

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2014)

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 quinta «Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras» se analizan trece arbitrajes de inversiones y un litigio sustanciado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que hemos incluido por su estrecha vinculación con la saga jurídica del «caso *Yukos*». Este litigio resulta de interés a la hora de ponderar la interacción entre el Derecho internacional (DI) de las inversiones y el DI de los derechos humanos. También se comenta una decisión judicial dictada por los tribunales de los Estados Unidos de América que trae causa de la ejecución de un arbitraje de inversiones (*BG Group Plc c. Argentina*). Como viene siendo habitual en nuestra crónica se exponen los apartados de las decisiones y laudos que entendemos de interés desde la perspectiva 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 los acontecimientos más importantes en la materia para las inversiones españolas, nos referimos a algunas novedades derivadas del incipiente ejercicio de la competencia sobre protección de las

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 el epígrafe I.

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 Abogado de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (joseangel.rueda@cuatrecasas.com). Redacta el epígrafe VI.

inversiones extranjeras directas por parte de la Unión Europea (UE) tanto desde una perspectiva intracomunitaria, como desde el plano de la acción exterior.

Por orden de publicación, en primer lugar, se presenta el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/17), en el que Argentina solicitó la anulación del Laudo dictado el 21-6-2011 por un tribunal arbitral formado por H. Danelius (sueco) como Presidente, Ch. Brower (estadounidense) y B. Stern (francesa) en calidad de árbitros, 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 las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Reglas de Arbitraje del CIADI) y basado en el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrado entre Argentina e Italia (firmado el 22-5-1990) y el APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América (firmado el 14-11-1991). Dicho Laudo ya fue comentado en nuestra segunda crónica (REEI, vol. 23, pp. 15-20, 34-35, 38-39 y 46). Los argumentos de anulación esgrimidos por Argentina contemplados en el artículo 52 del Convenio CIADI fueron: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbitral según el Convenio CIADI y el APPRI celebrado entre Argentina e Italia, en relación con el requisito de sometimiento previo de la disputa a la jurisdicción administrativa o judicial argentina; 2) ausencia de los motivos en que se fundó el Laudo; y 3) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. La comisión *ad hoc* presidida por R. Oreamuno (costarricense) y constituida por los árbitros E. Zuleta (colombiano) y T. Cheng (china) declaró en su Decisión sobre anulación de 24-1-2014 que no había lugar a la anulación y ordenó el levantamiento de la suspensión de la ejecución del Laudo, asumiendo Argentina los costes del procedimiento que comprendían los honorarios de los miembros de la Comisión y los gastos derivados de la utilización del CIADI como foro para resolver la controversia.

En segundo lugar, se analiza el caso *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia* (caso CNUDMI/CPA nº 2011-17), que se dirimió al calor del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Bolivia (firmado el 17-4-1998) y el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia (firmado el 24-5-1988) y administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la CNUDMI). La controversia surgió a consecuencia de la nacionalización por parte del Estado boliviano del 50,001% de la participación de las demandantes en *Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.*, constituida conforme a la legislación boliviana, así como de la confiscación de diversos bienes propiedad de una empresa subsidiaria de *Rurelec PLC*, lo cual generó cuantiosas pérdidas a las demandantes. En su Laudo de 31-1-2014, el tribunal arbitral formado por J.M. Júdece (portugués) como Presidente y por los árbitros M. Conthe (español) y R.E. Vinuesa (argentino) determinó que tenía jurisdicción respecto a las reclamaciones presentadas conjuntamente por las demandantes sobre la base de los dos APPRI citados, así como respecto de las reclamaciones sustentadas en el APPRI celebrado entre Reino Unido y Bolivia con relación a las inversiones indirectas de *Rurelec PLC*. Sin embargo, carecía de

jurisdicción respecto a ciertas reclamaciones basadas en el APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Bolivia. En cuanto al fondo del asunto, el tribunal decidió que Bolivia había expropiado las inversiones de *Rurelec PLC* sin una justa compensación, por lo que se le condenó al pago de una indemnización de 28.927.583 dólares estadounidenses. Cada parte debía sufragar la mitad de los honorarios de los árbitros y de los gastos de la CPA. El árbitro M. Conthe añadió una opinión disidente sobre tres cuestiones debatidas en este caso: 1) el supuesto respeto por Bolivia del «debido proceso»; 2) la declaración de falta de jurisdicción del tribunal sobre las reclamaciones relativas al precio «spot» y pagos por capacidad; y 3) el reparto de costas a partes iguales.

En tercer lugar, se examina el caso *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/17), resuelto a la luz del APPRI celebrado entre Perú y Francia (firmado el 6-10-1993) y regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI. El fundamento fáctico de la demanda residía en la intervención por parte del Estado peruano del *Banco Nuevo Mundo*, del que la demandante era accionista, y que posteriormente fue liquidado y disuelto. La demandante consideraba que tal intervención era contraria al APPRI antes citado. El demandado planteó diversas excepciones a la jurisdicción del tribunal según las cuales: 1) la demandante no era un “inversor” protegido por el APPRI; 2) la participación que adquirió la demandante no podía considerarse «inversión» ni a la luz del APPRI, ni del Convenio CIADI; y 3) la demandante había incurrido en abuso del proceso según lo establecido por el Convenio CIADI. El órgano arbitral presidido por R. Oreamuno (costarricense) y formado por los árbitros B. Hanotiau (belga) y J. Morales Godoy (chileno) declaró en su Laudo de 26-2-2014 que tenía jurisdicción para conocer del asunto. Respecto a la cuestión de fondo, el tribunal desestimó la pretensión de la demandante, así como las peticiones de indemnización por daños morales formuladas por ambas partes en el procedimiento.

En cuarto lugar, es objeto de estudio el caso *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/8). La demanda fue interpuesta conjuntamente por 183 personas físicas y jurídicas de nacionalidad italiana tenedores de títulos de deuda o bonos emitidos por Argentina, que solicitaban al tribunal la restitución del valor nominal de sus bonos más intereses, más otros daños derivados del incumplimiento del APPRI celebrado entre Argentina e Italia. En particular, los demandantes alegaron que la inversión extranjera no había recibido un trato justo y equitativo, ni plena protección y seguridad y que habían sufrido una expropiación sin una indemnización justa, efectiva y sin demora. Argentina invocó diversas excepciones a la jurisdicción del tribunal: 1) las acciones colectivas no estaban previstas ni en el Convenio CIADI, ni en sus Reglas de Arbitraje, ni en el APPRI en cuestión; además, la admisión de este tipo de demandas violaría los principios del debido proceso; 2) los demandantes no habían prestado válidamente su consentimiento para someter la controversia al arbitraje; 3) las reclamaciones de los demandantes no constituían una inversión en los términos del Convenio CIADI, ni del APPRI; 4) asimismo, la compra-venta de los derechos de títulos se había hecho en violación del derecho aplicable, esto es, del Derecho italiano; 5) estos derechos sobre títulos no cumplían el requisito de territorialidad previsto en el APPRI, es decir, no se adquirieron en el territorio de Argentina; 6) los demandantes no

demonstraron, *prima facie*, una violación del APPRI; 7) el tribunal carecía de jurisdicción *ratione personae* por falta de prueba de los demandantes del cumplimiento de ciertos requisitos de nacionalidad y calidad de «inversor» previstos en el Convenio CIADI, en el APPRI y en su Protocolo Adicional; y, por último, 8) los demandantes habían incumplido los requisitos de celebración de consultas amistosas previas con la demandada, recurso previo a los tribunales internos e incumplimiento del plazo de 18 meses desde la notificación del recurso local para poder acudir al arbitraje internacional. En su Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad de 17-3-2014, el órgano arbitral constituido por F. Berman (británico) en calidad de Presidente, K.-H. Böckstiegel (alemán) y J.Ch. Thomas (canadiense) como árbitros, rechazó las excepciones preliminares planteadas por la demandada, salvo la excepción basada en las acciones colectivas y la excepción sobre la ausencia de inversión en los términos del APPRI que fueron rechazadas en parte, acumulando en parte estas cuestiones a la fase sobre el fondo. El árbitro J.Ch. Thomas añadió una opinión concurrente.

En quinto lugar, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (caso CIADI n° ARB/07/29) Paraguay solicitó la anulación del Laudo de 10-2-2012 dictado por un tribunal arbitral formado por S.A. Alexandrov (búlgaro) en calidad de Presidente y por los árbitros D.F. Donovan (estadounidense) y P. García Mexía (español). La solicitud de anulación se basó en los siguientes fundamentos previstos en el artículo 52 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal; ya que, por un lado, el tribunal arbitral resolvió la disputa sin tener jurisdicción para ello; y, por otro, porque el incumplimiento de un contrato por el Estado sin ejercicio de su potestad soberana no podía suponer una violación del APPRI celebrado entre Suiza y Paraguay (firmado el 31-1-1992); y 2) ausencia de los motivos en que fundó el Laudo, por cuanto las razones del tribunal no fueron adecuadas ni suficientes para alcanzar su decisión. En su Decisión sobre anulación de 19-5-2014, la comisión *ad hoc* constituida por R. Oreamuno (costarricense) como Presidente, y por A.A. Yusuf (somalí) y E. Zuleta (colombiano), no acogió los argumentos de Paraguay, desestimando así su solicitud de anulación.

En sexto lugar, es objeto de análisis el caso *Alapli Elektrik B.V. c. Turquía* (caso CIADI n° ARB/08/13) regido por el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, en el que *Alapli Elektrik B.V.* solicitó la anulación del Laudo dictado el 16-7-2012 por un tribunal arbitral presidido por W.W. Park (estadounidense) y formado por los árbitros M. Lalonde (canadiense) y B. Stern (francesa). En dicho Laudo el tribunal arbitral inadmitió la demanda de *Alapli Elektrik B.V.* por falta de jurisdicción, basándose en el Tratado sobre la Carta de Energía (TCE) (*BOE*, 17-3-1998; corrección de errores en *BOE*, 12-6-1998 y aplicación provisional en *BOE*, 17-5-1995) y en el APPRI celebrado entre los Países Bajos y Turquía (firmado el 27-3-1986). En el procedimiento de anulación *Alapli Elektrik B.V.* alegó tres de los cinco motivos de anulación previstos en el artículo 52 del Convenio CIADI, a saber: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, ya que tribunal arbitral decidió por mayoría (B. Stern y W.W. Park) que carecía de jurisdicción para conocer de la causa cuando sí tenía jurisdicción y, además, no aplicó el derecho adecuado a la controversia; 2) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, porque el tribunal no aplicó la mayoría real prevista en el

artículo 48.1 del Convenio CIADI; y 3) ausencia de los motivos en que se fundó el Laudo, por cuanto el Laudo no permitía al lector seguir un razonamiento lógico de la decisión del tribunal, pues había una clara mayoría del tribunal a favor de su jurisdicción y porque el laudo presentaba opiniones individuales fragmentadas, incoherentes y contradictorias al no haber votado el tribunal cada una de las cuestiones que le plantearon las partes, en violación del artículo 48.3 del Convenio CIADI relacionado con el artículo 48.1 antes citado. En su Decisión sobre anulación de 10-7-2014, la comisión *ad hoc* constituida por B. Hanotiau (belga) como Presidente y por los miembros K.-H. Böckstiegel (alemán) y M. Ali Khan (paquistaní), concluyó que no había lugar a la anulación del Laudo.

