* se declaró competente para conocer de la petición de reconocimiento y ejecución a la luz de la *International Commercial Arbitration Act* (“ICAA”) (R.S.O. 1990, c. 19), que incorpora como anexo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL de 1985:

“[18] The international arbitration between Crystallex and Venezuela and the Final Award fall within the purview of the Act. This was an investment dispute arising under the investment protections of the BIT and involves a commercial relationship for the purposes of the Act. As an investor state arbitration conducted in Washington, D.C., the arbitration is also “international” within the requirements of Article 1 of the Model Law. Therefore, I am satisfied that this Court has jurisdiction to hear this application for recognition and enforcement of the Final Award”.

Los dos puntos jurídicamente sensibles de la petición y de interés para esta crónica fueron resueltos por la *Court* positivamente para la ejecutante.

En primer lugar, la *Court* comprobó que la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo en Ontario había sido correctamente notificada a Venezuela a la luz de la *State Immunity Act* (“SIA”) (R.S.O. 1980, c. S-18) de Canadá. De un lado, la *Court* entendió que el laudo versaba sobre una actividad comercial de Venezuela excluida de la inmunidad de jurisdicción del Estado a los efectos de la *SIA*:

“[21] The Final Award arises out of the investment dispute in connection with the development of the Las Cristinas mining project which is a commercial activity involving Venezuela and Crystallex for the purposes of s. 5 of the SIA [A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state]”.

De otro lado, la *Court* confirmó que la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo había sido debidamente notificada a Venezuela por conducto diplomático a través del Ministerio canadiense de Asuntos Exteriores:

“[22] According to the evidence filed by Crystallex in this proceeding, service of the Notice of Application was effected through Canada’s Minister of Foreign Affairs, now Global Affairs. The Notice of Application, to which a copy of the Final Award was appended, was delivered by Crystallex to the designated person at

Canada's Ministry of Global Affairs which then arranged appropriate service on Venezuela through diplomatic channels.

[23] As contemplated under s. 9 (5) of the SIA, a Certificate dated May 3, 2016 was sent by Mr. Roland Legault, Director, Criminal, Security and Diplomatic Law Division, of the Ministry directly to the Ontario Superior Court of Justice (...). Mr. Legault certified to this Court as follows:

I hereby certify, pursuant to subsection 9 (5) of the State Immunity Act that the Notice of Application dated April 6, 2016 was transmitted to the appropriate authority of the Ministry of Foreign Affairs of Venezuela on April 26, 2016”.

En segundo lugar, la *Court* comprobó que se cumplieran los requisitos para el reconocimiento y la ejecución del laudo. En este sentido destacaremos que la *Court* no aplicó directamente el Convenio de Nueva York de 1958, sino los arts. 35 y 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL (anexa a la ICAA) que, en todo caso, son una copia de los arts. IV y V del Convenio de Nueva York. De manera muy pedagógica la *Court* entendió que la solicitante había cumplido con los requisitos formales de presentación del art. 35: copia del laudo arbitral (certificada por la Secretaria General del CIADI) y copia del convenio arbitral. En este sentido, la *Court* tuvo en cuenta correctamente la peculiaridad del arbitraje de inversiones bajo tratado en el que la oferta y la aceptación del convenio arbitral aparecen disociadas en el tiempo (*without privity*, en célebre expresión). En cuanto a la oferta de Venezuela, la *Court* la encontró sin dificultad en la cláusula de arbitraje inversor-Estado del art. XII del APPRI:

“[30] Any arbitration agreement is based on the consent of the contracting parties to refer their disputes to arbitration. Article XII of the BIT sets out the procedure for the settlement of disputes between an investor and a host contracting party, being one of the two states of Canada or Venezuela. Article XII expressly addresses the requirements of consent to arbitrate.

[31] With respect to the consent of Venezuela to arbitrate, Article XII 5. of the BIT provides as follows:

Each Contracting Party [Canada and Venezuela] hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration in accordance with the provisions of this article.

I find that by this provision, Venezuela consented to arbitrate.”

En cuanto a la aceptación de la empresa, la *Court* la encontró en primer lugar en la *Notice of Dispute* enviada a Venezuela en 2008 al comienzo de la disputa, corroborada en segundo lugar en 2011 en la Solicitud de Arbitraje enviada al CIADI:

“[32] According to Article XII 3. of the BIT, an investor may submit a dispute to arbitration, but only if “the investor has consented in writing thereto”. Crystallex has given that consent to arbitrate in writing in its Notice of Dispute dated November 24, 2008 (...). In this Notice of Dispute, Crystallex described in detail the investment dispute arising out of certain measures taken by Venezuela alleged

to be in breach of the BIT. The Notice of Dispute invited amicable settlement discussions in accordance with Article XII 2. and then also set out the following on page 3 of the Notice:

However, if no solution is reached within six months of this notification, Crystallex reserves its right to submit the dispute notified herein to international arbitration to seek appropriate declaratory relief, specific performance and damages. In this regard, Crystallex hereby expresses its unconditional consent (pursuant to the Treaty and the foreign investment law) to submit the dispute to arbitration under the Additional Facility Rules of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), and to ICSID arbitration should this be available at the time of the filing of a request for arbitration.

A Request for Arbitration (...) was eventually filed by Crystallex on December 16, 2011, requesting arbitration in accordance with the Additional Facility Rules of ICSID.

[33] Based on the Notice of Dispute and the Request for Arbitration, I find that Crystallex has also consented to arbitration with Venezuela as required by the BIT.”

La Court también comprobó que sus conclusiones eran consecuentes con lo dispuesto por el art. XII.6 del APPRI a los efectos de la existencia de un convenio arbitral:

“[34] The BIT also addressed the formation of an agreement to arbitrate based on these consents in Article XII 6. (a) which provides as follows:

a. the consent given under paragraph (5) [by Venezuela], together with either the consent given under paragraph (3) [by the Investor], or the consent is given under paragraph (12), shall satisfy the requirements for:

i. written consent of the parties to a dispute for the purposes of Chapter II (jurisdiction of the Centre) of the ICSID Convention and for purposes of the Additional Facility Rules; and

ii. an “agreement in writing” for purposes of Article II of the United Nations Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, and 1958 (“New York Convention”).

[35] Canada and Venezuela are both parties to the New York Convention. Article 35 of the Model Law adopted in the Act is based on and derived from Article V of the New York Convention. Likewise, the definition of “arbitration agreement” in Article 7 of the Model Law is derived from Article II of the New York Convention.

[36] The provisions of the BIT outlined above, taken together with the consent of Crystallex to arbitrate as set out in its Notice of Dispute and its Request for Arbitration, constitute the arbitration agreement between the parties as required by Article 35 of the Model Law for the purposes of recognition and enforcement. I have concluded that the requirement under Article 35 for proof of the arbitration agreement has, therefore, been satisfied”.

Finalmente, la *Court* no encontró ningún motivo de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo en Ontario. Por un lado, la *Court* constató que Venezuela no había

comparecido en el procedimiento judicial a pesar de haber sido correctamente notificada; por tanto, no se había invocado ningún motivo de oposición de los previstos en el art. 36.1.a de la Ley Modelo (equivalente al art. V.1.a del Convenio de Nueva York), que solo invoca la parte que trata de evitar el reconocimiento del laudo. Por otro lado, la *Court* entendió que tampoco procedía invocar ninguno de los motivos de oposición *ex officio* previstos en el art. 36.1.b de la Ley Modelo (equivalente al art. V.1.b del Convenio de Nueva York), a saber: arbitrabilidad (la disputa era arbitrable bajo el derecho de Ontario) y orden público (el laudo no iba en contra del orden público de Ontario):

“[40] Based on the foregoing review of the international rights and obligations created under the BIT and of the allegations and findings in the Final Award with respect to the nature of the claims asserted by Crystallex against Venezuela, I am satisfied that the subject matter of this dispute is capable of settlement by arbitration under the laws applicable in Ontario.

[41] Crystallex has also submitted that the recognition and enforcement of the Final Award is consistent with the public policy of Ontario. I agree. The public policy of Ontario is reflected in the legislative enactments of Ontario and of Canada (as applicable in Ontario) which are embodied in the Act, the SIA, and the adoption by the Government of Canada of the 1958 New York Convention as well as in the BIT itself. Nothing has been brought to my attention to suggest that the recognition and enforcement of this Final Award is or would be contrary to any public policy in Ontario. I am satisfied that there is no basis for me to deny recognition of the Final Award on the ground that recognizing the award would be contrary to any public policy in Ontario”.

B) EJECUCIÓN INSTADA EN ESTADOS UNIDOS

La compañía Crystallex también ha instado la ejecución forzosa del laudo dentro de los Estados Unidos. En particular, es de interés el intento de ejecución en el estado de Delaware, donde la *United States District Court for the District of Delaware* dictó una resolución el 30-9-2016 en el procedimiento de ejecución del laudo contra filiales de PDVSA, la compañía estatal de petróleo de Venezuela, que tienen domicilio social en Delaware.

La acción se originó en la acusación de alzamiento de ciertos bienes propiedad de las filiales de PDVSA en Delaware. En concreto, según la demandante, Venezuela y PDVSA habrían orquestado que CITGO Holding, una de las filiales, emitiera deuda por valor de 2.800 millones de dólares, cuyos rendimientos fueron pagados en forma de dividendo a su matriz PDV Holding, la otra filial. A su vez, PDV Holding habría pagado esa suma en forma de dividendo a su matriz para sacar los bienes del territorio de Estados Unidos con el fin de evitar posibles embargos. La demandante inició una acción bajo derecho de Delaware para que se ordenara el retorno de la suma alzada a los Estados Unidos o, subsidiariamente, condenara a las demandadas al pago de una indemnización por daños; además de otra orden para evitar cualquier otra disipación de bienes fuera del territorio de los Estados Unidos.

Dejando al margen las acciones sometidas al derecho de Delaware, interesa ver los razonamientos de la *District Court* sobre la aplicación de la *Foreign Sovereign Immunity Act* (“*FSIA*”) de los Estados Unidos al caso concreto. Siquiera en nota al pie de la página, la *District Court* señaló al comienzo de su análisis que la mera implicación de bienes soberanos en el caso concreto la obligaba a aplicar de oficio la *FSIA*, según reiterada jurisprudencia, aun cuando se dudara de la legitimación activa de una de las filiales de PDVSA para invocarla en nombre de Venezuela. La *District Court* ventiló dos argumentos contra la aplicación de la *FSIA* al caso concreto.

Por un lado, CITGO Holding aseguró que aplicaba al caso el artículo 1610(d) de la *FSIA*, que prohíbe embargos cautelares salvo renuncia expresa a la inmunidad del soberano extranjero. Para la demandada, las acciones de la demandante eran “*prejudgment*”, dado que el pretendido alzamiento tuvo lugar antes de la emisión del laudo arbitral (equivalente al *entry of judgment* que prevé la *FSIA*) y en ese momento Venezuela y/o su *alter ego* eran libres de manejar sus bienes a su antojo. La *District Court* no aceptó el argumento; al contrario, aplicó otra disposición de la misma *FSIA* que iguala a los Estados con los particulares:

“The Court is not persuaded by CITGO Defendants’ attempt to stretch the statute’s ‘immun[ity] from attachment arrest and execution,’ id. § 1609, to become immunity from all liability for the transfer of property that was non-attachable at the time of transfer. No direct support is offered for CITGO Defendants’ proposition that attachment immunity equals lawfulness and, therefore, precludes all conceivable forms of potential liability. There is nothing in the FSIA’s text that bars eventual liability for a transfer of property which was immune from attachment when the transfer was made. To the contrary, the Act provides that “[a]s to any claim for relief with respect to which a foreign state is not entitled [jurisdictional immunity from suit], the foreign state shall be liable in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances.” 28 U.S.C. § 1606.”

“CITGO Defendants’ approach overreads the FSIA’s provisions. Pursuing a remedy based on a prejudgment transfer is not the same as attaching funds prior to the entry of judgment, even if the pursuit of that remedy might discourage transfers of immunized property under certain circumstances.

For these reasons, the Court does not view Plaintiff’s fraudulent transfer claim as barred by the FSIA, notwithstanding Plaintiff’s attempt to impose liability based on a transfer of funds which would not have been attachable when the Transactions were carried out”.

Por otro lado, CITGO Holding señaló que los bienes afectados estaban (ahora) situados fuera del territorio de los Estados Unidos y, siguiendo jurisprudencia consolidada, los tribunales federales estadounidenses no tendrían competencia sobre bienes soberanos situados fuera de Estados Unidos aunque se tratasen de embargar para satisfacer decisiones judiciales emitidas por tribunales estadounidenses. La *District Court* dejó imprejuizado este punto, dado que entendió que la *FSIA* no bloqueaba otros remedios

buscados por la demandante, en particular la orden de no disipación de más bienes al extranjero:

“But even if PDVH prevails in persuading the Court these remedies are precluded (an issue the Court does not today decide), other types of relief remain available to Plaintiff. As noted above, [la legislación de Delaware invocada por la demandante] incorporates broader equitable principles (...). Assuming that Plaintiff obtains a final judgment on the merits in its favor, CITGO Defendants offer no convincing explanation as to why, for example, PDVH could not at least be enjoined from further transfer of its assets out of the country (...).

The FSIA may ultimately limit the types of relief available to Plaintiff, should it prevail on the merits of its claim [bajo la legislación de Delaware]. However, CITGO Defendants have failed to show that the FSIA precludes all of Plaintiff's requested relief. As a result, the FSIA does not require dismissal of this action”.

Además de las consideraciones sobre la *FSIA*, señalaremos que CITGO Holding también invocó que las acciones de la demandante estarían prohibidas por la doctrina del “acto de Estado”, dado que la resolución de esas acciones cuestionaría la validez de un acto oficial ejecutado dentro del territorio de un Estado soberano. La *District Court* tuvo en cuenta que la *Supreme Court* de los Estados Unidos no ha establecido criterios rígidos en la aplicación de esa doctrina, dejando a los tribunales ordinarios su análisis a la luz del caso concreto:

“The act of state doctrine’s application involves balancing the national interest with the desire of litigants to obtain decisions on the merits of their claims. (...) Due to the tension inherent in such a balance, the Supreme Court has not imposed “rigid rules to govern the doctrine’s application,” leaving district courts responsible for making the determination on a case-by-case basis. (...) As part of this analysis, courts are called upon to “analyze the nature of the questioned conduct and the effect upon the parties in addition to appraising the sovereign’s role””.

La *District Court* hizo un juicio de ponderación de los intereses en juego (por un lado, los de la demandante en la discusión de las acciones; por otro lado, la labor de relaciones exteriores del Gobierno estadounidense frente a Venezuela) y consideró que, por el momento, la reclamación de la demandante no afectaba a la conducción de las relaciones bilaterales de Estados Unidos y Venezuela. De este modo rechazó también la defensa de acto de Estado aunque la dejó sujeta a revisión posterior en caso de que efectivamente afectara a las relaciones bilaterales de los dos Estados:

“On one side of the scale is Plaintiff’s significant interest in litigating the propriety of the Transactions and potentially obtaining a judgment and relief. On the other side of the scale, there is no evidence from which the Court could now conclude that litigation of this matter would pose significant challenges to the executive branch’s ability to conduct foreign affairs. Importantly, in this litigation the Court is not being asked to adjudicate Venezuela’s actions with respect to Plaintiff’s mining rights [los discutidos en el arbitraje de inversiones] (...) Instead, it need

only assess the decisions to move monies in a possible attempt to hinder creditors. Furthermore, much of the conduct put at issue by Plaintiff's claims took place within the United States (...). Of further note, the Federal Arbitration Act provides that "confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine" (...)

The Court will deny the motion to dismiss without prejudice as to the act of state doctrine. Should the issue be raised again, the parties should consider providing the Court with evidence of the impact, if any, of the maintenance of this suit on U.S. relations with Venezuela".

3. Ejecución de un laudo OHADA contra Guinea Ecuatorial en España

Cerramos este epígrafe dando cuenta del Auto nº 12/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14-11-2016, que acordó el otorgamiento del executur de un laudo arbitral de 24-5-2009 dictado en Libreville (Gabón) en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA (003/2007/ARB) en el asunto *Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE) c. Guinea Ecuatorial*.

La disputa surgió de un Acuerdo de Establecimiento suscrito en 2003 entre Guinea Ecuatorial y CBGE para la concesión de una autorización de constitución de una entidad bancaria en aquel país. A consecuencia de una disputa entre las partes, la demandante interpuso un procedimiento arbitral en virtud del convenio arbitral recogido en la cláusula 13 del Acuerdo. En el laudo Guinea Ecuatorial fue condenada al pago de varias cantidades en concepto de reparación de perjuicio material y lucro cesante.

De una lectura del Acuerdo (reproducido sumariamente en FJ.6 del Auto) se deduce que nos encontramos ante un caso de una inversión extranjera, de ahí su tratamiento en sede de esta crónica¹³. El interés del caso radica en particular en la decisión del TSJ sobre si la demandada tenía o no inmunidad de jurisdicción y ejecución en el procedimiento de executur (distinto, como es sabido, del procedimiento de ejecución forzosa). El TSJ solicitó un informe al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación español sobre la posible inmunidad de jurisdicción de Guinea Ecuatorial, personada en el procedimiento una vez le fue debidamente notificada la demanda de executur a través de conducto diplomático (art. 27.1 y 2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [BOE, 31-7-2015]). En el Auto se aprecia que el informe de la Asesoría Jurídica Internacional concluyó con claridad a favor de la existencia de inmunidad de jurisdicción en vista de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2-12-2004 y la Ley

¹³ No obstante, en el FJ.6 se desprende que la demandante de executur no consideró que el arbitraje subyacente fuera "*de inversiones*" sino un caso "*comercial internacional*". Puesto que es bien sabido que un arbitraje de inversiones puede tener una base estrictamente contractual, entendemos que la demandante querría decir que el caso no se sustanció bajo una ley de inversiones o un tratado de protección de inversiones. No obstante, a efectos de ejecución forzosa en España, un laudo extranjero no CIADI (sea comercial o de inversiones) debe pasar por los mismos requisitos de reconocimiento y ejecución bajo el Convenio de Nueva York de 1958.

Orgánica 16/2015, de 27-10-2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (*BOE*, 28-10-2015). Sin embargo, el TSJ no siguió el criterio del Ministerio y denegó la existencia de inmunidad de jurisdicción.