En séptimo lugar, se estudian los casos *Hulley Enterprises Ltd. (Chipre) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA n° AA226), *Yukos Universal Ltd. (Isla de Man) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA n° AA227) y *Veteran Petroleum Ltd (Chipre) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA n° AA228), administrados por la CPA, sustanciados conforme al Reglamento de la CNUDMI y dilucidados por un tribunal arbitral presidido por L.Y. Fortier (canadiense) y formado por los árbitros Ch. Poncet (suizo) y S.M. Schwebel (estadounidense). Interesa destacar, en primer lugar, que las demandantes eran tres empresas accionistas de la empresa *OAO Yukos Oil Company (Yukos)*; cada una inició un procedimiento arbitral por separado, planteando reclamaciones distintas que requerían laudos independientes. No obstante, el tribunal arbitral trató los asuntos conjuntamente, salvo en aquellos aspectos que por las circunstancias del caso exigían consideraciones individuales, dictando finalmente tres laudos independientes. Llama la atención la complejidad y volumen de documentos examinados por el tribunal en este procedimiento, en el que las demandantes solicitaban una reparación de alrededor de 114.000.000.000 de dólares estadounidenses. La disputa se originó a raíz de diversas medidas adoptadas por el Gobierno ruso contra *Yukos* y otras empresas asociadas que causaron graves perjuicios económicos a las demandantes. Entre ellas, se alegaron diversos procedimientos penales, así como coacciones contra *Yukos*, sus empleados y personas y entidades relacionadas, reformas fiscales masivas, multas, congelación de activos y otras medidas de ejecución de esas medidas fiscales, así como la venta forzosa de *Yuganskneftegaz*, la principal subsidiaria de *Yukos*. Todo ello provocó presuntamente la liquidación de *Yukos* en agosto de 2006. Las demandantes argumentaron que con tales medidas el Gobierno ruso había violado el artículo 10.1 del TCE, por no haber recibido sus inversiones un trato justo y equitativo; y el artículo 13.1 del mismo texto, por la expropiación ilícita de sus inversiones. Las demandantes intentaron llegar a un acuerdo amistoso con la demandada tal como estaba previsto en el artículo 26.1 del TCE; habiendo fracasado ese intento de solución amistosa, iniciaron este procedimiento arbitral. La demandada planteó tres excepciones a la jurisdicción basadas en: 1) el incumplimiento de la cláusula «*fork-in-the-road*» prevista en el artículo 26.3.b.i) del TCE; 2) la conducta de las demandantes basada en la mala fe y en la doctrina conocida como «manos sucias»; y 3) la aplicabilidad del artículo 21 del TCE relativo a las medidas impositivas. En sus tres Laudos de 18-7-2014 el tribunal arbitral se declaró competente para resolver el asunto y estimó la pretensión de las demandantes sobre el incumplimiento del artículo 13.1 del TCE, por lo que condenó a Rusia a pagar una indemnización de 39.971.834.360 dólares estadounidenses a *Hulley Enterprises Ltd.*, la

suma de 8.203.032.751 dólares estadounidenses a *Veteran Petroleum Ltd.*, y la cantidad de 1.846.000.687 dólares estadounidenses a *Yukos Universal Ltd.*, asumiendo los costes de arbitraje y una parte de los gastos de representación de las demandantes.

En octavo lugar, destaca el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/6), cuya Decisión sobre jurisdicción de 30-6-2011 fue objeto de estudio en nuestra segunda crónica (*REEI*, vol. 23, pp. 22-25). En esta ocasión se analiza la Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, dictada por un tribunal arbitral presidido por P. Tomka (eslovaco) y formado por los árbitros N. Kaplan (británico) y J.Ch. Thomas (canadiense), que dirimió la controversia al calor del APPRI celebrado entre Francia y Ecuador (firmado el 7-9-1994) y a dos contratos de participación relativos a la exploración y explotación de hidrocarburos en la región del Amazonas ecuatoriano, suscritos entre la demandante y la empresa *Petroecuador*, actuando esta última en nombre del Estado. Ecuador alegó dos excepciones a la jurisdicción del tribunal. La primera se basaba en la jurisdicción *ratione personae* del tribunal. A juicio de la demandada, la empresa demandante no estaba controlada por nacionales de una de las partes contratantes conforme al artículo 1.3 del APPRI ni en el momento en que se prestó el consentimiento al arbitraje, ni en la fecha en que se registró la solicitud de arbitraje ante el CIADI. La segunda excepción consistía en que las reclamaciones de la demandante relativas a las declaraciones de caducidad de los contratos no entraban en la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal arbitral, sino de los tribunales ecuatorianos, al tratarse de actos administrativos y no de naturaleza contractual. En cuanto al fondo del asunto, *Perenco* consideró que Ecuador había incumplido diversas disposiciones del APPRI antes citado, al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión e interferir en el uso y goce de dicha inversión en las regiones Amazónicas donde desarrollaba su actividad, al no recibir el mismo trato que Ecuador daba a sus nacionales o sociedades, o el trato que concede a los nacionales o sociedades de la nación más favorecida y al haber expropiado ilícitamente activos de *Perenco*. Asimismo, la demandante alegó que Ecuador había modificado unilateralmente términos clave de los contratos de participación y que no había cumplido la decisión sobre medidas provisionales dictada anteriormente por el tribunal arbitral. En su Decisión de 12-9-2014, el tribunal concluyó, primero, que tenía jurisdicción sobre las reclamaciones por incumplimiento contractual bajo la forma de disputas técnicas y/o económicas, salvo en lo relativo a la caducidad de uno de los contratos de participación, y también era competente para conocer del supuesto incumplimiento del APPRI; y, segundo, el tribunal declaró el incumplimiento por la demandada de los contratos de participación, así como de ciertas disposiciones del APPRI, dejando para una etapa procesal posterior la fijación de los daños.

En noveno lugar, es objeto de estudio el caso *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/09/1). El órgano arbitral presidido por P. Bernardini (italiano) y constituido por los árbitros P.M. Dupuy (francés) y D.A.R. Williams (neozelandés), ventiló la controversia a la luz del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela (firmado el 1-7-1996), conforme al Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI. La controversia surgió a raíz de ciertos contratos de concesión entre las partes en litigio por los que se le autorizaba a la

demandante la extracción de minerales en Venezuela. La demandante alegó que Venezuela había violado ciertas disposiciones del APPRI relativas al trato justo y equitativo y a la plena protección y seguridad para las inversiones extranjeras, a la cláusula de la nación más favorecida y a la imposibilidad de expropiar las inversiones sin una indemnización justa, efectiva y sin demora. Por estos motivos la empresa demandante solicitó una indemnización de 1.735.124.200 dólares estadounidenses. La demandada objetó la jurisdicción del tribunal argumentando que la demandante no era un «inversor» en los términos del citado APPRI. En su Laudo de 22-9-2014, el tribunal rechazó esta excepción a la jurisdicción y procedió a examinar el fondo del asunto. A este respecto, estimó únicamente la reclamación basada en el artículo II del APPRI, en concreto, declaró que la inversión de la demandante no había recibido un trato justo y equitativo, por lo que ordenó a la demandada el pago de una indemnización que ascendía a 713.032.000 dólares estadounidenses más intereses.

En décimo lugar, en el caso *El Paso Energy International Company c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/03/15), Argentina solicitó la anulación del Laudo de 31-10-2011, ya comentado en nuestra segunda crónica (*REEI*, vol. 23, pp. 43-44), por el que el tribunal arbitral presidido por L. Caflisch (suizo) y constituido por los árbitros P. Bernardini (italiano) y B. Stern (francesa), declaró que Argentina no había concedido un trato justo y equitativo a las inversiones de *El Paso Energy International Company (El Paso)* en violación del APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América, y se le concedió una indemnización de más de 43.000.000 dólares estadounidenses más intereses. En el procedimiento de anulación Argentina invocó tres fundamentos del artículo 52 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal; 2) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y 3) ausencia de los motivos en que el tribunal fundó su Laudo; todo ello en relación con: ciertas cuestiones jurisdiccionales; la causalidad entre las medidas tomadas por Argentina y la venta de las participaciones de *El Paso* en las *Sociedades Argentinas*; las medidas tomadas por Argentina relacionadas con el precio *spot* y los pagos por capacidad; el efecto acumulativo determinado por el tribunal en las medidas adoptadas por Argentina; el análisis de la defensa de necesidad alegado por Argentina en el proceso arbitral; y otras cuestiones relacionadas con la valoración de los daños. En su Decisión sobre anulación de 22-9-2014, la comisión *ad hoc* presidida por R. Oreamuno (costarricense) y formada por T. Cheng (china) y R. Knieper (alemán) como miembros, rechazó los argumentos de Argentina y desestimó la solicitud de anulación. Cada parte debía sufragar las costas y honorarios en que incurrió en este proceso y Argentina debía asumir los honorarios de los miembros de la comisión y gastos derivados de la utilización del CIADI.

En undécimo lugar, se presenta el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos Inc. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/07/27), cuya Decisión sobre jurisdicción de 10-6-2010 fue analizada en nuestra primera crónica (*REEI*, vol. 20, pp. 18-20). En la presente crónica se estudia el Laudo sobre el fondo dictado por un órgano arbitral presidido por G. Guillaume (francés) y formado por los árbitros G. Kaufmann-Kohler (suiza) y A.S. El-Kosheri (egipcio), que resolvió sobre la supuesta violación por parte de Venezuela del APPRI celebrado entre

los Países Bajos y Venezuela (firmado el 22-10-1991). En particular, el Gobierno venezolano, tras haber promulgado una serie de medidas que permitían la participación de inversores extranjeros en la industria petrolera y habiendo garantizado a los inversores condiciones ventajosas con ese fin, promulgó una nueva Ley de hidrocarburos en 2001 que aumentaba las tasas de regalía a las que estaban sujetas las inversiones de las demandantes, seguida de ciertas medidas que aumentaban sus cargas, entre ellas, la creación en 2006 de un «impuesto de extracción» y el aumento de la tasa del impuesto sobre la renta, así como ciertas medidas que suponían la reducción de la producción y de las exportaciones en relación con uno de los proyectos en los que participaban las demandantes, el «Proyecto Cerro Negro». En 2007, el Gobierno venezolano promulgó diversas normas expropiatorias de sus inversiones. Por ello, las demandantes alegaron que sus inversiones no habían recibido un trato justo y equitativo; que esas medidas eran discriminatorias y arbitrarias y que interferían en el uso, disfrute y disposición de sus inversiones; y, por último, que habían sido objeto de una expropiación ilícita. En su Laudo de 9-10-2014 el órgano arbitral declaró que no era competente para conocer de la reclamación relativa al aumento de la tasa del impuesto sobre la renta aplicable a los participantes de uno de los proyectos, pero sí era competente para resolver sobre las restantes reclamaciones. A este respecto, el tribunal decidió que Venezuela debía pagar una indemnización de más de 1.600.000.000 dólares estadounidenses por las reducciones a la producción y a las exportaciones impuestas sobre el «Proyecto Cerro Negro» y por las expropiaciones de sus inversiones en los «Proyectos Cerro Negro y La Ceiba»; desestimando las restantes reclamaciones.

En duodécimo lugar, el caso *Flughafen Zürich y Gestión e Ingeniería IDC, S.A. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/10/19) fue resuelto conforme al APPRI celebrado entre Suiza y Venezuela (firmado el 18-11-1993) y al APPRI celebrado entre Chile y Venezuela (firmado el 2-4-1993). Las demandantes alegaron que habían sufrido una expropiación ilícita, que sus inversiones no habían recibido un trato justo y equitativo y que habían sido sometidas a medidas arbitrarias y discriminatorias, constituyendo todo ello una violación de los dos APPRI antes citados. Asimismo, alegaron que Venezuela había incurrido en una denegación de justicia vulnerando el DI consuetudinario. En febrero de 2004 las demandantes firmaron un «Contrato de Alianza Estratégica» con la Gobernación del Estado de Nueva Esparta para la conservación, administración y aprovechamiento del Aeropuerto de Isla Margarita. En noviembre de ese año fue electo un nuevo Gobernador que revocó el Decreto por el que se había adjudicado la gestión del aeropuerto a las demandantes, dejando sin efecto el Contrato mencionado. Este hecho dio lugar a sucesivas controversias entre las partes ante los órganos judiciales y administrativos venezolanos hasta que, finalmente, se sometió a un arbitraje internacional sustanciado conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. En su Laudo de 18-11-2014, el tribunal, presidido por J. Fernández-Armesto (español) y formado por los árbitros H.C. Álvarez (canadiense) y R.E. Vinuesa (argentino), declaró que Venezuela expropió a las demandantes y que éstas sufrieron una denegación de justicia ante el Tribunal Supremo venezolano. Por ello, se condenó a Venezuela a pagar una indemnización de 19.428.261 dólares estadounidenses más intereses, repartida a partes iguales entre las demandantes.

En decimo tercer lugar, se analiza el caso *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* (caso CNUDMI, Laudo de 15-12-2014), resuelto a partir de la aplicación del Acuerdo para la Promoción, Protección y Garantía de Inversiones celebrado entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, en junio de 1981 y el Reglamento de la CNUDMI. En este litigio la demandante invocaba el incumplimiento de las obligaciones de proporcionar un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y no expropiación, como consecuencia de las medidas adoptadas por Indonesia para controlar las entidades bancarias vinculadas al inversor extranjero, que atravesaban una complicada situación financiera. Además, el tribunal arbitral, presidido por B. Cremades (español) y compuesto como árbitros por M. Hwang (singapurense) y F.S. Nariman (hindú), tuvo que resolver una contrademanda presentada por Indonesia que, finalmente, fue rechazada. El órgano arbitral afirmó su competencia para conocer sobre el litigio y concluyó que las medidas tomadas por Indonesia, consistentes en el procesamiento y condena del demandante ante la jurisdicción penal, eran contrarias a la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo al inversor extranjero.