El TSJ partió de considerar, por un lado, que la Convención de Naciones Unidas, a la que España se ha adherido, no ha entrado aún en vigor; mientras que, por otro lado, la LO 16/2015 entró en vigor días después de la presentación de la demanda de ejecución. A pesar de lo anterior, el TSJ razonó en términos de DI consuetudinario y de eficacia inmediata de la norma para aplicar la LO 16/2015 al caso:

“Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 16/2015 recoge, como dice su exposición de motivos, la práctica judicial internacional y las normas consuetudinarias que han ido configurando las inmunidades, hasta el punto de que, como también señala, la propia Asamblea General de Naciones Unidas considera que las inmunidades recogidas en este instrumento constituyen «un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario». Esto es, la LO 16/2015 no cambia una regulación anterior sobre inmunidades, sino que desarrolla “ex novo” la cuestión referida a las inmunidades, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico una regulación sistemática de la materia para lograr una mayor seguridad jurídica” (FJ.4).

El TSJ analizó tanto la Convención como la LO 16/2015¹⁴ y concluyó afirmando la existencia un principio general de inmunidad de jurisdicción que cuenta con excepciones tasadas:

“Parte así esta Ley orgánica de un principio consuetudinario que recogía la citada Convención: el criterio general de inmunidad de jurisdicción de un Estado respecto de los tribunales de otro Estado, excepcionado en aquellos casos en los que existe un consentimiento expreso o tácito o se refiere a actos que no pueden considerarse de como propios del ejercicio de la soberanía estatal, como funciones derivadas en poder público o actos de “iure imperii”” (FJ.5).

La cuestión sobre la existencia o no de inmunidad de jurisdicción de Guinea Ecuatorial pasaba por la interpretación que se le debe dar al art. 16 de la LO 16/2015, que establece lo siguiente:

“Artículo 16. Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral.
Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a:

¹⁴ El TSJ también recordó la aplicación restrictiva de las inmunidades, como viene siendo tradicional en la práctica estatal española, incluida la bien conocida jurisprudencia del TC (citando las SSTC 107/1992, 292/1994 o 140/1995).

- a) La validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral;
- b) El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros;
- c) La confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o
- d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros”.

El TSJ partió del análisis de los arts. 10 y 17 de la Convención de Naciones Unidas, que en este punto sirven de inspiración al instrumento normativo español, para confirmar el carácter restrictivo de la inmunidad de jurisdicción en caso de transacciones mercantiles:

“Centrándonos en este último instrumento -que, como antes se dijo, no cumple aún las condiciones para su entrada en vigor, pero que sirve de referencia a las normas consuetudinarias en las que se basa-, su artículo 10 contempla, entre los procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer, las transacciones mercantiles realizadas “con una persona natural o jurídica extranjera”, en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil, si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, salvo que se trate de una transacción mercantil entre estados o si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa. Y, en relación con los efectos de un convenio arbitral, el art. 17 de la Convención establece que, si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral; el procedimiento de arbitraje; o la confirmación o anulación del laudo; a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.

Este mismo sistema de inmunidad de jurisdicción restringida es el que se mantiene en la Ley Orgánica 16/2015. Excepciona la regla general de inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a los tribunales de otro cuando se haya producido una renuncia expresa o tácita a ella, especificando los comportamientos que no constituyen consentimiento a la jurisdicción (como la incomparecencia del Estado en el proceso), y cuando los actos en los que haya intervenido el Estado no puedan considerarse como propios de la soberanía estatal o actos de *iure imperii*. Entre los actos “*iure gestionis*” contempla las transacciones mercantiles celebradas por el Estado con personas físicas o jurídicas que no tengan su nacionalidad, salvo que se trate de transacción mercantil entre Estados o cuando las partes hayan pactado expresamente otra cosa, así como determinados procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral, en los siguientes términos: “Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a: ... d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros.” A tal fin, en su art. 2, apartado n), define lo que considera transacción mercantil: “todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra

transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo. Para determinar si un contrato o transacción es una «transacción mercantil», se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción” (FJ.5).

(...)

Frente a la indeterminación anterior sobre lo que lo que debía considerarse actos “iure gestionis” y actos “iure imperii”, que unos distinguían conforme a la naturaleza de la actividad, otros a la finalidad de la misma, y algunos por la naturaleza del contrato o las partes intervinientes en él, esta Ley Orgánica precisa que están excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, lo que, a sensu contrario, determina la inmunidad jurisdiccional en las transacciones mercantiles realizadas con los nacionales del mismo Estado” (FJ.5).

(...)

Con carácter previo, debe rechazarse que se haya producido la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por el hecho de aceptar el sometimiento a arbitraje en caso de controversia, como recoge el convenio arbitral incluido en el Acuerdo de Establecimiento, o por no haberse personado en estas actuaciones la República de Guinea Ecuatorial. La aceptación del sometimiento a arbitraje implica solamente la sumisión a esta vía alternativa a la judicial para la resolución de los conflictos, pero no condiciona la posible inmunidad que posteriormente pueda invocarse, o apreciarse de oficio, en procesos judiciales que se pudieran iniciar en relación a dicho arbitraje. Y, por otro lado, la propia Ley Orgánica 16/2015 se cuida de precisar en su art. 7 que no se interpreta como consentimiento del Estado extranjero al ejercicio de la jurisdicción por órganos jurisdiccionales españoles respecto de un determinado proceso, entre otros supuestos, la incomparecencia del Estado extranjero en el proceso” (FJ.6).

A la luz de la LO 16/2015, para poder aplicar la excepción a la inmunidad de jurisdicción el TSJ tuvo que comprobar dos extremos: a) Por un lado, confirmó que la operación comercial era una “transacción mercantil”. A la luz del Acuerdo de Establecimiento el TSJ no tuvo dudas de que así era, dado que lo que se pretendió fue la implantación de una entidad bancaria en Guinea Ecuatorial y, por otro, b) afirmó que la nacionalidad de la parte que convino con el Estado demandado la sumisión a arbitraje de las controversias derivadas de esa transacción mercantil era *distinta* de la ecuatoguineana. A pesar de que inequívocamente la demandante era una sociedad ecuatoguineana, el TSJ aceptó la posición de la demandante en el sentido de que tanto

ella como Guinea Ecuatorial habían asumido que CBGE era en realidad una sociedad extranjera:

“por estar sujeta a control camerunés, constando en el Acuerdo de Establecimiento que el capital del CBGE se divide en un 46% del Grupo Fotso (de Camerún), 5% de Commercial Bank of Cameroon, 39% de inversores ecuatoguineanos y 10% de la República de Guinea Ecuatorial (...) Si no hubiera sido así –afirma la demandante-, y la República de Guinea hubiera considerado que se enfrentaba a una sociedad guineana, resultaría difícilmente explicable su consentimiento a someterse a un arbitraje fuera de Guinea”.

En este punto el TSJ citó con interés el párrafo 80 del laudo arbitral, en el que el tribunal arbitral había mencionado por analogía el conocido art. 25.2.b) *in fine* del Convenio de Washington constitutivo del CIADI, por el que se admite como inversor con legitimación activa en un procedimiento CIADI a sociedades locales sometidas a control extranjero, “*reconociendo que las legislaciones nacionales de la mayoría de los Estados estipulan lo mismo en materia de inversión cuando el inversor posea una nacionalidad diferente a la del Estado de acogida*” (FJ.6). El TSJ también tuvo en cuenta prueba documental citada en el laudo que revelaba que las autoridades ecuatoguineanas trataban a CBGE como una sociedad sometida a control extranjero (en este caso, camerunés):

“(…) debemos concluir que el componente real de los intervinientes en la transacción mercantil de la que se derivó el litigio arbitral ha sido de nacionales de Estados diferentes al de la República de Guinea Ecuatorial.

Por tanto, excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, como establece el citado art. 16 de la Ley [sic] 16/2015, en procesos relativos al reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros, debe en este caso declararse la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre la demanda aquí formulada”.

Una vez desestimada la inmunidad de jurisdicción, el TSJ de Madrid realizó una aplicación somera del Convenio de Nueva York de 1958 –como es requerido– para el otorgamiento del *execuátur* (FJ.7). Constatado que Guinea Ecuatorial no había comparecido en las actuaciones y, por tanto, no había formulado oposición alguna al reconocimiento en virtud de los motivos previstos en el art. V.1 del Convenio, el TSJ analizó sucintamente los motivos apreciables de oficio en el art. V.2 y concedió el *execuátur* al laudo:

“Por un lado, el objeto de la controversia surgida entre las partes y sometida al arbitraje del que se derivó el laudo sujeto a reconocimiento es perfectamente susceptible de ser resuelta por vía de arbitraje. El artículo 9, apartado 6, de la Ley de arbitraje dispone que cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el

derecho español. Y, al menos conforme al derecho español, el litigio que se plasma en el laudo arbitral no es de los excluidos al arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, pues se han resuelto controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2 de la Ley de Arbitraje), surgidas en el cumplimiento de un contrato relativo al otorgamiento de autorización para el ejercicio de la actividad bancaria en el territorio de Guinea Ecuatorial.

Por otro, ni el reconocimiento ni la ejecución del laudo serían contrario al orden público de España. La resolución arbitral es producto de un procedimiento en el que, como resulta del propio laudo arbitral, pudo ejercitar su defensa cada una de las partes y concretamente la República de Guinea Ecuatorial demandada, quien se personó e intervino en el proceso arbitral. Y la decisión de los árbitros no aparece como vulneradora de los principios esenciales que rigen en nuestro ordenamiento jurídico”.

VII. CONSIDERACIONES FINALES¹⁵

En este epígrafe se comentan diversos acontecimientos de interés que durante el año 2016 se han desarrollado en el contexto de la política de promoción y protección de las inversiones extranjeras tanto europea como española.

1. Desarrollos en la práctica europea en materia de protección de las inversiones extranjeras

La UE viene desarrollando su competencia en la materia mediante la negociación de varios acuerdos internacionales que incluyen un capítulo sobre protección de las inversiones. En 2016 tres de estos acuerdos han generado noticias de interés para la práctica.

En primer lugar, la celebración del acuerdo con Canadá (CETA) parece haberse reconducido, después de superar las críticas de una parte de la opinión pública¹⁶ y el rechazo en algunos Estados miembros. El 30-10-2016 la UE y Canadá celebraron este acuerdo, posteriormente ratificado por el Parlamento Europeo (ya en febrero de 2017). Con fecha de 27-10-2016 Canadá, la UE y sus Estados miembros firmaron una declaración interpretativa conjunta de este acuerdo donde se le dedican varios párrafos a la política de protección de las inversiones extranjeras. Esta declaración resulta de interés, en tanto que subraya algunas de las principales novedades que este acuerdo introduce en la materia y pone énfasis en la necesidad de reformar los mecanismos judiciales de arreglo de las controversias relativas a inversiones extranjeras:

“a) CETA includes modern rules on investment that preserve the right of governments to regulate in the public interest including when such regulations

¹⁵ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives.

¹⁶ En Canadá parte de la opinión pública sí se ha manifestado en contra del arbitraje de inversión: ver <http://canadians.org/fr/medias/laecg-risque-la-d%C3%A9faite-selon-le-conseil-des-canadiens>

affect a foreign investment, while ensuring a high level of protection for investments and providing for fair and transparent dispute resolution. CETA will not result in foreign investors being treated more favourably than domestic investors. CETA does not privilege recourse to the investment court system set up by the agreement. Investors may choose instead to pursue available recourse in domestic courts.

b) CETA clarifies that governments may change their laws, regardless of whether this may negatively affect an investment or investor's expectations of profits. Furthermore, CETA clarifies that any compensation due to an investor will be based on an objective determination by the Tribunal and will not be greater than the loss suffered by the investor.

c) CETA includes clearly defined investment protection standards, including on fair and equitable treatment and expropriation and provides clear guidance to dispute resolution Tribunals on how these standards should be applied.

d) CETA requires a real economic link with the economies of Canada or the European Union in order for a firm to benefit from the agreement and prevents "shell" or "mail box" companies established in Canada or the European Union by investors of other countries from bringing claims against Canada or the European Union and its Member States. The European Union and Canada are committed to review regularly the content of the obligation to provide fair and equitable treatment, to ensure that it reflects their intentions (including as stated in this Declaration) and that it will not be interpreted in a broader manner than they intended.

e) In order to ensure that Tribunals in all circumstances respect the intent of the Parties as set out in the Agreement, CETA includes provisions that allow Parties to issue binding notes of interpretation. Canada and the European Union and its Member States are committed to using these provisions to avoid and correct any misinterpretation of CETA by Tribunals.

f) CETA moves decisively away from the traditional approach of investment dispute resolution and establishes independent, impartial and permanent investment Tribunals, inspired by the principles of public judicial systems in the European Union and its Member States and Canada, as well as and international courts such as the International Court of Justice and the European Court of Human Rights. Accordingly, the members of these Tribunals will be individuals qualified for judicial office in their respective countries, and these will be appointed by the European Union and Canada for a fixed term. Cases will be heard by three randomly selected members. Strict ethical rules for these individuals have been set to ensure their Independence and impartiality, the absence of conflict of interest, bias or appearance of bias. The European Union and its Member States and Canada have agreed to begin immediately further work on a code of conduct to further ensure the impartiality of the members of the Tribunals, on the method and level of their remuneration and the process for their selection. The common aim is to conclude the work by the entry into force of CETA.

g) CETA is the first agreement to include an Appeal mechanism which will allow the correction of errors and ensure the consistency of the decisions of the Tribunal of first instance.

h) Canada and the European Union and its Member States are committed to monitoring the operation of all these investment rules, to addressing in a timely manner any shortcomings that may emerge and to exploring ways in which to continually improve their operation over time.

i) Therefore, CETA represents an important and radical change in investment rules and dispute resolution. It lays the basis for a multilateral effort to develop further this new approach to investment dispute resolution into a Multilateral Investment Court. The EU and Canada will work expeditiously towards the creation of the Multilateral Investment Court. It should be set up once a minimum critical mass of participants is established, and immediately replace bilateral systems such as the one in CETA, and be fully open to accession by any country that subscribes to the principles underlying the Court”¹⁷.

El CETA será tramitado como un acuerdo mixto por expreso deseo de la Comisión Europea¹⁸, quien optó por admitir excepcionalmente esta fórmula (esta institución ha venido defendiendo el carácter exclusivo de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras) con el propósito de acelerar la ratificación de este acuerdo y evitar que la fuerte oposición al acuerdo con los Estados Unidos de América (TTIP) pueda contagiar al CETA¹⁹.

Ello significa que, además de Canadá y la UE, todos los Estados miembros de la UE deben ratificar el acuerdo. Mientras esta ratificación no tenga lugar, una parte del CETA se aplicará provisionalmente. En lo que se refiere al capítulo de protección de las inversiones, las normas que se aplican provisionalmente no se refieren a cuestiones procesales sino sustantivas:

“The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (the “Agreement”) shall be applied on a provisional basis by the Union as provided for

¹⁷ Doc. 13541/16, de 27-10-2016, pp. 5-6.

¹⁸ IP/16/2371, de 5-7-2016.

¹⁹ Respondiendo a una pregunta formulada en el Parlamento Europeo, la Comisaria de Comercio Celicia Malmström afirmó que “The Commission indeed will not propose the signature and conclusion of the Free Trade Agreement with Singapore until the Court of Justice of the European Union has delivered Opinion 2/15. As regards the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), the economic importance of the agreement in light of the trade and investment relationship with Canada has prompted the Commission to proceed as expeditiously as possible. This appears to be the view of Member States as well, based on a broad consensus on the economic desirability to see CETA applied as soon as practicable. Therefore, the Commission presented its proposal for signature and conclusion of the agreement on July 5, 2016. However, given that the agreement will not be applied until after the European Parliament has voted on it, and that the Commission expects that the Court of Justice will issue Opinion 2/15 before, or at the latest at around the same time as the Parliament votes, the Commission is confident that the EU institutions can ensure that the application of the agreement will take place fully in line with the opinion of the Court of Justice”: ver P-004200/2016, de 18-7-2016.

in Article 30.7(3) thereof, pending the completion of the procedures for its conclusion, and subject to the following points:

(a) only the following provisions of Chapter Eight of the Agreement (Investment) shall be provisionally applied, and only in so far as foreign direct investment is concerned:

– Articles 8.1 to 8.8;

– Article 8.13;

– Article 8.15, with the exception of paragraph 3 thereof; and

– Article 8.16²⁰.

La situación jurídica en la que queda el CETA mientras no sea ratificado por todos los Estados miembros de la UE es técnicamente compleja, porque las disposiciones procesales sobre arbitraje de inversión no están incluidas entre las que se aplican provisionalmente y sólo se reconoce la aplicación provisional de algunas normas de carácter sustantivo que otorgan protección a los inversores extranjeros, sólo en lo relativo a las inversiones extranjeras directas. En suma, el CETA no se aplica provisionalmente a las inversiones de cartera y los inversores extranjeros no podrán acudir al nuevo sistema de arbitraje de inversión (denominado “*investment court system*”) promovido por el CETA mientras que el acuerdo no sea ratificado por todos los Estados miembros. Hasta ese momento, el sistema de arreglo de las controversias se rige por lo estipulado en el Capítulo 29 del CETA, es decir, se establece un sistema de arreglo de naturaleza interestatal que permite el recurso al arbitraje entre los sujetos partes en el acuerdo.

En este contexto, conviene recordar que algunos Estados miembros de la UE han celebrado APPRI con Canadá. El art. 30.8 del CETA establece el régimen jurídico que debe aplicársele a estos acuerdos:

“1. The agreements listed in Annex 30-A shall cease to have effect, and shall be replaced and superseded by this Agreement. Termination of the agreements listed in Annex 30-A shall take effect from the date of entry into force of this Agreement.

2. In the event of the provisional application of Chapter Eight (Investment) in accordance with Article 30.7.3(a), the agreements listed in Annex 30-A, as well as the rights and obligations derived therefrom shall be suspended as of the date of provisional application. In the event the provisional application is terminated, the suspension of the agreements listed in Annex 30-A shall cease.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a claim may be submitted under an agreement listed in Annex 30-A in accordance with the rules and procedures established in the agreement if: (a) the treatment that is object of the claim was accorded when the agreement was not suspended or terminated; and (b) no more than three years have elapsed since the date of suspension or termination of the agreement.

²⁰ Doc. 10974/16, de 5-10-2016 (art. 1).

4. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, if the provisional application of this Agreement is terminated and this Agreement does not enter into force, a claim may be submitted under Section F of Chapter Eight (Investment) within a period no longer than three years following the date of termination of the provisional application, regarding any matter arising during the provisional application of this Agreement, in accordance with the rules and procedures established in this Agreement”.

La aplicación provisional de la parte del acuerdo que se refiere a la protección de las inversiones (Capítulo 8) supone la suspensión de los derechos y obligaciones contenidos en los APPRI anteriores. Los inversores extranjeros podrán seguir invocando temporal y transitoriamente estos acuerdos en los casos previstos en el art. 30.8.3 del CETA, a saber: 1) que el tratamiento controvertido fue conferido al inversor antes de que la aplicación del acuerdo fuese suspendida, y 2) si no han transcurrido más de tres años desde la fecha de la suspensión del acuerdo.