Por último, se concluye esta crónica con el caso *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia* (nº 14902/04), sustanciado ante el TEDH, conforme al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (BOE, 10-10-1979) y sus Protocolos Adicionales y a las Reglas de Procedimiento de este Tribunal. En primer lugar, destaca la conexión existente entre este caso y los casos *Hulley Enterprises Ltd. (Chipre) c. Rusia* (Caso CPA nº AA226), *Yukos Universal Ltd. (Isla de Man) c. Rusia* (Caso CPA nº AA227) y *Veteran Petroleum Ltd (Chipre) c. Rusia* (caso CPA nº AA228), en los que Rusia alegó, como excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral, la cláusula «*fork-in-the road*» (artículo 26.3.b.i) del TCE, basándose en que la demandada había iniciado procedimientos jurisdiccionales ante distintas instancias internacionales sobre la misma pretensión y los mismos fundamentos, con lo que pretendía obtener una doble reparación. Dicha excepción fue rechazada por el tribunal arbitral. A su vez, el caso que se presenta tiene origen en un primer procedimiento ante el TEDH. En efecto, en una primera sentencia de 20-9-2011, el TEDH declaró que el procedimiento interno incoado contra la demandante por supuestos incumplimientos de sus obligaciones tributarias correspondientes al año 2000 se realizó en contravención del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo); que las sanciones pecuniarias impuestas por dichos incumplimientos correspondientes a 2000 y 2001 fueron ilícitas y contrarias al artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH (derecho a la propiedad) y que en la fase de ejecución de estas sanciones las autoridades nacionales no realizaron un balance justo entre el objetivo legítimo que se perseguía con aquellos procedimientos fiscales y las medidas ejecutorias adoptadas, violando así el artículo 1 del Protocolo antes citado. En el caso que aquí se analiza, la demandante, basándose en el artículo 41 del CEDH (satisfacción equitativa), reclamó una indemnización de 37.981.000.000 euros por los graves perjuicios económicos que le causaron aquellas medidas ejecutorias. En su Sentencia de 15-12-2014, el TEDH decidió, por unanimidad, que la declaración de violación del CEDH y de su Protocolo Adicional contenida en su primera sentencia constituía por sí una reparación por daños no pecuniarios; por cinco votos a dos, condenó a la demandada al pago de 1.866.104.634 euros por los daños económicos causados y a la suma de 300.000 euros a

pagar en un plazo de tres meses en concepto de costas, desestimando las restantes reclamaciones.

Al margen de estos precedents, con carácter general, interesa señalar que durante el año 2014 se han iniciado 35 arbitrajes de inversión ante el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias relativas a Inversiones (CIADI), además de tres arbitrajes que siguen las reglas del Mecanismo Complementario. Los Estados europeos son los que más demandas han recibido (19), seguidos de los africanos (10), americanos (7) y asiáticos (2).

Por su parte, siete procedimientos de anulación también han finalizado: *El Paso Energy International Company c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/15); *Impregilo c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/17); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (caso CIADI n° ARB/07/29); *Caratube International Oil Company LLP c. Kazajistán* (caso CIADI n° ARB/08/12); *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazajistán* (caso CIADI n° ARB/09/8); *Alapli Elektrik B.V. c. Turquía* (caso CIADI n° ARB/08/13); y *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/17).

Además, en el periodo analizado por esta crónica han finalizado 26 procedimientos de arbitraje. En otros seis casos más, los laudos dictados por los tribunales arbitrales penden de un recurso de anulación: *SAUR International c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/04/4); *Venezuela Holdings B.V. and others c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/27); *Adem Dogan c. Turkmenistán* (caso CIADI n° ARB/09/9); *H&H Enterprises Investments, Inc. c. Egipto* (caso CIADI n° ARB/09/15); *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. República Democrática del Congo* (caso CIADI n° ARB/10/4); y *Tulip Real Estate y Development Netherlands B.V. c. Turquía* (caso CIADI n° ARB/11/28).

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 *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia* (caso CNUDMI/CPA n° 2011-17), resolvió distintas objeciones a la jurisdicción del tribunal planteadas por el demandado.

En primer lugar, el demandado planteó si la acumulación o consolidación de distintas acciones puede permitirse ante la ausencia de consentimiento específico del demandado. En su argumentación, Bolivia alegó que el artículo IX del APPRI celebrado entre los

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

Estados Unidos de América y Bolivia y el artículo 8 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia no prevén el consentimiento de Bolivia para resolver, de manera conjunta, disputas entre inversionistas extranjeros y Bolivia, considerando que el Tribunal carece de jurisdicción «*ratione voluntatis*» para conocer la demanda arbitral. De igual forma, el demandado sostenía que el consentimiento de Bolivia no puede presumirse, pues el consentimiento de un Estado al arbitraje de inversión debe ser cierto y sin ambigüedad. Por último, señalaba que el Reglamento de la CNUDMI no autoriza a un tribunal a prescindir del consentimiento de un Estado, sino que confirma la necesidad del mismo en su artículo 17.5.

Por el contrario, las partes demandantes sostenían que el presente arbitraje plantea una situación diferente a la alegada por Bolivia. En efecto, no se trataba de la «consolidación» de dos arbitrajes separados en un único procedimiento, sino de la «acumulación», en un solo procedimiento, de reclamos efectuados por distintos demandantes conforme a tratados diferentes.

El tribunal analizó la objeción a su jurisdicción relativa a si la acumulación o consolidación de distintas acciones puede permitirse ante la ausencia de consentimiento específico:

«334. El Tribunal considera que la presentación por parte de las Demandantes de reclamos idénticos, basados en la supuesta violación de dos TBIs diferentes, en un solo procedimiento arbitral, no se encuentra sujeta al consentimiento específico calificado del Demandado.

335. No se disputa que, en el marco de los TBIs concluidos por Bolivia con el Reino Unido y con los Estados Unidos, el Demandado haya prestado su consentimiento al arbitraje de diferencias relativas a inversiones con inversionistas provenientes del Reino Unido y los Estados Unidos. En función de una práctica establecida en materia de tratados, este consentimiento se prestó mediante una oferta abierta de someter a arbitraje, contenida en el artículo 8 del TBI Reino Unido-Bolivia y en el artículo IX del TBI EE.UU.-Bolivia (...).

336. Las ofertas de arbitraje contenidas en los TBIs no estaban sujetas a ninguna condición o limitación de su alcance que impidiera que las dos Demandantes presentaran un único caso de arbitraje conjunto contra el Demandado. Tampoco estaban sujetas a la condición de que las demandantes en el contexto de un procedimiento arbitral debieran basar sus reclamos en un solo TBI. Cada una de las Demandantes aceptó la oferta de arbitraje conforme a los términos precisos en las que fueron otorgadas por el Demandado, notablemente, en función del consentimiento prestado por el Demandado en virtud del cual las disputas relativas a la aplicación de los Tratados habían de ser resueltas mediante recurso a arbitraje.

337. Por lo tanto, no podemos interpretar los Tratados –utilizando las conocidas reglas de interpretación de los tratados contenidas en el artículo 31 de la CVDT– como incluyendo alguna limitación de alcance que impidiera a una demandante a presentar un reclamo arbitral junto con otra demandante cuando ambas demandas se basan en los mismos supuestos de hecho y en las mismas supuestas violaciones, aunque incoados con base en TBIs distintos, siempre que cada demandante preste su propio consentimiento acordado e independiente al arbitraje.

(...)

339. Por otro lado, en los casos de consolidación de procedimientos, el acuerdo de voluntades con respecto a cada uno de los arbitrajes ya ha tenido lugar. Así, la jurisprudencia y la doctrina sostienen –como ambas Partes del presente procedimiento también han confirmado– que se necesita el consentimiento de todas las partes involucradas a fin de permitir la fusión de los dos arbitrajes en uno. El Tribunal opina que, de este modo, no puede establecerse analogía válida alguna entre el presente caso y los casos de consolidación de procedimientos.

340. En consecuencia, el Tribunal considera que si bien hubiera sido posible que las Demandantes iniciaran procedimientos arbitrales separados –dado el nexo evidente entre ambas Demandantes y la identidad de los hechos alegados– nada les impide decidir presentar un único caso de arbitraje conjuntamente, aunque invocando distintos TBIs.

341. El Tribunal no está de acuerdo con la interpretación del Demandado del silencio de los Tratados con respecto a la posibilidad del arbitraje de múltiples partes. Desde la perspectiva del Tribunal, este no es un caso en el que la jurisdicción se otorgue sin el consentimiento expreso de las partes. Por el contrario, el consentimiento prestado por el Demandado es expreso y está destinado a controversias que involucran a inversionistas provenientes de cada uno de esos dos Estados. Las partes de los Tratados podrían haber limitado dicho consentimiento y, por consiguiente, la jurisdicción del Tribunal, pero no lo hicieron. En el caso que nos ocupa, el Tribunal considera que el silencio de los Tratados en cuanto a la posibilidad expresa de la acumulación de arbitrajes es contrario al punto de vista del Demandado, dado que no puede utilizarse el silencio para limitar el alcance del consentimiento prestado.

342. En definitiva, el argumento según el cual cada uno de los TBIs debe contener un consentimiento específico respecto de la posibilidad de acumular distintos reclamos en un mismo procedimiento arbitral va demasiado lejos. Si tal consentimiento fuese necesario, sería imposible aceptar, como el Demandado ha argumentado, que todos los arbitrajes anteriores de múltiples partes que fueron autorizados a proceder, se hayan basado en el consentimiento tácito de los Estados demandados que surgía de la ausencia de objeciones jurisdiccionales sobre este aspecto.

343. El Tribunal coincide plenamente con la opinión manifestada por el tribunal del caso *Ambiente Ufficio c. Argentina*, que resolvió que “*resulta evidente que el arbitraje de múltiples partes constituye una práctica generalmente aceptada en el arbitraje CIADI, y en la práctica arbitral en lo que excede, y que, por lo tanto, la iniciación de procedimientos de múltiples partes no requiere consentimiento alguno de parte del Gobierno demandado independientemente de los requisitos generales de consentimiento al arbitraje*”.

De este modo, el tribunal concluyó que el demandado prestó su consentimiento a la jurisdicción del presente tribunal para conocer de los reclamos planteados conjuntamente por *Guaracachi America, Inc.* y *Rurelec*, conforme al artículo IX del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Bolivia y al artículo 8 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia.

Asimismo, el tribunal procedió a examinar la objeción a su jurisdicción planteada por el demandado relativa a la presentación de «Nuevos Reclamos» no amparados por los tratados de inversión referidos. Según el demandado, las demandantes presentaron «Nuevos Reclamos» no incluidos en la notificación de la controversia ni en la notificación de arbitraje. Bolivia sostenía que no se habían satisfecho dos requisitos jurisdiccionales previos al arbitraje dispuestos en el artículo 8 del APPRI celebrado

entre el Reino Unido y Bolivia, a saber: 1) la notificación previa a Bolivia de dichos reclamos, y 2) el período de negociación previa (*cooling-off-period*) dispuesto en los tratados para la posible resolución amistosa de la controversia. Para las demandantes, en cambio, no se había incumplido ninguna disposición de los APPRI en atención a los siguientes argumentos: 1) el APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Bolivia no requiere una notificación previa de la controversia; 2) el período de consultas amistosas previsto en el artículo 8 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia es una cuestión de tipo procesal y no jurisdiccional, de acuerdo con la jurisprudencia relevante; y 3) en todo caso, las demandantes sí cumplieron la obligación de notificación y consultas previas, pues todos los «Nuevos Reclamos» se refieren a la nacionalización notificada.

En su análisis el tribunal observó que el artículo 8 del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Bolivia contenía efectivamente una cláusula tradicional sobre período de negociación previa. En las circunstancias del caso afirmó que las demandantes tenían conocimiento absoluto de dicha cláusula y no habría sido difícil cumplir con el período de negociación previa, al margen de que los efectos prácticos de la misma habrían sido, en última instancia, inútiles. En este sentido, el tribunal consideró que los «Nuevos Reclamos» eran diferentes y separados del «reclamo principal» de compensación por la nacionalización de *Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.*:

«388. La redacción explícita, que exige una notificación escrita y el vencimiento de un período de seis meses desde esa notificación, lleva al Tribunal a considerar que el “período de negociación previa” limita el consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional.