Por último, conviene señalar que durante la última parte del año 2016 la UE y Canadá han iniciado contactos y negociaciones con otros sujetos interesados para sentar las bases de un futuro “*multilateral investment court*”, el tribunal permanente de inversiones apuntado en el CETA y el TTIP que debería sustituir, una vez que se constituyese, al nuevo sistema de arbitraje de inversión.

En segundo lugar, durante el año 2016 continuaron celebrándose rondas negociadoras del acuerdo con los Estados Unidos de América (TTIP), a pesar del rechazo al mismo que ha expresado una parte de la sociedad civil europea y de que, nada más ocupar su cargo, el Presidente Trump haya abogado por una vuelta al bilateralismo en materia comercial. La negociación del TTIP, en estos momentos, parece encallada y su futuro no parece muy halagüeño.

Y, en tercer lugar, con relación al acuerdo con Singapur, la solicitud de dictamen presentada por la Comisión Europea²¹ deberá resolverse durante el primer semestre del 2017. El 21-12-2016 se hicieron públicas las conclusiones de la Abogado General Sharpston, donde señala que la UE no debería tener competencia exclusiva para celebrar el acuerdo en lo que respecta a las inversiones extranjeras indirectas²², ni tampoco para

²¹ La Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia de la UE que concluya si este y otros acuerdos similares deben ser celebrados como acuerdos de la UE o como acuerdos mixtos. El texto de la consulta realizada por la Comisión Europea reza como sigue “Does the Union have the requisite competence to sign and conclude alone the Free Trade Agreement with Singapore? More specifically, which provisions of the agreement fall within the Union’s exclusive competence?; which provisions of the agreement fall within the Union’s shared competence?; and is there any provision of the agreement that falls within the exclusive competence of the Member States?”: ver C (2014)8218 final, de 30-10-2014.

²² Para una discusión sobre el alcance de la competencia de la UE en la doctrina especializada: confrontar EILMANSBERGER, Th., “Bilateral Investment Treaties and EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 46, núm. 2, 2009, pp. 383-429, p. 385; PASTOR PALOMAR, A., “La interinidad de los APPRIS bilaterales de los Estados miembros con la vigencia del Tratado de Lisboa”, en VV.AA., *Los resultados de la Presidencia española de la Unión Europea. Actas de las Jornadas Extraordinarias de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Publicaciones de la Escuela Diplomática, Madrid, 2011, pp. 301-309; LAVRANOS, N., “The Remaining Decisive Role of Member

decidir la terminación automática de los APPRI celebrados por los Estados miembros con Singapur. Interesa repasar los argumentos ofrecidos por la Abogado General para llegar a estas conclusiones. En el caso de las inversiones indirectas, señala que:

“346. It is common ground that Article 207(1) TFEU does not as such cover types of investment other than foreign direct investment. The parties have mostly used the term ‘portfolio investment’ to describe those investments.

347. Unless (parts of) the EUSFTA rules governing those other types of investment are covered by the commitments on services, the legal basis of the European Union’s action as regards such investment and the European Union’s exclusive competence must therefore be sought elsewhere.

348. It is not suggested that the European Union needs exclusive competence to conclude the EUSFTA so as to enable it to exercise its internal competence. Thus, the second ground under Article 3(2) TFEU does not apply.

349. However, the parties disagree as to whether the European Union could derive exclusive competence over Chapter 9, Section A, from the third ground under Article 3(2) TFEU, in so far as it concerns types of investment other than foreign direct investment.

350. I cannot subscribe to the Commission’s wide interpretation of Article 3(2) TFEU according to which ‘common rules’ includes Treaty provisions.

351. It is true that the text of Article 3(2) TFEU itself does not offer decisive guidance. Whilst the TFEU uses the concept of ‘common rules’ specifically in relation to the adoption of EU secondary legislation, Title VII of Part Three in the TFEU is entitled ‘Common rules on competition, taxation and approximation of laws’. Thus, it categorises the Treaty provisions which it contains as ‘common rules’.

352. However, the third ground under Article 3(2) TFEU should be interpreted in the light of the judgment in ERTA and subsequent case-law applying the ERTA principle. Viewed in that context, it is clear that the Commission’s broad interpretation of ‘common rules’ cannot be accepted.

353. Article 3(2) TFEU lays down additional grounds for the European Union to have exclusive competence to conclude an international agreement where the European Union does not enjoy express exclusive competence under Article 3(1) TFEU. That competence must therefore stem from some other basis than the

States in Negotiating and Concluding EU Investment Agreements”, en BUNGENBERG, M., REINISCH, A., y TIETJE, Ch. (eds.), *EU and Investment Agreements*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 165-168; VIDAL PUIG, R., “The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to ‘Foreign Direct Investment’”, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, núm. 2, 2013, pp. 133-162, p. 161; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 871-907, pp. 899-903; y HERVÉ, A., “L’Union Européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers: pour le meilleur ou pour le pire?”, *Cahiers de droit européen*, núm. 1, 2015, pp. 177-232, pp. 182-189.

Treaties themselves. For the third ground under Article 3(2) TFEU, that other basis is the impact which international agreements concluded by the Member States might have on 'common rules', that is to say rules adopted by the European Union in the exercise of its internal competence (to pursue a common policy) in certain areas. Thus, as the Court made clear in Opinion 2/92, only the exercise of an internal competence (as distinct from its mere existence) can give rise to an (implied) exclusive external competence. In Opinion 1/94, the Court emphasised that '... exclusive external competence does not automatically flow from? the European Union's power to lay down rules at internal level'.

354. The Commission's argument would mean that Article 3(2) TFEU recognises the right of the European Union to conclude an agreement that affects the Treaties or alters their scope. However, the primary function of Article 3(2) TFEU is, as its wording makes clear, to delineate the nature of EU external competence. Its purpose cannot be to entitle the European Union to 'affect' rules of primary EU law or to 'alter their scope' by concluding an international agreement. Primary law can be changed only by amending the Treaties in accordance with Article 48 TEU. Contrary to the Commission's submission, the risk of affecting EU primary law cannot establish exclusive external competence within the meaning of the third ground under Article 3(2) TFEU. Nor can Article 3(2) TFEU be read as meaning that the European Union enjoys exclusive external competence on the sole basis that it has competence to adopt rules at internal level.

355. The Commission has relied here on Pringle, where the Court examined whether the ESM Treaty (concluded by the Member States whose currency is the Euro) affected the power of the European Union to grant, on the basis of Article 122(2) TFEU, ad hoc financial assistance to a Member State in difficulties or seriously threatened with severe difficulties by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control. The Court there recorded the fact that a Treaty provision (Article 122(2) TFEU) confers a specific power on the European Union to establish a permanent stability mechanism. In verifying whether Article 3(2) TFEU precluded the Member States whose currency is the Euro from concluding the ESM Treaty, the Court examined both Council Regulation (EU) No 407/2010, and the Treaty provision empowering the European Union to adopt secondary legislation. The Court concluded that Article 3(2) TFEU did not prevent a subset of the Member States concluding the ESM Treaty.

356. After describing the main purpose of Article 3(2) TFEU, the Court held in Pringle that 'it follows also from [Article 3(2) TFEU] that Member States are prohibited from concluding an agreement between themselves which might affect common rules or alter their scope'. That statement merely expresses the principle of primacy of EU law over national law, which operates in relation to both EU primary and secondary law. That part of the Court's reasoning in Pringle does not support the proposition that EU exclusive competence to conclude an international agreement on the basis of the third ground under Article 3(2) TFEU may result from 'common rules' contained in EU primary law.

357. The Commission's argument would also imply that exclusive external competence can be established on the basis of the third ground under Article 3(2) TFEU even where the internal competence underlying the Treaty provision on

which it relies has not been exercised. If that were correct, the distinction between the second ground, which specifically covers the situation where an internal competence has not been exercised, and the third ground under Article 3(2) TFEU would partly disappear.

358. Furthermore, if the third ground under Article 3(2) TFEU were read as meaning that exclusive competence is a necessary consequence of the fact that an international agreement may affect Treaty provisions or alter their scope, the mere existence of a Treaty provision might be sufficient to conclude that the European Union had such a competence. If that were correct, why did the Treaty draftsmen not simply confirm the existence of that exclusive external competence explicitly?

359. I therefore take the view that ‘common rules’ in the third ground under Article 3(2) TFEU cannot be read so as to include ‘Treaty provisions’.

360. It is common ground that there is no EU secondary legislation under Articles 63(1) and 64(2) TFEU relating to types of investment other than foreign direct investment.

361. I therefore conclude that, in the absence of common rules, the conditions of the third ground under Article 3(2) TFEU are not satisfied. It follows that the European Union does not have exclusive competence on that basis. Nor has the Commission argued that it enjoys such competence on another basis.

362. Does the European Union have shared competence with the Member States?

The European Union’s shared competences with the Member States

363. The Commission argues, in the alternative, that there is shared competence for the European Union to conclude an international agreement concerning types of investment other than foreign direct investment on the basis of the second ground under Article 216(1) TFEU.