389. No le corresponde al Tribunal evaluar la importancia o el efecto de dicha condición, sino simplemente reconocer que fue acordada por las dos Partes Contratantes como condición suspensiva a la disponibilidad de un tribunal arbitral que es, y debe ser, basada en el consentimiento. La verdad es que las Partes Contratantes solo prestaron su consentimiento al arbitraje sujeto a la existencia de una *notificación escrita de un reclamo* y sujeto al transcurso de seis meses entre dicha notificación y cualquier solicitud de arbitraje.

390. Por consiguiente, el Tribunal concluye que, al menos en este caso, el “período de negociación previa” constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal *rationae voluntatis*, dado que no corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión de la controversia ni cuándo hacerlo, igual que no corresponde a dicha demandante decidir cuánto tiempo deben esperar antes de presentar una solicitud de arbitraje.

391. El Tribunal concuerda con el Demandado que no se cursó ninguna notificación explícita relacionada con los denominados “Nuevos Reclamos” y que, por lo tanto, se incumplió con el período de negociación previa (...). En particular, en su Notificación de Arbitraje, la Demandante señala que los períodos de espera aplicables establecidos en los Tratados ya habían transcurrido y que, “[e]n consecuencia, la Controversia se somete válidamente a arbitraje bajo los auspicios del Reglamento CNUDMI de conformidad con el artículo IX.3 (iii) del Tratado con los Estados Unidos y el último párrafo del artículo 8(2) del Tratado con el Reino Unido” [énfasis del Tribunal].

392. Es irrelevante para la presente cuestión si la Demandante, o incluso este Tribunal, pudiera prever que no ocurriría nada durante ese período de seis meses, y que el Demandado no reaccionaría ante la notificación y aprovecharía la oportunidad de negociar una solución. La cláusula del período de negociación previa (“*cooling-off period*”) establece una obligación de medios, no de resultados. Todas las cláusulas del TBI deben cumplirse por igual y, si las Partes Contratantes prestaron su consentimiento sujeto a esas condiciones, Rurelec solo podía aceptar la oferta de arbitraje tal como se presentó y no como le hubiera gustado recibirla. Es por eso que el Tribunal no cree necesario extenderse más sobre cómo habría actuado el Demandado si se le hubiera notificado debidamente».

La Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad en el caso *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/8), tuvo como objeto analizar las distintas objeciones preliminares a la jurisdicción del CIADI presentadas por la demandada en virtud del APPRI celebrado entre Argentina e Italia.

Entre el aluvión de objeciones preliminares planteadas por la demandada, el tribunal abordó en primer lugar la más fundamental, esto es, si el Convenio CIADI puede servir de sustento para el arbitraje de múltiples partes o si, por el contrario, se requieren cláusulas de consentimiento especiales y reglas especiales para que el Convenio CIADI brinde un apoyo adecuado a un procedimiento arbitral masivo. En defensa de su posición la demandada argumentó que se trata de una «acción colectiva» a través de la cual 180 demandantes no relacionados entre sí pretenden someter a arbitraje sus reclamos, de forma conjunta, contra un Estado en un único procedimiento arbitral ante el CIADI. Esta acción conjunta carecería de precedentes, toda vez que los Estados partes del Convenio CIADI no prestaron consentimiento a la jurisdicción sobre «acciones colectivas». Tampoco el APPRI celebrado entre Argentina e Italia prevé estándares para regir procedimientos «colectivos», lo que no puede ser interpretado en el sentido de que los permite de forma tácita. Por lo tanto, aceptar la jurisdicción sobre estos reclamos implicaba, según la demandada, ignorar de modo manifiesto los límites jurisdiccionales impuestos por el Convenio CIADI y el consentimiento prestado por Argentina.

Tal y como resaltó el tribunal, diversos tribunales del CIADI habían abordado la cuestión del arbitraje con múltiples partes –en particular, en los casos *Abaclat y Ambiente Ufficio*–, si bien los codemandantes tenían intereses diferentes en el mismo instrumento de inversión:

«265. [...] En lo que se refiere a la importancia del hecho de que ni el Convenio CIADI ni el TBI aborden expresamente situaciones de este tipo, el tribunal sostiene que, en los principios normales de interpretación de tratados, la utilización en cada uno de estos instrumentos de tratado del término “inversor”, en singular, no debería considerarse que excluya el plural, menos aún porque esto nunca ha sido interpretado de esa manera por tribunales anteriores del CIADI y porque el Artículo 8 del TBI efectivamente utiliza el término en su versión plural en dos ocasiones. Refuerza esta conclusión reuniendo pruebas de que (al menos de manera rudimentaria) se conocía el procedimiento de múltiples partes al momento en que el Convenio estaba en discusión, y mediante el argumento de que en cualquier caso ambos Estados debían saber de la existencia del procedimiento de múltiples partes cuando negociaron posteriormente el TBI, como lo confirma un gran número de arbitrajes del CIADI que involucran a múltiples partes, en ocasiones más de 100 partes, y por el hecho de que en la mayoría de ellos no se había planteado objeción alguna a ese

respecto, aunque, en unos pocos casos en los cuales se había planteado una objeción, el tribunal no la había admitido. Se refiere en este sentido específicamente a los casos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida del Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N.º ARB/81/2), *Goetz c. Burundi*, *Bayview c. México*, *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica* (Caso CIADI N.º ARB/(AF)/07/3), y *Canadian Cattlemen*, aunque observando al mismo tiempo que, en efecto, en ninguno de estos casos el tribunal se declaró competente (aunque siempre por razones distintas a la cuestión que nos ocupa); sin embargo había ocurrido lo contrario en el caso *Funnekotter c. Zimbabwe*, que involucró a 14 demandantes separados, donde el tribunal había investigado su propia jurisdicción *proprio motu* y la confirmó.

(...)

268. En cuanto a la pregunta relacionada del consentimiento necesario por parte del Estado demandado, el Tribunal no queda impresionado por ninguno de los dos argumentos en contrario: que un arbitraje de múltiples partes sólo puede ser incoado cuando haya habido un segundo consentimiento especial a ese fin; o (a la inversa) que el consentimiento específico de las partes (o de la demandada) no sea de relevancia especial, en el contexto particular de un arbitraje de múltiples partes, para el establecimiento de la jurisdicción del tribunal.

269. Puede concebirse que el primero de estos dos argumentos (la necesidad de un segundo consentimiento especial) derive del marco del Convenio CIADI o que sea relativo al tratado de inversión u otro instrumento o instrumentos que establezcan el consentimiento específico de las partes para el arbitraje. La inferencia que hace el Tribunal de la forma en la cual el argumento es planteado por sus proponentes en este procedimiento es que se ajusta más naturalmente al Convenio CIADI. Sin embargo, aun así, el Tribunal no llega a comprender su esencia jurídica: si un procedimiento particular, en razón de su naturaleza, no cae dentro del sistema establecido por el Convenio CIADI, por definición no podría ser incoado dentro de ese sistema mediante un consentimiento adicional otorgado a tal fin por uno de los Estados Parte del Convenio, ya sea por sí o conjuntamente con un inversor o grupo de inversores de otro Estado Parte. El derecho de los tratados no lo permitiría, y el Convenio CIADI, refiriéndose como lo hace en su Artículo 25 al “consentimiento por escrito” y “consentimiento” no establece en ningún lugar un proceso organizado por el cual algunos tipos de consentimiento deban ser establecidos de manera diferente a otros. Si, a la inversa, el argumento se ajusta al consentimiento coincidente específico de las partes al arbitraje, entonces parece evidente para el Tribunal que no existe una cuestión separada; la cuestión simplemente se incorpora a la determinación normal del consentimiento de las partes que constituye el fundamento de todo arbitraje. Las acciones de las partes establecen el “consentimiento por escrito” o no lo establecen; el consentimiento no se vuelve más válido por haber sido otorgado dos veces, como tampoco es menos válido por haber sido otorgado sólo una. Por lo tanto, en un caso en virtud de un TBI, donde está en cuestión el consentimiento del Estado demandado, la pregunta que debe considerarse sigue siendo simplemente: ¿en la interpretación correcta del TBI, la demandada ha otorgado o no un consentimiento suficientemente amplio en alcance como para cubrir el procedimiento incoado (como en el caso que nos ocupa) por el grupo múltiple de co-demandantes?

270. [...] En la opinión del Tribunal, esto significa que la pregunta que se debe responder en este caso es: ¿debe entenderse que las palabras “diferencias que surjan directamente de una inversión, entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante” tal como están expresadas en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI significan “controversia entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, pero sólo uno”? [...]

271. [...] El Tribunal no observa fundamento razonable alguno para implicar en el texto del Artículo 25(1) tal como está, las palabras adicionales “pero sólo uno”. Naturalmente el

Tribunal tiene conocimiento de que la cuestión de las controversias que involucran a más de dos partes se planteó en un momento en una reunión regional durante el proceso de redacción del Convenio pero no fue reflejada en los términos del texto. Tiene asimismo conocimiento de pruebas anecdóticas de un empleado anterior del Banco Mundial de que en un momento se consideró la posibilidad de los reclamos colectivos pero no se prosiguió y que en una reunión del Consejo Administrativo el 29 de septiembre de 1969 el Secretario General llamó la atención con respecto a la conveniencia de desarrollar reglas y reglamentaciones para regir a las controversias de múltiples partes que puedan incoarse ante el Centro. El segundo de estos ítems no puede calificar en modo alguno como “trabajo preparatorio”, a los fines del Artículo 32 de la Convención de Viena, pero en cualquier caso, ninguno de los puntos es suficientemente decisivo para servir el fin particular establecido en el Artículo 32(a). Por lo tanto el Tribunal llega a la conclusión de que no existe nada en el contexto – tampoco en los materiales adicionales o complementarios descriptos en la Convención de Viena – para avalar la importación en el texto del Artículo 25(1) la frase adicional mencionada *supra*. [...]».

El tribunal descartó que fuera necesario algún tipo de consentimiento especial en el arbitraje en razón de la naturaleza supuestamente «masiva» de los reclamos.

En segundo lugar, el tribunal analizó la excepción relativa a que los demandantes no habían autorizado el procedimiento y, por lo tanto, no habían otorgado válidamente su consentimiento al arbitraje:

«277. [...] el Tribunal comparte la opinión concordante de los tribunales de *Abaclat y Ambiente Ufficio* de que no existe nada en los términos del Convenio y las Reglas del CIADI, ni tampoco en la intención evidente que subyace a esos términos, que sometería al otorgamiento del consentimiento del demandante al arbitraje o a la capacidad de la representación de comparecer ante un tribunal del CIADI a las reglas técnicas de cualquier sistema de legislación nacional. Tampoco, el propio Convenio ni las Reglas de Iniciación establecen requisito técnico alguno, más allá del requisito de que el consentimiento sea por escrito [...]».

Por las razones expuestas, el tribunal resolvió rechazar la excepción preliminar fundada en la ausencia de consentimiento válido por parte de los demandantes.

A continuación también se planteó la cuestión del consentimiento específico de la demandada al arbitraje. En relación con este consentimiento en particular, Argentina alegó que la oferta permanente al arbitraje contenida en el artículo 8 del APPRI celebrado entre Argentina e Italia no se extendía a las circunstancias del caso. Argentina afirmó que siempre que los tribunales arbitrales habían aceptado múltiples reclamaciones, esto se había producido sobre la base del consentimiento expreso de la parte demandada *in casu*. Por el contrario, las demandantes invocaban el hecho de que el artículo 8.3 del APPRI abarcara «toda controversia» y sostenían que lo relevante es que todos los demandantes pretendían la misma reparación por la misma ilegalidad con los mismos fundamentos de hecho y de derecho. También rechazaban que fuese necesario un consentimiento específico, puesto que dicho argumento introducía un requisito jurisdiccional adicional que no se recogía ni en el Convenio CIADI ni en la jurisprudencia arbitral.