364. At the hearing, the Court asked both the Council and the Commission on what basis the European Union enjoyed internal competence over types of investment other than foreign direct investment. The Council said there was no legal basis in the Treaties for adopting secondary law governing types of investment other than foreign direct investment that could be considered to be ‘common rules’ within the meaning of the third ground under Article 3(2) TFEU. It nevertheless accepted that certain aspects of types of investment other than foreign direct investment might be made subject to legislative acts adopted on the basis of Treaty provisions (other than Articles 63 and 64 TFEU) governing the internal market. The Commission responded that, given the prohibition already contained in Article 63(1) TFEU, the Treaties (obviously) did not provide a legal basis for adopting secondary law in order to achieve liberalisation (as distinct from harmonisation) of capital movements, including portfolio investment. However, both Articles 114 and 352 TFEU offered a basis for eliminating restrictions on portfolio investments. That said, in so far as the EUSFTA did not seek to harmonise, Article 114 TFEU would not be an appropriate legal basis. The Commission argued that, in any event, it is

not necessary to identify a legal basis for exercising internal competence before the Union can rely on Article 216(1) TFEU.

365. In my opinion, the second ground under Article 216(1) TFEU is relevant only if the European Union enjoys internal competence. For those purposes, a matter must fall within the scope of EU law and thus its competence. It is not necessary that the European Union be competent to adopt secondary law.

366. It seems to me that all the conditions for applying the second ground under Article 216(1) TFEU are satisfied here.

367. Pursuant to Article 63 TFEU, the European Union clearly has competence over the liberalisation and protection of types of investment other than foreign direct investment in so far as such investments represent movements of capital between Member States and between Member States and third countries. Whilst the Treaties do not define ‘movements of capital’, the Court has interpreted that term by relying on the (non-exhaustive) nomenclature annexed to Directive 88/361. Movements of capital are classified according to the economic nature of the assets and liabilities they concern. The definition is very broad. Thus, movements of capital cover, inter alia, real estate, securities, other instruments on the money market, units of collective investment undertakings, current and deposit accounts with financial institutions, credits related to commercial transactions or to the provision of services, financial loans and credits, sureties, other guarantees, rights of pledge, transfers in performance of insurance contracts, personal capital movements, physical import and export of financial assets, patents, designs, trade marks and inventions.

368. Other forms of regulation of those types of investment might be based on Article 114 TFEU in so far as they approximate laws governing the establishment and functioning of the internal market. Additional powers might also be derived from Article 352 TFEU.

369. The free movement of capital aspect of the internal market has both an internal and external component. An agreement seeking to achieve reciprocal liberalisation between the European Union and a third country, such as the EUSFTA, falls within the framework of that policy. Since such reciprocal commitments cannot be obtained without that third country’s consent, it may be necessary, within the meaning of the first ground under Article 216(1) TFEU, to conclude an international agreement to achieve that objective.

370. I therefore conclude that Section A of Chapter 9, in so far as it applies to types of investment other than foreign direct investment, falls within the shared competences of the European Union and the Member States, on the basis of Article 4(2)(a) TFEU and the first ground under Article 216(1) TFEU, in conjunction with Article 63 TFEU”.

Mientras que su razonamiento relativo a la terminación de los APPRI anteriores celebrados por los Estados miembros se fundamentó de la siguiente forma:

“371. A separate question is whether the European Union has competence to agree to Article 9.10.1 of Chapter 9, Section A, of the EUSFTA. That provision states that, as a result of the entry into force of the EUSFTA, the bilateral investment agreements between the Member States and Singapore listed in Annex 9-D will cease to exist. Those agreements will be annulled, replaced and superseded by the EUSFTA. Footnote 19 to that provision states that ‘for greater certainty, those agreements shall be considered as terminated by the EUSFTA, within the meaning of subparagraph 1(a) of Article 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties’.

372. In its request, the Commission argues that Article 9.10 (‘Relationship with other Agreements’), together with Articles 9.8 (‘Subrogation’) and 9.9 (‘Termination’), are clearly dependent on, and therefore ancillary to, the other substantive provisions on investment in Chapter 9, Section A. At the hearing, the Commission submitted that, when the European Union concludes an international agreement in an area falling within its competence (at least when that competence is exclusive), the European Union succeeds the Member States in respect of their bilateral agreements with third States and can therefore act for the Member States, including by terminating such bilateral agreements.

373. The Council and a significant number of Member States argued that the European Union cannot, acting alone, agree with a third State to terminate and replace international agreements concluded by that State with the Member States and to which the European Union itself is not a party.

374. As I see it, it is necessary to rule definitively on that question only if the Court finds that the European Union enjoys exclusive competence over all other parts of the EUSFTA. Should the Court decide that the European Union’s competence is shared with the Member States and should the EUSFTA therefore need to be concluded by both the European Union and the Member States, the Member States (concerned) could themselves decide, by expressing their consent to be bound by the EUSFTA, whether or not to terminate their existing agreements with Singapore.

375. For the reasons which I have already given, I consider that the European Union does not enjoy exclusive competence over all of Chapter 9, Section A (or, for that matter, all of the EUSFTA).

376. For the sake of completeness, I shall nevertheless briefly consider whether the European Union, as a third party to the agreements concluded between the Member States and Singapore that are included in Annex 9-D, can agree with Singapore to terminate those agreements without the Member States’ consent.

377. That is a novel question.

378. Where the European Union acquires exclusive (internal or external) competence in a particular area, it acts in an area over which Member States were previously competent. Whether or not the European Union decides to undo past actions of Member States will depend on how the European Union exercises that competence and on whether that creates some incompatibility with Member States’

earlier action. The conditions under which the European Union can exercise internal competences depend on EU law. In any event, EU action must be consistent with international law.

379. Where the European Union assumes the powers previously exercised by the Member States in an area governed by an international agreement, the provisions of that agreement become, as a matter of EU law, binding on the European Union. That was the Court's position, as regards the GATT 1947 (to which all of the Member States (at the time) were a party but not the European Union), in International Fruit Company. The binding effect of the GATT 1947 was a condition for establishing whether it affected the validity of EEC secondary law. The Court did not consider (nor did it need to) how that finding affected the Member States' obligations under the GATT 1947 or their status as Contracting Parties to that agreement. As I see it, the implication of International Fruit Company is that, as a matter of EU law, the European Union had become exclusively competent for matters covered by the GATT 1947 and, as a matter of international law, the European Union had replaced the Member States as being the party responsible for compliance with the obligations they had assumed under the GATT 1947.

380. However, International Fruit Company did not address the question whether, where the European Union assumes the powers previously exercised by the Member States in an area that becomes part of the European Union's exclusive competences, those powers include the right to terminate existing agreements concluded by the Member States with third countries. Indeed, the Member States continued to be Contracting Parties to the GATT 1947 which henceforth applied, as a matter of EU law, both to those Member States and to the EEC.

381. The Court has also held that, in principle, the application of the EU Treaties may not affect the Member States' duty to respect the rights of third States under a prior agreement and to perform their obligations thereunder. Thus, even if the Treaties transfer competence over a particular area entirely to the European Union, the Member States must continue to perform their obligations under international agreements with third States. That is consistent with the well-established principle under international law that internal law cannot justify failure to perform an international agreement or affect the validity of that agreement. That also means that changes to the Treaties cannot result in the European Union substituting itself for the Member States in agreements which they have previously concluded with third States. Thus, a third State continues to be bound by an agreement with the Member State concerned and in principle full performance of that agreement is, in accordance with the principle of pacta sunt servanda, due from both parties to the agreement.

382. The Member States are however required to perform their obligations under those agreements in a manner consistent with EU law and with the European Union's exercise of its newly acquired exclusive competences. Where it is not possible to do so without infringing EU law, the Member States must take the necessary action to bring those agreements into line with EU law. That obligation results both from the primacy of EU law and from the duty of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU.

383. *Article 351 TFEU, which concerns the relationship between agreements concluded by the Member States before 1 January 1958 (or before a particular Member State's accession) between one or more Member States and one or more third countries, on the one hand, and the provisions of the Treaties, on the other hand, confirms that reasoning.*

384. *The purpose of the first paragraph of Article 351 TFEU is '... to make it clear, in accordance with the principles of international law, that application of the Treaty is not to affect the duty of the Member State concerned to respect the rights of third countries under a prior agreement and to perform its obligations thereunder ...'.*

385. *The second paragraph of that provision states that, to the extent that such agreements are not compatible with the Treaties, the Member State(s) concerned must take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities established. Those steps might require them to terminate the agreement. Where there is no incompatibility between the prior agreement and the Treaties, no obligation to take remedial action arises.*

386. *Article 351 TFEU applies to the relationship between, on the one hand, the bilateral agreements concluded between Singapore and various individual Member States prior to their accession to the European Union (Bulgaria, the Czech Republic, Hungary, Lithuania, Poland, the Slovak Republic and Slovenia: that is, certain of the agreements listed in Annex 9-D), and the Treaties, on the other hand. However, Article 351(1) TFEU does not as such govern the relationship between that first category of agreements and agreements subsequently concluded by Singapore and the European Union. Nor is it relevant to agreements concluded by other Member States.*

387. *So far from helping to advance the Commission's case, Article 351 TFEU clearly confirms that a Member State remains a party to international agreements which it has previously concluded and that it bears responsibility for eliminating any incompatibilities between those agreements and the Treaties. Article 351 TFEU applies irrespective of whether the European Union enjoys exclusive or shared competences over the area covered by those agreements.*

388. *There is no Treaty provision that catalogues the obligations of Member States that conclude international agreements with third States (or with international organisations) after their accession to the European Union. Their obligations result both from the primacy of EU law and from the duty of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU. Thus, the Treaties do affect Member States' right to conclude such agreements after their accession to the European Union. They may do so only in areas falling within their competences and provided they comply with EU law.*

389. *If the allocation of competences between the European Union and the Member States subsequently changes and the European Union acquires additional competences that are exclusive in nature, I see no reason why the rules laid down in Article 351 TFEU should cease to apply. Member States must still take the appropriate steps to ensure that existing agreements in the area concerned, which*

are now also binding on the European Union, are consistent with that new allocation of competences and whatever action the European Union subsequently takes in the exercise of its competences.