En ausencia de una disposición en materia de acumulación de reclamaciones, el tribunal arbitral abordó la cuestión del consentimiento al arbitraje. Luego de haber advertido que hay sólo un único procedimiento iniciado en contra de la misma demandada por un grupo múltiple de demandantes, señaló lo siguiente:

«284. (...) Si, de todos modos, la acumulación, o alternativamente consolidación, no fuera admisible como medida unilateral por un grupo de demandantes en arbitrajes separados pero paralelos, surge inevitablemente la siguiente interrogante: ¿de qué manera es la posición diferente si la agrupación se lleva a cabo de antemano, es decir, en la etapa de inicio del procedimiento de arbitraje a iniciativa unilateral de un número de demandantes individuales? En opinión del Tribunal, la respuesta radica (...) en el principio fundamental del consentimiento que subyace a toda la institución del arbitraje. Esto no significa, sin embargo, que el consentimiento deba entenderse de una manera simplista o mecánica; el consentimiento se puede manifestar de muchas maneras, y se puede determinar por diversos medios. Es común, por ejemplo, en el derecho de los tratados –que se basa igualmente en el principio fundamental del consentimiento– que la prestación del consentimiento no se limita a algún proceso formal único al momento de la adhesión a un tratado, sino que el mutuo acuerdo válido puede interpretarse a partir de otras fuentes, incluidos la acquiescencia y los hechos posteriores a la celebración del tratado; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados está repleta de situaciones en las que el consentimiento necesario o el mutuo acuerdo “conste de otro modo” [...].

285. Estos principios básicos se aplican con la misma bondad, en opinión del Tribunal, a la situación legal que precede al inicio de los procedimientos arbitrales que a la situación que los sucede. Por ello, el Tribunal no puede aceptar las alegaciones de los Demandantes según las cuales el consentimiento de la demandada no es de relevancia fundamental en aquellos casos anteriores en los que los arbitrajes han procedido sobre la base de múltiples partes; ni tampoco considera que el tribunal de *Ambiente Ufficio* haya prestado suficiente atención al asunto. A criterio del Tribunal, hay tres series de circunstancias en las que el arbitraje es posible con múltiples partes. Una de ellas sucede (hipotéticamente) cuando se la contempla específicamente, por ejemplo, en una serie de reglas de arbitraje o en un tratado aplicable, o en otro instrumento que establezca el consentimiento de las partes al arbitraje, como por ejemplo el Capítulo XI del TLCAN y varios tratados posteriores que contienen una disposición específica según la cual un “tribunal de acumulación” podrá ordenar que las reclamaciones se consoliden con otras sobre la base de que hay cuestiones en común de hecho o de derecho. Otra de ellas sucede cuando se recibe la aprobación particular de ambas partes *ad casum*. Esta aprobación podría ser expresa, por ejemplo, en el marco de los arreglos procesales formulados por el tribunal al inicio del arbitraje, o se podría inferir, por ejemplo, a partir de la contestación de la demandada a la demanda de los demandantes y de la continuación con el arbitraje sin plantear excepciones al hecho de que existe una pluralidad de demandantes. Esta segunda posibilidad ha sido la más común en la práctica [...].

286. No obstante, entre esas dos clases de casos radica una tercera clase. Este es el caso en el que se afirma que se puede interpretar adecuadamente, sobre la base de los hechos particulares del caso, que el instrumento que establece el arbitraje o el consentimiento de la Demandada para el arbitraje abarca la pluralidad particular de los demandantes dentro de ese consentimiento. Esta es la situación que se le plantea al Tribunal en este caso, y requiere que el Tribunal analice el Artículo 8 del TBI y lo aplique a los hechos específicos del presente caso».

El tribunal resolvió esta cuestión afirmando que un número de demandantes individuales puede tener la iniciativa unilateral de plantear sus reclamos en forma

conjunta, siempre que exista una «única controversia» entre los demandantes y la parte demandada:

«292. En la búsqueda, por lo tanto, de un elemento que defina de manera más satisfactoria el vínculo que debe existir entre un grupo de demandantes y sus reclamos, en ausencia de consentimiento por parte de la demandada para la tramitación de los reclamos en conjunto, el Tribunal ha llegado a la conclusión que la respuesta radica en el concepto de “controversia”. Para volver a lo básico, la jurisdicción creada por el Artículo 25(1) del Convenio CIADI “se extenderá” (que en el contexto significa que se limitará) “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”. Los tribunales del CIADI siempre han tratado a este requisito con importancia deliberada. Han examinado si las partes están de hecho en controversia; si se trata de una controversia de naturaleza jurídica; si la controversia surge de una inversión; y si surge “directamente” de una inversión (...). El texto del Artículo 25(1), sin embargo, contiene una condición adicional que puede no ser tan obvia, a saber, que debe ser “la” diferencia. El enfoque en “la” diferencia continúa tanto en las Reglas de Iniciación del CIADI (Artículo 2), como en las Reglas de Arbitraje del CIADI (Regla 1). Existe una coincidencia total con los términos de la cláusula de resolución de controversias en el artículo 8 del TBI, en virtud del cual la Demandada hizo su oferta permanente de arbitraje, que se refiere de forma secuencial a “toda controversia”, “la controversia” y “una controversia”. La intención y el efecto son evidentes. Estas cláusulas de tratados proporcionan un mecanismo para la solución de conflictos individuales; no (en ausencia de un acuerdo especial a tal efecto o para la acumulación) proporcionan un mecanismo para la solución conjunta de una colección de disputas distintas. Esto sin embargo no significa que se deba dar un sentido acotado o demasiado técnico al concepto de “controversia”. El Tribunal ya ha indicado que es perfectamente posible, en su opinión, que “una controversia” tenga más de una parte del lado demandante. Sin embargo, el interés representado en cada lado de la controversia debe ser idéntico en todos los aspectos esenciales para todos los involucrados en ese lado de la controversia. Hasta el presente, en la mayoría de los casos esa cuestión se ha resuelto prácticamente sola [...]».

La búsqueda por parte del tribunal de la existencia de una única controversia resulta una solución interesante, teniendo en cuenta lo siguiente: 1) la ausencia de una cláusula de consentimiento especial y de reglas y procedimientos especiales en materia de arbitrajes CIADI de múltiples partes; 2) la ausencia de una disposición en materia de acumulación en el APPRI; y 3) los preceptos fundamentales del arbitraje CIADI (a saber, igualdad de armas y oportunidad plena de defender su propia postura). En el supuesto de que el tribunal determinase que existía una controversia semejante, habría consentimiento al arbitraje de múltiples partes. A tal efecto, el tribunal afirmó que:

«293. [...] sin embargo, (...) esta cuestión jurisdiccional está tan íntimamente relacionada con el desacuerdo sustancial entre las Partes, tanto de hecho como de derecho, que se la debe unir al fondo de la controversia. El Tribunal así lo decide, de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio y el Artículo 41(4) de las Reglas de Arbitraje».

Otra de las excepciones a la jurisdicción planteadas se refiere al incumplimiento de las condiciones procesales establecidas en el APPRI como paso previo al arbitraje. Argentina alegó que la oferta de arbitraje permanente contenida en el artículo 8.3 del APPRI establecía un sistema de solución de controversias organizado en varios niveles, según un orden secuencial, que comienza con consultas amistosas, continuando a través del recurso a las autoridades administrativas o judiciales del Estado receptor, y

finalmente con la posibilidad de arbitraje internacional, pero sólo en el caso que hayan transcurrido 18 meses desde la notificación del recurso local. En su opinión, las demandantes habrían procedido de manera inadmisibles, al presentar una demanda arbitral sin atravesar las fases anteriores. Este sería la interpretación que la jurisprudencia otorgada a este tipo de cláusulas en los APPRI, como puso de relieve la decisión del tribunal en el caso *Wintershall c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/04/14) que sostuvo que las disposiciones «interdependientes e interrelacionadas» sobre solución de controversias del APPRI celebrado entre Argentina y Alemania estaban íntimamente relacionadas a aquellas del APPRI celebrado entre Argentina e Italia.

Por el contrario, las demandantes admitieron que no habían intentado atravesar las distintas etapas previas al arbitraje. En relación con la primera etapa, referida a las consultas amistosas, porque habrían resultado inútiles y, después de la sanción de la Ley Cerrojo, fueron excluidas por la demandada; en relación con el recurso a los tribunales locales no había ninguna perspectiva realista de resarcimiento –citando, en particular, el «caso *Galli*» ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina– a partir de un procedimiento administrativo o judicial en dicho país y, en cualquier caso, nunca dentro del plazo de 18 meses. En el «caso *Galli*» la Corte Suprema Argentina declaró que la restructuración de la deuda nacional se encontraba dentro del ámbito de competencia del poder político, al que el poder judicial se debía adherir, siempre y cuando las medidas de las autoridades argentinas fueran razonables y no discriminatorias. Además, mediante el recurso a la «cláusula NMF» contenida en el artículo 3 del APPRI, pretendía invocar el beneficio de la cláusula de solución de controversias incluida en el APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América, que no prevé requisito alguno de recurrir ante los tribunales locales. Por el contrario, Argentina negó la aplicabilidad de la «cláusula de NMF» a las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado del APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América, pues constituía un «sistema diferente de arbitraje» en comparación con el APPRI celebrado entre Argentina e Italia.

El tribunal afirmó que el derecho de los inversores italianos de someter una controversia con Argentina a arbitraje, con arreglo al Artículo 8.3 del APPRI, es el resultado de un acuerdo entre ambos Estados que condiciona el recurso al arbitraje del CIADI. En función de dicho acuerdo recíproco, el tribunal resolvió lo siguiente:

«306. [...] El Tribunal no encuentra justificación alguna para modificar o dejar sin efecto alguno de los elementos de su consentimiento a arbitraje que las Partes Contratantes han expresado en el TBI, ni considera que ha recibido un mandato para hacerlo en el Convenio CIADI o en el TBI. No obstante, esto es lo que el tribunal de *Abaclat* parece haber procedido a hacer. También es lo que los Demandantes efectivamente le están pidiendo a este Tribunal cuando argumentan que, cuando el Artículo 8(2) del TBI dice que una controversia “podrá” ser sometida a una jurisdicción local competente, esto significa sólo que ese representa un posible curso de acción al igual que otros. Esta línea argumental no le parece convincente al Tribunal. Toda la estructura del Artículo 8 está en su contra; el Tribunal acepta el argumento planteado por la Demandada según el cual el Artículo 8 estaba claramente destinado a establecer una secuencia de pasos estructurada que derivara finalmente en el arbitraje. El Tribunal no puede atribuirle ningún otro significado a las palabras que aparecen al comienzo del Artículo 8(3) e inmediatamente antes del

consentimiento a arbitraje: “Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación, etc., etc.”. El Tribunal resalta que las Partes Contratantes emplean precisamente la misma frase, “podrá ser sometida a” en el Artículo 8(3) a efectos del propio consentimiento a arbitraje (...). El Tribunal no tiene dudas de que el Artículo 8(3) es la disposición controlante y que su significado, en contexto, es el siguiente: “una vez que esta condición se cumpla con respecto a una controversia en particular, será posible desde un punto de vista jurídico que el inversor someta la controversia a arbitraje internacional».

Asimismo, los demandantes argumentaron, en primer lugar, que no había ninguna posibilidad realista de resolver la controversia mediante consultas amistosas a la luz de las políticas adoptadas por el gobierno argentino y del efecto jurídico de la «Ley Cerrojo»; y, en segundo lugar, que tampoco existía una posibilidad realista de obtener un recurso eficaz de los tribunales locales teniendo en cuenta sus decisiones previas. Sobre esta cuestión el tribunal resolvió de la siguiente manera:

«315. Al enfrentarse a argumentos similares, o, de hecho, idénticos, los tribunales de los casos *Abaclat* y *Ambiente Ufficio* abordaron la cuestión del siguiente modo. El tribunal de *Abaclat* trató los debates que habían tenido lugar con anterioridad a 2005 entre las autoridades argentinas y Task Force Argentina (“TFA”) como si efectivamente comprendieran los derechos de todos los tenedores de bonos italianos, sea que los demandantes particulares en el arbitraje fueran o no parte en el mandato formal de TFA. Sobre la base de dicho fundamento, resolvió que Argentina no podía invocar el hecho de que los demandantes ante él no hubieran realizado consultas con arreglo al Artículo 8(1). En cuanto al requisito de recurrir a los tribunales locales de conformidad con el Artículo 8(2), además de las diversas consideraciones adicionales que carecen de relevancia en el caso que nos ocupa, el tribunal llegó a la conclusión de que las acciones interpuestas ante los tribunales de Argentina estaban condenadas al fracaso a la luz de los términos de la Legislación de Emergencia” [...].

Con respecto a la cuestión del recurso previo a los tribunales locales, el tribunal cita el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Protección Diplomática de 2006 como prueba de una regla general según la cual los requisitos de este tipo se tratan en el derecho internacional como si estuvieran sujetos a una excepción de inutilidad. El tribunal encuentra un sólido paralelo estructural entre la cláusula típica que aparece en las disposiciones en materia de resolución de controversias de los tratados de inversión y las disposiciones tendientes al agotamiento de los recursos locales en que ambas fueron diseñadas para permitir que el sistema jurídico local corrija un posible incumplimiento antes de que la responsabilidad legal internacional del Estado se vea comprometida; la diferencia importante entre ambas radica en la existencia de un plazo en el primer caso, mientras que el segundo, por lo común, no contiene ninguno, pero el tribunal concluye que el plazo sirve exclusivamente para reforzar el argumento en sustento de la aplicación de una excepción de inutilidad habitual. Al combinar esto con los hechos del caso e invocar, una vez más, el estándar enunciado por la CDI, el tribunal se niega a aplicar como criterio tanto la molestia y el gasto en que se pondría a un demandante como la probabilidad real de que se dicte sentencia dentro del plazo de 18 meses fijado en el Artículo 8(3), pero concentra su atención en la principal cuestión de importancia, a saber, si el recurso a los tribunales argentinos les habría ofrecido a los demandantes una posibilidad razonable de resarcimiento eficaz. Su conclusión de que, dadas las circunstancias, dicha posibilidad no habría existido se basa en la decisión adoptada en el marco del caso *Galli* así como en la resolución adicional de la Corte Suprema en el caso *Brunicardi* según la cual la responsabilidad internacional se ve impedida en el derecho internacional cuando un Estado suspende o modifica el pago de la deuda externa por razones de necesidad financiera.

316. Este Tribunal comparte el análisis y las conclusiones del tribunal del caso *Ambiente Ufficio*. Si bien encuentra una leve incongruencia entre los fragmentos extraídos de la Comisión de Derecho Internacional invocados y el estándar efectivamente aplicado por el tribunal, considera que el criterio aplicado por el tribunal es el correcto y, en realidad, el único importante. En las circunstancias particulares, el efecto de la Ley N° 26.017 interpretada y aplicada en el contexto del caso *Galli* demuestra que (en los términos de la CDI) el sistema judicial argentino no “tiene la capacidad necesaria para ofrecer un resarcimiento eficaz”, con la consecuencia de que “un resultado exitoso [no] es probable o posible”; [...].

317. Por lo tanto, por las razones expuestas *supra*, el Tribunal concluye que los Demandantes han cumplido con la carga de demostrar que el intento de proceder a consultas amistosas con las autoridades argentinas o de interponer una acción ante los tribunales argentinos no habría logrado ningún propósito importante. En consecuencia, resuelve que el hecho de que los Demandantes no hayan procedido a hacerlo, como bien admiten, no actúa como impedimento jurisdiccional para que inicien un arbitraje CIADI. En vista de ello, no es necesario que el Tribunal siga considerando el reclamo subsidiario de los Demandantes a fin de invocar la cláusula de nación más favorecida contenida en el Artículo 3 del TBI (...).

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

El Laudo dictado en el caso *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/17) resolvió diversas excepciones a la jurisdicción del tribunal planteadas por Perú.

La primera de estas excepciones a la jurisdicción se refería a que la demandante no era una «inversionista» protegida por APPRI celebrado entre Perú y Francia, al entender que sólo recibió una participación minoritaria e indirecta –y de manera gratuita– en el banco intervenido (*BNM*) por el organismo regulador nacional de Perú. Por su parte, la demandante señaló que no había ninguna disposición –ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI– que exigiera que únicamente el inversionista que realizaba la inversión inicial fuera el único que pudiera activar el mecanismo de solución de controversias previsto en el APPRI en defensa de su inversión. Sobre la primera excepción, el tribunal expresó que:

«143. A juicio del Tribunal, la Demandante acreditó su nacionalidad francesa y, contrariamente a lo alegado por la Demandada, el hecho de que la Demandante tenga otras nacionalidades no le impide reclamar la protección del APPRI.

144. (...) Varios Tribunales Arbitrales han señalado de manera reiterada que los inversionistas que tengan una participación indirecta, incluso minoritaria, pueden exigir, basados en el Convenio CIADI, la protección de los derechos que les confiere un tratado de inversión. Adicionalmente, el Tribunal destaca que el artículo 1 del APPRI es muy claro al definir el concepto de inversión y al afirmar que comprende, entre otras, las acciones “sean minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes”».

En este mismo orden de cosas, Perú alegó que la participación indirecta de la demandante en el banco intervenido no tenía la condición de «inversión» según el

APPRI. Perú sostuvo que el APPRI requería que la demandante fuera propietaria de un bien con algún valor, a fin de tener una inversión. La demandante recibió su participación en la sociedad sin contraprestación de su parte, pues el banco intervenido carecía de valor de mercado. Por el contrario, la demandante argumentó que el APPRI no establece requisito o limitación alguna en el sentido de que el inversionista inicial tenga que ser necesariamente el demandante ante el CIADI; y resulta válido ceder los derechos sobre una inversión, lo que incluye la facultad de presentar una demanda arbitral por los daños sufridos por el inversionista inicial y cedente de las acciones. Sobre esta excepción, el tribunal señaló lo siguiente:

«146. [...] Este Tribunal considera que el valor monetario de las cesiones de derechos y los endosos de acciones no afecta la condición de la inversión inicial. Así fue reconocido por el Tribunal Arbitral del caso *Pey Casado c. la República de Chile*. A la luz de los párrafos precedentes, el Tribunal rechazará el primer argumento sobre jurisdicción planteado por Perú».

El segundo argumento planteado por Perú se refería al hecho de que la participación adquirida por la demandante no debía ser considerada como una inversión según el APPRI ya que, a fecha de 12-6-2005, el banco intervenido carecía de valor, confirmándose su insolvencia el mismo día de su intervención. Sobre este argumento el tribunal del CIADI resolvió como sigue:

«148. Es evidente que la Demandante adquirió sus derechos y acciones en forma gratuita. Sin embargo, eso no significa que las personas de las que adquirió esas acciones y derechos no hubieran hecho anteriormente inversiones muy considerables cuya titularidad le fue transmitida a la Demandante mediante instrumentos legales perfectamente legítimos. El hecho de que, desde el 5 de diciembre del 2000, el BNM fuera insolvente, no significa *per se* que la inversión hecha por sus antecesores y adquirida válidamente por la Demandante careciera de valor. La determinación de ese extremo es una de las cuestiones sobre las que versa este proceso y que se resuelven en este Laudo.

(...)

150. A juicio del Tribunal, el BNM fue una inversión hecha conforme a la legislación peruana sobre materia bancaria, como establece la Resolución N.º 818-91 del 20 de diciembre de 1991, mediante la cual la SBS autorizó las operaciones del BNM. Además, el APPRI entró en vigencia el 30 de mayo de 1996, por lo que se cumplen las condiciones establecidas en la primera parte de su artículo 1. Por lo anterior, el Tribunal también rechazará el segundo argumento de Perú sobre jurisdicción».

En su tercer argumento Perú alegó que la participación de la demandante en el banco intervenido no era una «inversión» según el Convenio CIADI. Perú afirmó que, con base en el caso *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Marruecos* (caso CIADI nº ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción de 23-7-2001), una inversión según el artículo 25.1 del Convenio CIADI debe cumplir con los siguientes criterios, a saber: 1) compromiso sustancial de recursos propios del inversionista; 2) una asunción de riesgo; 3) cierta duración de la actividad; y 4) un aporte al desarrollo económico del país anfitrión (pár. 52). En defensa de su posición la demandante afirmó que los requisitos jurisdiccionales del «caso *Salini*» se cumplían plenamente debido a la existencia y funcionamiento durante casi ocho años del banco intervenido, que confirmaba el aporte

de recursos, la asunción de riesgos, la existencia de un proyecto de cierta duración y la contribución al desarrollo económico de Perú.

En su análisis respecto al argumento de que la participación de la demandada no era una inversión conforme al Convenio CIADI, el tribunal consideró que:

«151. [...] la inversión inicial hecha por los parientes de la Demandante cumple a cabalidad con los requisitos que describió la Demandada, a saber: fue un aporte de recursos para iniciar el banco y ponerlo en operación; hubo riesgo en cada una de las operaciones, típicamente bancarias; la inversión fue de larga duración y contribuyó al desarrollo de Perú por medio de los diversos servicios que ofrecía el BNM al sector público y privado».

Como cuarto argumento Perú afirmó que existía un abuso del proceso. En concreto, Perú manifestó que el principio de buena fe cuenta con reconocimiento de *larga data* en el DI público y que varios tribunales del CIADI han entendido que no hay jurisdicción cuando el demandante actúa de mala fe o abusa en alguna forma del proceso. Además, el endoso de las acciones de «Holding XXI» realizado por el Sr. Levy Pessa a su hija fue una transacción destinada a «manufacturar jurisdicción del CIADI», manteniendo la propiedad indirecta del banco intervenido en manos de un nacional francés. Respecto al argumento relativo al abuso del proceso:

«153. [...] el Tribunal comparte plenamente lo afirmado por la Demandada en cuanto a la importancia de la buena fe en el Derecho Internacional y, concretamente, en materia de arbitraje sobre inversiones. Sin embargo, estima que la Demandada no logró demostrar la supuesta mala fe de la Demandante y, como es sabido y aceptado, la mala fe no se presume. Por lo tanto, el Tribunal también rechazará este argumento sobre jurisdicción presentado por Perú.

154. En relación con la intención de la cesión de las acciones del señor Levy Pessa a su hija, la Demandante, el Tribunal estima que el hecho de que esa transferencia se hiciera en forma gratuita no demuestra que fuera hecha con la intención de “manufacturar jurisdicción”, como afirma la Demandada. Primeramente, porque se trata de una transferencia entre miembros muy cercanos de una familia y, en segundo lugar, porque la transferencia ocurrió en julio del 2005 y no fue sino hasta cinco años después, que la Demandante decidió recurrir al arbitraje ante el CIADI. En conclusión, las circunstancias específicas de este caso no permiten determinar que la cesión de acciones realizada en 2005 fue con la intención de “manufacturar” jurisdicción ante el CIAD».

Por último, Perú expuso como argumento que el tribunal no era competente para resolver sobre las pretensiones de la demandante porque ello obligaría a este órgano arbitral a revisar las acciones tomadas por las autoridades de Perú, en particular las acciones emprendidas por el regulador durante la crisis financiera que motivó la intervención del banco objeto de disputa. Por ello, si el tribunal asumía su jurisdicción en este asunto crearía un grave precedente, abriendo la posibilidad de que se presentaran centenares de demandas por parte de bancos en quiebra intervenidos por las autoridades locales. Por su parte, la demandante también rechazó la excepción a la jurisdicción opuesta por Perú, al considerar que no se pedía que el tribunal sustituyera al órgano nacional regulador, sino que determinara si los actos y omisiones de los órganos estatales de Perú violaron normas y estándares establecidos en el DI y en el APPRI. En respuesta a este argumento, el tribunal consideró que:

«158. Según el criterio del Tribunal, no por ser la SBS un ente regulador de banca y seguros debe inhibirse de analizar y resolver la presente controversia.

159. También es importante considerar lo dicho por el Tribunal Arbitral del *caso LG&E Energy Corp y otras c. República Argentina* que expresó:

«El Derecho internacional *prima* (sic) sobre el Derecho interno cuando existe una contradicción, dado que un Estado no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales alegando las disposiciones de su Derecho interno».

160. En opinión del Tribunal, Perú no puede argumentar que sus órganos, sean la SBS, el MEF o cualquier otro, actuaron de conformidad con la ley peruana y, por ello, el Tribunal no es competente para resolver esta disputa. Al contrario, es responsabilidad del Tribunal analizar si el Estado peruano, por medio de los órganos dichos u otros, violó las normas internacionales y el APPRI.

(...)

163. En vista de lo anterior, el Tribunal rechaza todas las excepciones sobre jurisdicción planteadas por la República del Perú y declara que este Tribunal es competente para analizar el fondo del reclamo planteado por la Sra. Renée Rose Levy de Levi».