390. It seems to me that that conclusion is also fully consistent with international law.

391. The European Union and Singapore expressly refer, in footnote 19 to Article 9.10.1 of the EUSFTA, to Article 59 of the 1969 Vienna Convention. That provision is binding, as a matter of treaty law, on all the Member States and Singapore. The European Union itself is not and cannot be bound by the 1969 Vienna Convention because it is not a State. The Court has nonetheless relied on this provision in resolving questions regarding successive agreements.

392. Article 59 of the 1969 Vienna Convention deals with the (implied) abrogation of a treaty between parties resulting from the conclusion by all of those parties of a later treaty. According to that provision, '(1). A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and: (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty ...'. The Commission concludes from this that the European Union should now be considered to be a party to the earlier bilateral agreements.

393. Article 59 in no way departs from the basic principle that termination of a treaty (in the same way as its conclusion) requires the consent of the parties to that treaty. It primarily serves as a conflict rule for determining which treaty applies where there are successive agreements and all the parties to the earlier treaty are also parties to the later treaty but the earlier treaty is not terminated. Where the European Union decides to exercise its newly acquired competences and concludes an agreement with a third State, that third State is bound by that new agreement as well as by any other agreements that it previously concluded with Member States covering the same subject matter. That may obviously result in legal uncertainty for the third State. Where Article 59 of the 1969 Vienna Convention applies, that conflict is resolved in favour of the later agreement between the European Union and the third State. Where it does not apply, the third State must in principle comply with both agreements.

394. However, Article 59 of the 1969 Vienna Convention applies only if it is accepted that (as a matter of international law) the European Union has succeeded the individual Member States as regards the bilateral agreements listed in Annex 9-D. It does not offer general guidance on succession as regards treaties. The 1969 Vienna Convention does not prejudice any question arising, as regards a treaty, from a succession of States. Nor does the 1978 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties appear to address the specific situation at issue. (I would add that, whilst that convention has entered into force, only a few Member States are amongst the (limited) number of signatories.)

395. At the hearing, the Commission referred to what it described as a practice that is 'well-established' and 'accepted by a large number of third countries'. However, the few examples which it put forward all concerned what the European

Union itself has done. The Commission offered no assistance as to whether other States consider such a practice to amount to a rule of international law.

396. Against that background, I can find no basis in international law (as it currently stands) for concluding that the European Union may automatically succeed to an international agreement concluded by the Member States, to which it is not a party, and then terminate that agreement. Such a rule would constitute an exception to the fundamental rule of consent in international law-making. Accepting the Commission's position would mean that, as a result of changes in EU law and (possibly) the European Union's exercise of its external competences, a Member State might cease to be a party to an international agreement, even though it was a State which had consented to be bound by that agreement and for which that agreement was in force. The Member State's rights and obligations under that agreement would become extinguished and, should the European Union decide to exercise its new competences, be replaced by rights and obligations assumed by the European Union with the third State, without the Member State having expressed its consent to those (fundamental) changes.

397. Finally, I note that the European Union has adopted secondary legislation (Regulation No 1219/2012) establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. However, that regulation is expressly stated to be without prejudice to the allocation of competences between the European Union and the Member States under the TFEU. It is based on the assumption that the European Union has exclusive competence over all matters covered by those earlier bilateral agreements and offers a basis under EU law for the Member States to act as regards existing and (possibly) new agreements. That regulation does not, however, contemplate that the European Union itself may (together with the third State bound by the bilateral agreement) terminate those earlier agreements.

398. I therefore conclude that the Member States enjoy exclusive competence to terminate bilateral investment agreements which they previously concluded with third States. As a result, the European Union has no competence to agree to Article 9.19 of the EUSFTA”.

Si el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) avala esta aproximación, contraria a los argumentos presentados por la Comisión Europea, se certificará el carácter mixto de la competencia exterior sobre protección de las inversiones extranjeras y los Estados miembros deberán participar en la celebración de estos acuerdos. La decisión del TJUE no debe afectar la ratificación del CETA, toda vez que la Comisión optó por su ratificación como acuerdo mixto.

2. Desarrollos en la práctica española en materia de protección de las inversiones extranjeras

Por lo que respecta a la práctica española, en primer lugar, conviene resaltar que durante el año 2016 continuaron presentándose arbitrajes de inversión contra el Reino de España a propósito de las reformas introducidas en el régimen de promoción de las energías renovables. Un total de cuatro: *Eurus Energy Holdings Corporation* y *Eurus Energy*

Europe B.V. c. España (caso CIADI n° ARB/16/4); *Sun-Flower Olmeda GmbH & Co KG y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/16/17); *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. España* (caso CIADI n° ARB/16/18); y *Sevilla Beheer B.V. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/16/27).

Por su parte, dos arbitrajes de inversión se iniciaron en virtud del APPRI celebrado entre España y Venezuela: *Luis García Armas c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/16/1); y *Agroinsumos Ibero-Americanos, S.L. y otros c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/16/23).

En cuanto a la conclusión de procedimientos arbitrales, el 16-2-2016 se dictó la orden de conclusión del arbitraje presentado el 29-7-2014 por *Iberdrola, S.A. e Iberdrola Energía, S.A.U. c. Bolivia* (caso CPA n° 2015-05), dado que las partes llegaron a un acuerdo. Esta orden resulta coherente con la política de transar los arbitrajes pendientes que viene presidiendo la actuación de Bolivia. Según consta en la misma, la transacción se habría logrado al haber recibido el inversor español una indemnización satisfactoria para sus intereses:

“1.14 Mediante carta de 3 de diciembre de 2015, el Tribunal solicitó a las Partes que presentasen el documento de confirmación de recepción del pago a los inversores a la luz del último párrafo de la Carta de Conclusión Total y Definitiva del Arbitraje por Motivo de Transacción que indicaba que “[p]ara mayor seguridad, a efectos de validez de la presente carta de Conclusión Total y Definitiva del Arbitraje por Motivo de Transacción, deberá estar acompañada del documento de confirmación de recepción del Pago por parte de los Inversores o la constancia emitida por el Banco Receptor del depósito recibido por importe del monto total del Pago”.

1.15 Mediante carta del mismo 3 de diciembre de 2015, las Demandantes presentaron la confirmación del pago recibido por las Demandantes”.

Tratamos en este punto el laudo dictado por el tribunal constituido para resolver la cuestión del montante de la indemnización tras la anulación parcial del primer laudo emitido en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI n° ARB/98/2), en tanto que versa sobre la cuestión de la indemnización resultante de la declaración de responsabilidad internacional del Estado. Se trata de una controversia longeva que trae causa de la expropiación en 1975 del diario *El Clarín*, hasta entonces propiedad de un ciudadano español. Aunque la expropiación se había consumado antes de la entrada en vigor del APPRI celebrado entre España y Chile, algunos de sus efectos jurídicos perduraron y sirvieron a los demandantes para emprender un proceloso camino judicial ante el CIADI.

En su primer laudo el órgano arbitral determinó que Chile había violado la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo, quedando pendiente la cuestión del cálculo de la indemnización tras la anulación parcial del primer laudo. El órgano arbitral no encontró los argumentos presentados por las demandantes lo suficientemente

persuasivos como para demostrar la existencia de un perjuicio cuantificable derivado de la violación de la citada obligación internacional:

“231. The question remaining for the Tribunal, and it is the central question in these resubmission proceedings, is whether, and to what extent, the Claimants have met that burden of proving what injury was caused to either or both of them by the Respondent’s breach of the standard of fair and equitable treatment in the BIT, and then of establishing the corresponding assessable damage in financial terms.

Have the Claimants met the Burden of Proving Injury?

232. Once the question is reduced to the terms in the preceding paragraph, it becomes plain that the Claimants have not met this burden; indeed, it could be said that in some senses they have not even set out to do so, in as much as they have focussed their submissions on the evaluation of damage, without undertaking the prior step of showing the precise nature of the injury, causation and damage itself. The Respondent submits that, in truth, if one focusses on the actual breach (and its component parts) established by the First Award, the Claimants have suffered no demonstrable material damage at all. None from the Goss press case, because what was sought in that case was restitution of the press or compensation for its confiscation, which was in due course rolled into the extended version of the Claimants’ claims in the original arbitration, and was rejected by the First Tribunal as outside the scope of the BIT; and none from Decision No. 43, because the Claimants could not possibly have benefited from a compensation process in which they had deliberately and explicitly elected not to participate (on account of the fork-in-the-road clause in the BIT). Or the Respondent puts the matter a different way, by submitting that, if the Claimants could be assumed to have suffered some damage, the proximate cause of the damage was the Claimants’ own actions, thus breaking the chain of causation required for the award of financial compensation under the ILC’s draft Articles 31 and 36.

233. The Tribunal finds much merit in the Respondent’s submissions. It is not, however, required to pronounce formally on them; given the Claimants’ failure to address their own burden of proof, there is no prima facie case for the Respondent, as the opposing party, to rebut

234. The Tribunal has therefore no option but to find that the Claimants have failed to prove any material injury caused to either of them as the sufficiently direct result of the Respondent’s breach of Article 4 of the BIT. The Tribunal cannot therefore, on principle, make any award of damages”.

Tampoco entendió el tribunal que las demandantes habían probado suficientemente su solicitud de indemnización sobre la base de que se había producido un enriquecimiento injusto:

“238. There are two possible ways of analysing the unjust enrichment claim. One is to regard it as a freestanding claim in its own right. This is how the Tribunal interprets paragraph 380 of the Claimants’ Reply, which is based on the simple allegation that, through its possession and use of the confiscated assets, the Respondent has been enriched ‘sans juste cause’ to the detriment of the Claimant

investors, which gives rise in and of itself to an obligation to disgorge the assets and the fruits of their use. The Respondent counters that this is tantamount to de-linking the claim from the BIT entirely, since it would result in awarding compensation without any prior finding of breach from which the injury to be compensated flowed. The Respondent adds that this interpretation of the Claimants' argument is shown by the way in which paragraph 380 is expressly linked to the 'hypothèse' (although it is one the Claimants reject) of the absence of any of the circumstances which generate liability for breach of the BIT.

239. In the view of the Tribunal, the Respondent is correct on this point. As demonstrated above, the operative finding of liability is already fixed for all purposes by the (un-annulled) paragraph 2 of the dispositif of the First Award, and the right to compensation ('droit à compensation') specified in paragraph 3 can only properly be understood as referring to compensation for the injury suffered from the breach identified in paragraph 2. This Reading of these two paragraphs – both of them res judicata – is what logic demands; and it is also consistent with the entire tenor both of the First Tribunal's own assessment of compensation that follows, and of the ad hoc Committee's criticism of that assessment in its Decision. This version of the unjust enrichment claim must therefore be rejected.

240. The alternative way of looking at the unjust enrichment claim would be to regard it as no more than a method, a technique, for arriving at an acceptable quantification of a right to compensation established by other means. This corresponds, as the Tribunal understands it, to the methods through which Mr Saura conceived the calculations contained in his Report. Expert valuations of damage are, however, essentially secondary, or derivative; it is not simply a question of whether the calculation correctly values what it sets out to measure, but also (at the primary level) whether it is setting out to measure the right thing. The Respondent is critical of Mr Saura's calculations at both the primary and the secondary level. Specifically, the Respondent contends that, whatever the merits or demerits of Mr Saura's particular calculations, they all fall at the hurdle that they are nothing more than alternative approaches to measuring the capital value of the confiscated assets and the profits from their use, which would only be admissible in the presence of a valid expropriation claim. Once again, the Tribunal accepts this criticism. A claim for the expropriation of El Clarín and associated assets is precluded, with the effect of res judicata, by the First Award and the Decision on Annulment; the only compensation open to be awarded in these resubmission proceedings is for the particular breaches established by paragraph 2 of the dispositif of the First Award which, as the Tribunal has concluded above may not be used as a cloak for reintroducing under another guise the precluded expropriation claim”.

El último argumento presentado por las demandantes, relativo a la indemnización por daño moral, tampoco prosperó. El órgano arbitral entendió que:

“243. (...) no attempt was made to advance, or to justify, a specific claim that moral damage had been suffered by the Foundation; this claim can therefore immediately be set aside, without any further investigation as to whether moral damages are in fact available to corporate or like entities, as opposed to natural persons. The second is that the claim to damage caused by the Respondent's

conduct in the arbitral proceedings must also fall in limine, for the reasons given in paragraph 216 above. But the most decisive factor of all is that a claim to damages of a moral character does not escape the burden of proof resting on a claimant, as described in paragraphs 206 above. The Tribunal notes, in this context, the clear expression of view by the First Tribunal on two occasions, at paragraphs 689 and 704 of the First Award, that the Claimants had simply failed to meet this burden, and that a mere likelihood that damage might have been suffered does not suffice. Admittedly, both paragraphs fall within Section VIII of the First Award, but, as they relate to matters of factual evidence and proof, they are not tainted by the criticisms of the ad hoc Committee relating to the assessment of material damages; and they accord, moreover, entirely with the opinion of the present Tribunal on the basis of the written and oral submissions made to it by the Claimants. The claim to moral damages must therefore be rejected. Had the Tribunal found the claim to material damage to have been established, it would have been prepared to consider the Claimants' subsidiary and alternative submission that moral injury (assuming it to be made out) was a factor to be taken into account in assessing the appropriate reparation for the breach of fair and equitable treatment; but, as the claim to material damages has itself been rejected, this submission, too, must fail".

La decisión del segundo tribunal arbitral de no otorgar ninguna indemnización al demandante, a pesar de declarar que *"its formal recognition of the Claimants' rights and its finding that they were the victims of a denial of justice constitutes in itself a form of satisfaction under international law for the Respondent's breach of Article 4 of the BIT"*, le llevó incluso a explicar esta conclusión, más propia de un tribunal regional de protección de derechos humanos:

"244. The Tribunal regrets that the Claimants did not set themselves to the specific task of showing what particular injury and damage could be proved to have been caused to them by the breach of the guarantee of fair and equitable treatment under Article 4 of the BIT determined in the First Award, which the First Tribunal had also established was legally and factually distinct from the original expropriation claim that had been dismissed ratione temporis. The present resubmission proceedings, which were thorough and complete, allowed the Claimants the fullest opportunity to do so, an opportunity of which they did not avail themselves. Given the seniority, skill and experience of Claimants' counsel and their long familiarity with the case, together with the unambiguous and repeated arguments on want of proof advanced by the Respondent, this omission cannot be regarded as inadvertent. The Tribunal has given anxious consideration to the options open to it in these circumstances. Despite the difficulties in understanding some parts of the First Award, the Tribunal could plainly not permit the original expropriation claim to be reintroduced by the back door in the guise of a breach of fair and equitable treatment suffered many years later; this was not justifiable on the facts or the law, and was in any case formally excluded by the combined effect of the First Award and the Annulment Decision. The Tribunal could equally not have devised a theory of damages of its own, separate from the arguments of the Parties; this is what the First Tribunal had done, and for which it was rightly overruled by the ad hoc Committee in the annulment proceedings. Nor could the Tribunal have awarded moral damages as a form of consolation where actual damages had not been proved. Nor, finally (...), was the Tribunal

empowered to decide the Claimants' claims ex aequo et bono. There was thus no other course open to it than to dismiss, virtually in their entirety, the Claimants' monetary claims. In doing so, it wishes however to make the following observation. The Tribunal's Award does not touch the finding in the First Award that the Respondent had committed a breach of Article 4 of the BIT by failing to guarantee fair and equitable treatment to the Claimants' investments, including a denial of justice; that finding is res judicata and was not part of the present resubmission proceedings. It thus represents a subsisting obligation on the Respondent and one which, as the First Tribunal found, arose out of a failure in the operation of the Chilean internal system for the redress of acknowledged past injustices. The Tribunal has no doubt that, these resubmission proceedings once out of the way, the Respondent will remain conscious of that obligation, and will weigh its consequences appropriately".

Por último, en lo que se refiere a la práctica convencional española en materia de celebración de APPRI, durante el año 2016 se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* los acuerdos celebrados con Mauritania (BOE, 26-3-2016) y Arabia Saudí (BOE, 28-11-2016). Ambos presentan una redacción muy similar a los APPRI que España ha venido celebrando en los últimos años, aunque se observan tres diferencias en el contenido de las obligaciones sustantivas y procesales que merecen un breve comentario, porque revelan el carácter heterogéneo de la práctica bilateral española en la materia.

En primer lugar, en lo que respecta a la redacción de la cláusula del trato justo y equitativo, mientras que el APPRI con Mauritania establece que esta obligación debe desarrollarse “de conformidad con el Derecho Internacional” (art. 3.1), el APPRI con Arabia Saudí la concibe como una obligación de contenido autónomo (art. 2.2). En el supuesto de que ambos acuerdos tuvieran que ser interpretados por un órgano arbitral, la obligación prevista en este último APPRI parece que podría ser interpretada con mayor flexibilidad.

En segundo lugar, el art. 3.2 *in fine* del APPRI con Mauritania contiene una cláusula de cobertura (o paraguas), que reza de la siguiente forma “cada Parte Contratante observará cualquier obligación que hubiese contraído por escrito en relación con las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”. No encontramos, por contra, una disposición similar en el APPRI con Arabia Saudí. Ello a pesar de los importantes contratos suscritos por empresas españolas para desarrollar infraestructuras saudíes. Se trata, entendemos, de una omisión notable que no ofrece un grado de protección óptimo a los inversores españoles.

Y, en tercer lugar, en cuanto a los mecanismos para el arreglo de las controversias, ambos acuerdos otorgan al inversor la facultad para elegir entre la jurisdicción del Estado huésped de la inversión o el arbitraje internacional (arts. 11.2 de los APPRI). No obstante, en el caso del APPRI con Mauritania se ofrece como tercera alternativa, no prevista en el APPRI con Arabia Saudí, la posibilidad de iniciar un arbitraje internacional administrado bajo el Reglamento de la CNUDMI. El APPRI con Arabia Saudí, por su parte, introduce una cláusula de bifurcación del camino, es decir, una vez

que el inversor opte por un foro para resolver la controversia (foro doméstico o arbitraje internacional) renuncia automáticamente al otro.

Para finalizar, dedicamos unas líneas a dejar constancia de la finalización de un arbitraje que ha ocupado las páginas de anteriores volúmenes de esta crónica, el caso *Abaclat y otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/5). Este arbitraje, iniciado por un nutrido grupo de tenedores italianos de deuda pública argentina (*REEI*, vol. 23, pp. 19-21 y 24-29), fue transado en diciembre de 2016.