La Decisión en el caso *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/08/6) resolvió diversas objeciones a jurisdicción del tribunal presentadas por Ecuador.

La primera de las objeciones se refería a la jurisdicción *ratione personae* del tribunal; en particular, si la demandante era una empresa «controlada» por nacionales franceses conforme al significado del artículo 1.3.ii) del APPRI celebrado entre Francia y Ecuador.

La demandante alegó que en todos los momentos pertinentes estuvo controlada por nacionales de Francia, siendo una empresa francesa con legitimidad procesal a los fines del artículo 1.3.ii) del APPRI. Por el contrario, Ecuador sostuvo que la demandante tenía la carga de establecer la jurisdicción *ratione personae* del tribunal conforme al Convenio CIADI y al APPRI, y no había cumplido con dicho requerimiento. Enfatizó que la demandante debía probar que era «directamente» controlada por los herederos del Sr. Huber Perrodo, tanto en la fecha en la cual se prestó el consentimiento al arbitraje (17-10-2007), como en la fecha en la que se registró la solicitud de arbitraje en el CIADI (4-6-2008). En cada una de esas fechas la empresa no era controlada por los herederos del difunto Sr. Perrodo conforme al significado del artículo 1.3.ii) del APPRI.

En este sentido Ecuador presentó un doble argumento. Primero, Ecuador afirmó que el APPRI requería el control legal y que en las fechas de relevancia ningún heredero tenía la capacidad legal para controlar la última empresa matriz de *Perenco Ecuador Limited*, es decir, *Perenco International Limited*. Ecuador, además, afirmó que en la fecha crítica del 17-10-2007 –en la que se manifestó el consentimiento al arbitraje del CIADI– los herederos carecían de la capacidad legal para controlar a *Perenco*. Esta posición fue impugnada por la demandante sobre la base de que la jurisprudencia del CIADI demuestra que pueden aplicarse diferentes criterios para determinar el control, y que no están limitados a la capacidad legal para controlar. Asimismo, señaló que Ecuador de

forma repetida y consistente hizo referencia a la demandante y la trató como una empresa francesa. Conforme a la jurisprudencia del CIADI sobre el artículo 25.2.b) del Convenio CIADI, el conocimiento del Estado anfitrión del hecho objetivo del control extranjero sobre una empresa local es un elemento que forma parte del análisis del control que realiza el tribunal.

El segundo argumento de Ecuador se refería a que el artículo 1.3.ii) del APPRI exigía el control «directo» de la empresa. Así, conforme a la ley bahameña, los herederos de Perrodo no ejercían un control directo sobre *Perenco International Limited* (y a través de la misma, de *Perenco*), puesto que no eran accionistas de dicha empresa. En cambio, la demandante sostenía que el término «controlada» comprendía tanto las formas directas como indirectas de control. El hecho de que la participación accionarial de los Perrodo no hubiera sido formalmente registrada en sus nombres individuales no podría quitarle valor al hecho de que en virtud del derecho francés, tras el fallecimiento de H. Perrodo, su propiedad del 92,9% de las acciones de *Perenco International Limited* pasaba automáticamente a sus cuatro herederos en forma mancomunada, siendo los propietarios de las acciones. La demandante fundó sus argumentos en lo que definió como «una larga línea de jurisprudencia de arbitraje de inversión que sostiene que el término «control» debe interpretarse en forma expansiva, a favor de la jurisdicción» (citando los casos *Tokios Tokelès*, *Wena Hotels* y *Siemens*):

«526. En las circunstancias excepcionales de este caso, donde *excepto* título legal en virtud del derecho de las Bahamas, los nacionales franceses manifestaron todos los indicios de control sobre las acciones de PIL —incluida la titularidad legal en virtud del *lex situs* del acervo hereditario— el Tribunal considera que no puede emplear un enfoque formalista respecto de la cuestión del control. Al respecto, es importante considerar la decisión del tribunal del TCLAN en *International Thunderbird Gaming Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*. El tribunal consideró que el Artículo 1117 del TCLAN, que exige que el inversor que inicia un reclamo en representación de una empresa demuestra que “es propietaria o está en control” de la empresa, podía satisfacerse demostrando el control de hecho:

El Tribunal no comparte la postura de México de que el Artículo 1117 del TLCAN obliga a probar el control jurídico. El TLCAN no define el término “control”. En la acepción ordinaria del término, puede ejercerse control de diversas maneras. *Por lo tanto, el Tribunal entiende que a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN basta la prueba de control efectivo o “de hecho”, aunque opina que cuando no existe control jurídico, debe determinarse el control de hecho más allá de toda duda razonable.*

A pesar de que Thunderbird poseía menos del 50% de la propiedad de las EDM Minoritarias, el Tribunal encuentra en el expediente pruebas suficientes de que Thunderbird ejercía un incuestionable y sistemático control de hecho sobre esas entidades. Thunderbird estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones de EDM y, a través de las actividades, funcionarios, recursos y experiencia técnica de Thunderbird, fue impulso constante de las actividades empresariales de EDM en México.

527. En vista de lo anterior, es significativo que la evidencia demuestra desde el 17 de octubre de 2007, los nacionales franceses tenían titularidad legal de las acciones en virtud del derecho francés, hecho reconocido por el derecho de las Bahamas y han establecido que a esa fecha tenían control *de facto* de PIL y, a través de PIL, de sus subsidiarias bahameñas.

(...)

529. Además, la evidencia del control francés es tan sustancial, tan convincente y sin contradicción que la opinión del Tribunal es que en las circunstancias del caso, es de gran consonancia con el enfoque empleado por el derecho internacional de darle peso al hecho de reconocimiento del derecho de las Bahamas a que los herederos eran propietarios de las acciones en virtud del derecho francés y como resultado tenían titularidad beneficiaria de las acciones en cuanto al derecho de las Bahamas antes de la reinscripción formal de los nombres.

530. Por las razones anteriores, el Tribunal desecha la objeción de la Demandada a la legitimación de la Demandante para presentar una reclamación bajo el Tratado».

En segundo lugar, Ecuador objetó la jurisdicción del tribunal para considerar las reclamaciones relacionadas con la caducidad y, alternativamente, a la admisibilidad de dichos reclamos. Ecuador alegó que las controversias vinculadas con la caducidad no eran arbitrables conforme al Derecho ecuatoriano. Los Contratos disponían, en las cláusulas 20.2.12 y 20.2.1.3 en los Contratos para el Bloque 7 y el Bloque 21, respectivamente, que el arbitraje se «guiará por las disposiciones de este Contrato... y las leyes del Ecuador». La caducidad no podía ser sometida a arbitraje puesto que no era una diferencia de naturaleza contractual, conforme al artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Esta disposición nacional sólo permitía que las diferencias contractuales fueran sometidas a arbitraje internacional. Ecuador se fundó, además, en el caso *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (caso CIADI n° ARB/01/10), donde se afirmó que los asuntos vinculados con la validez de los actos administrativos, como la caducidad, no eran arbitrables bajo la ley ecuatoriana. Alternativamente, Ecuador alegó que las partes de los Contratos eliminaron de forma expresa la caducidad de la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal. Ecuador se refería a las cláusulas 21.3 y 21.4 del Contrato del Bloque 7 y la cláusula 20.2 y Anexo XVI del Contrato para el Bloque 21. Las primeras establecían que si el Contrato era terminado por motivos distintos que la caducidad, se debía seguir el proceso acordado para someter diferencias a arbitraje. La cláusula 20.2 del Contrato del Bloque 21 establecía que «en caso de iniciarse un proceso de caducidad, si la causa de caducidad estuviera relacionada con aspectos de *carácter técnico o económico*» el asunto podía ser sometido a arbitraje.

Por el contrario, la demandante sostuvo que la objeción de Ecuador permitía invocar el Derecho ecuatoriano para evadir obligaciones conforme al APPRI de someter todas las diferencias jurídicas a arbitraje. Perenco hizo referencia a la Decisión sobre jurisdicción en el caso *Occidental Petroleum Company c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/06/11), en la que un tribunal del CIADI sostuvo que Ecuador no podía invocar su legislación interna para evadir la jurisdicción del CIADI. Asimismo, la demandante alegó que el Derecho ecuatoriano en ningún caso prohibía el arbitraje de diferencias relacionadas con la caducidad. Así se desprendía del artículo 4.b) de la Ley de Arbitraje y Mediación que sólo requería que la relación legal subyacente a la diferencia fuera contractual y no que tanto la diferencia como la conducta impugnada fueran de naturaleza contractual. Por tanto, sólo mediante renuncia expresa, clara e inequívoca del inversionista a

presentar pretensiones amparadas por el APPRI se podía evitar que tales pretensiones se ventilaran en arbitrajes ante el CIADI, y ninguna de las disposiciones de los Contratos constituía una renuncia clara e inequívoca a la jurisdicción del CIADI.

En relación con esta objeción, el tribunal procedió a interpretar las disposiciones de los dos Contratos, enfatizando que «terminación» y «caducidad» no eran conceptos coincidentes:

«312. [...] los incisos que tratan sobre *caducidad* (cláusula 21.2 y 21.3) detallan el proceso que el Ministerio debe seguir, disponen los plazos de subsanación de la contratista, y distinguen expresamente las otras formas de terminación de la terminación por *caducidad*: “En los casos de terminación *por motivos que no sean por caducidad*, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en la Cláusula Vigésima [“Consultoría y Arbitraje”]”. Esto es, conforme a los términos expresos del Contrato, todas las otras formas de terminación pueden ser arbitradas y la *caducidad*, no.

313. El Tribunal considera que el Contrato del Bloque 7 es por consiguiente claro en que la *caducidad* está sujeta a un régimen separado. Las declaraciones de *caducidad* fueron excluidas de las disposiciones de arbitraje del Contrato, y el Tribunal por tanto carece de jurisdicción para analizar la declaración de *caducidad* del Contrato del Bloque 7.

314. La situación es distinta conforme a los términos del Contrato del Bloque 21, que no dispone que “[e]n los casos de terminación por motivos que no sean por *caducidad*, se seguirán los procedimientos convenidos por las Partes en [la sección de Arbitraje]”. En su lugar, dispone que si un proceso de *caducidad* ha sido iniciado, y la causa estuviera relacionada con aspectos de carácter técnico o económico, y existiera “diferencias de criterio” de las Partes, cualquiera de ellas podrá someter la cuestión al procedimiento de arbitraje. En dicho caso, el trámite de *caducidad* se suspenderá mientras dure el arbitraje. Como fue comentado por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, las partes también agregaron disposiciones relativas al proceso de arbitraje a través del Anexo XVI del Contrato del Bloque 21. El Anexo XVI dispone que:

Una vez que el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, haya sido aprobado por el Congreso Nacional de la República del Ecuador y, por tanto se halle en plena vigencia, *las Partes acuerdan que toda disputa técnico y/o económica derivada de la aplicación del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 21 de la Amazonía, que es materia del presente Contrato se resolverá de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el ante dicho Convenio, quedando por tanto sin efecto el procedimiento de Arbitraje previsto en la cláusula número veinte del Contrato.*

Para la aplicación del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, se observarán además, las siguientes normas de procedimiento:

1. Las Partes acuerdan en someter al CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES, *cualquier disputa técnico y/o económica, relacionada con este Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, a fin de que sea resuelta mediante el sistema de Arbitraje, para este efecto en adelante, lo denominaremos “EL CENTRO”.*

315. El Tribunal resolvió que el Anexo XVI debía ser considerado para determinar el alcance de su competencia *ratione materiae* sobre las pretensiones contractuales. Resolvió que las pretensiones contractuales presentadas por Perenco sobre una disputa “técnico” o “económica” en virtud del Contrato de Participación del Bloque 21 caen dentro de la

jurisdicción del Tribunal, y que no era una prueba acumulativa (es decir, que la controversia no necesita ser de naturaleza técnica y económica). La Cláusula 20.2 del Contrato del Bloque 21 establece que una disputa relativa a la declaración de *caducidad* que esté vinculada con aspectos técnicos o económicos puede ser sometida a arbitraje. El Anexo XVI no individualiza la *caducidad*, estableciendo como única limitación de la jurisdicción del Tribunal sobre la materia que la pretensión sea sobre una diferencia “técnico” o “económica”.

316. Con respecto a las determinaciones del Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal considera que la declaración de *caducidad* tiene consecuencias económicas y por tanto cae dentro de su jurisdicción sobre la materia. El Tribunal determina por tanto que tiene jurisdicción para conocer la reclamación de Perenco de que Ecuador violó el Contrato del Bloque 21 al declarar la *caducidad*».

La Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad en el caso *Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/8), tuvo como objeto analizar la tercera excepción a la jurisdicción del CIADI presentadas por Argentina relativa a la falta de jurisdicción *ratione materiae* del tribunal. Esta excepción se refería a que los activos de los demandantes no constituyeran «inversiones» conforme al Convenio CIADI o al APPRI celebrado entre Argentina e Italia.

Para los demandantes la falta de una definición de «inversión» en el Convenio CIADI implicaba que el concepto debía ser interpretado de manera amplia, teniendo en cuenta los términos expresados en el APPRI. Por el contrario, la demandada subrayó la relevancia del llamado «test Salini» para determinar la existencia de una inversión, concluyendo que los activos de los demandantes no satisfacían ninguno de estos criterios. Con respecto a la supuesta falta de jurisdicción *ratione materiae* el tribunal resolvió de la manera siguiente:

«296. En este respecto, la cuestión central es determinar si los activos de los Demandantes constituyen “inversiones” en el sentido del TBI (...). No hay nada en el propio Convenio CIADI que represente un obstáculo para considerar que los bonos pueden constituir inversiones. El Tribunal observa en este respecto que, durante las negociaciones relativas al Convenio, los bonos soberanos se utilizaron en efecto como un ejemplo de la amplitud potencial del alcance del Convenio en cuanto a qué tipo de controversias futuras se podrían plantear a los tribunales del CIADI. En lo que concierne al TBI, el argumento de la Demandada se basa fundamentalmente en su deseo de dar una importancia decisiva al hecho de que ninguna de las versiones lingüísticas originales de la cláusula de definiciones en el Artículo 1 del TBI utiliza un término que se refiera expresamente a los “bonos”, incluso aunque tal término sí existe en la lengua española. Los Demandantes alegan, por el contrario, que la redacción más general que se utiliza en el Artículo 1(1) (c) es completamente adecuada para abarcar los bonos junto con otras formas similares de inversión. El desacuerdo entre las Partes acerca del punto se encapsula en las variantes de las traducciones al inglés ofrecidas por ellos: para los Demandantes, “*bonds, public or private securities or any other right to performance or services having an economic value, as well as capitalized income*”, y para la Demandada, “*obligations, public or private securities or any other right to benefits or services with an economic value, as well as capitalized income*”. El Tribunal, por su parte, no puede interpretar que ninguna de las versiones de la frase, tomada por sí misma (...) contenga una restricción implícita que descarte que las inversiones puedan tomar la forma de bonos, suponiendo, naturalmente, que se cumplan los demás criterios establecidos en el TBI. Esta conclusión, que es la misma a la que arribaron los tribunales que entendieron en *Abaclat y Ambiente Ufficio*, se ve bien

reforzada por el hecho de que toda la interpretación del Artículo 1(1) trata expresamente los casos descritos en sus incisos (a) - (f) sólo como ejemplos ilustrativos y se aclara que no son exclusivos, y de que están expresamente colocados bajo la amplia redacción que encabeza el párrafo: “independientemente de la forma jurídica elegida o de cualquier otro ordenamiento jurídico de conexión, todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última”. En cualquier caso, el Tribunal entiende que dado que la cuestión controvertida entre las Partes es si lo que los Demandantes tienen son “bonos” o algún otro activo derivado de otro tipo, no habría ninguna base para que fundamente su decisión sobre la cuestión jurisdiccional en la determinación de si la definición contenida en el TBI se refirió o no en forma expresa a los “bonos” como tales. Basta con que el Tribunal considere que el activo original en tenencia de los bancos colocadores era, sin dudas, *ratione materiae* capaz de recaer dentro de las definiciones del Artículo 1; [...]».

Asimismo, el tribunal rechazó la excepción de la demandada basada en la falta de jurisdicción *ratione materiae* que sostenía que los activos de las demandantes no representaban una «inversión», como exige el APPRI, en el «territorio de Argentina». En función de lo anterior, el tribunal resolvió que la naturaleza de los activos individuales se debe acumular en la fase del fondo.

El Laudo dictado en el caso *Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia* (caso CNUDMI/CPA nº 2011-17) resolvió distintas objeciones a la jurisdicción del tribunal planteadas por Bolivia.

La segunda objeción presentada se refería a la falta de jurisdicción *ratione personae* para conocer de la controversia. En efecto, Bolivia alegó la falta de legitimación activa de *Rurelec* conforme al APPRI pues, ni esta empresa se podía calificar como un «inversionista», ni la inversión efectuada podía considerarse como una «inversión protegida» bajo el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia. Siguiendo con este argumento, el concepto de «inversión» requería una contribución de capital en el territorio boliviano, y *Rurelec* no había efectuado una aportación monetaria o en otros valores en los términos del APPRI. Incluso, aun considerando que *Rurelec* fuera un inversionista –condición que negaba de plano– y que el APPRI protegiera las inversiones «indirectas», *Rurelec* no realizó contribución económica alguna «dentro» del territorio boliviano. Esta posición se fundamentaba en la noción objetiva del término «inversión», que implica un aporte o contribución económica «dentro» del Estado receptor, tal y como se desprende de la jurisprudencia del CIADI aportada.

Por el contrario, las demandantes sostenían que el argumento de Bolivia se basaba en una regla creada únicamente por la «jurisprudencia del CIADI» sobre la interpretación del propio Convenio CIADI, instrumento que no resultaba aplicable a esta disputa. Esta jurisprudencia era inapropiada pues, por un lado, utilizaba un concepto restringido de inversión al interpretar el artículo 25 del Convenio CIADI, no aplicable en el presente caso; y, por otro lado, los casos citados en relación con el Reglamento de la CNUDMI representaban un enfoque minoritario. Desde el punto de vista de las demandantes las referencias al «territorio» se referían al Estado contratante beneficiario de la inversión, y no al lugar donde la contribución tiene que efectuarse.

Para determinar si tenía jurisdicción *ratione materiae* el tribunal realizó una interpretación textual del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia:

«352. En cuanto al argumento del Demandado de que las inversiones indirectas no se encuentran protegidas por el TBI Reino Unido-Bolivia, el Tribunal destaca que el artículo 1 contiene –al igual que la mayoría de los TBIs– una definición muy amplia de “inversión”. El artículo 1 define “inversión” como “*toda clase de bienes capaces de producir rentas*”, lo que naturalmente comprendería las “inversiones indirectas” mediante la adquisición de acciones en una sociedad. Además, la lista no taxativa de inversiones protegidas descritas en el TBI incluye expresamente el ejemplo de “*acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades*”. Por último, en su ejemplo más amplio, el artículo 1(a)(iii) del TBI prevé que se considera que los “*derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico*” constituyen inversiones protegidas en virtud del TBI.

353. Conforme a la opinión del Tribunal, todos los ejemplos mencionados anteriormente contribuyen a la conclusión de que las inversiones indirectas estaban destinadas a ser protegidas por el TBI Reino Unido-Bolivia. Asimismo, dado que el propósito del TBI consiste en fomentar y proteger la inversión extranjera, el Tribunal considera que sería necesario que el TBI empleara un lenguaje claro a fin de excluir la cobertura de las inversiones indirectas, lenguaje que el TBI no contiene.

(...)

355. Por ende, el Tribunal coincide con las Demandantes y concluye que los términos empleados en el TBI Reino Unido-Bolivia son lo suficientemente amplios en sí mismos para incluir las inversiones indirectas.

(...)

358. En cuanto al argumento del Demandado de que la inversión de Rurelec no fue realizada en el territorio de Bolivia, el Tribunal considera que la referencia que el TBI hace al territorio de una Parte Contratante (como se encuentra, por ejemplo, en el artículo 2) no puede interpretarse de modo tal de excluir las inversiones indirectas, siempre que la inversión que en última instancia fue supuestamente expropiada se encuentre ubicada en el territorio de una Parte Contratante; en este caso, Bolivia.

359. La elegibilidad de las inversiones indirectas en virtud del TBI se ve demostrada, entre otras, por el acuerdo expreso de las Partes Contratantes contenido en el artículo 1(a)(ii), según el cual “*acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades*” constituyen inversiones protegidas. Por consiguiente, puede deducirse que la adquisición de tales acciones también puede tener lugar fuera del territorio de la Parte Contratante.

360. El Tribunal concluye entonces que la mejor interpretación del artículo 2(2) del TBI, cuando se refiere a “inversiones de capital de nacionales”, es la que considera que las inversiones pueden pertenecer a nacionales de una Parte Contratante de manera tanto directa como indirecta, mediante la titularidad de participaciones de las sociedades que en definitiva son propietarias de la inversión en Bolivia; en este caso, EGSA. En consecuencia, el Tribunal coincide con la decisión emitida en el caso *Quiborax c. Bolivia* en la que se resolvió que “la evidencia muestra que Quiborax pagó por el 51% de las acciones de NMM. Independientemente de dónde se realizó el pago, esto califica como una contribución en dinero, porque el objeto del pago y la *raison d’être* de la transacción (las concesiones mineras) estaban ubicadas en Bolivia.

(...)

364. El Tribunal también opina que no corresponde importar definiciones “objetivas” de inversión creadas por la doctrina y la jurisprudencia a efectos de interpretar el artículo 25 del Convenio del CIADI en el contexto de un arbitraje ajeno al CIADI, como el caso que nos ocupa. Por el contrario, la definición de inversión protegida, al menos en los arbitrajes ajenos al CIADI, ha de deducirse exclusivamente de la (muy amplia) definición contenida en el TBI celebrado entre Bolivia y el Reino Unido. El Tribunal coincide con las Demandantes en que *Romak* y *Alps Finance* son casos “con hechos muy específicos” que pueden explicar su razonamiento solo en parte, lo que continúa siendo excepcional en la jurisprudencia ajena al sistema del CIADI».

Por las razones expuestas anteriormente el tribunal concluyó que las inversiones indirectas de *Rurelec* en *Empresa Eléctrica Guaracachi S.A.* constituían «inversiones» conforme al significado que se le atribuye a dicho término en la definición del artículo 1 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia.

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

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

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

Una de las cuestiones a las que se tuvo que enfrentar el tribunal designado para resolver el caso *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB (AF)/09/1) consistió en determinar si Venezuela al dar por finalizado unilateralmente el contrato de concesión minera de oro vigente con la empresa demandante había vulnerado la cláusula de plena protección y seguridad de las inversiones contemplada en el artículo II.2 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. El tribunal arbitral consideró que ello no había sucedido posicionándose a favor de aquella línea jurisprudencial que aboga por limitar el alcance de dicha cláusula a la obligación que pesa sobre el Estado receptor de la inversión de garantizar diligentemente los daños físicos que la inversión o las personas que la hacen posible pudieran padecer como consecuencia de la conducta o comportamiento llevado por terceras personas (particulares):

«622. The Tribunal finds that Claimant’s claim under Article II(2) of the BIT, to the extent that it provides for the duty to accord full protection and security to Claimant’s investments, is to be dismissed. While some investment treaty tribunals have extended the concept of full protection and security to an obligation to provide regulatory and legal protections, the more traditional, and commonly accepted view, as confirmed in the numerous cases cited by Respondent is that this standard of treatment refers to protection against physical harm to persons and property. As noted in *Saluka v Czech Republic*, “[t]he practice of arbitral tribunals seems to indicate, however, that the “full security and protection” clause is not

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

meant to cover just any kind of impairment of an investor's investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force." This position was confirmed more recently in *AWG v Argentina* where, following an analysis of previous decisions on the subject, the tribunal concluded that the obligation of full protection and security required "due diligence to protect investors and investments primarily from physical injury.

623. Accordingly, the Tribunal finds that the obligation to accord full protection and security under the BIT refers to the protection from physical harm. There has been no suggestion in the present case that Respondent failed to protect Claimant's investment from physical harm, and therefore no breach of the full protection and security standard occurred».

2. El trato justo y equitativo

Una de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *Renée Rose Levy de Levi c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/17) consistió en dirimir si Perú, al someter al *BNM* a un proceso de intervención, seguido de su disolución y liquidación, había vulnerado, entre otros, el estándar de trato justo y equitativo contemplado en el APPRI celebrado entre Perú y Francia. La demandante alegó que Perú había violado el estándar de tratamiento justo y equitativo, el de trato nacional y el de la protección y seguridad plenas; además, afirmó que, en este caso, se dio una expropiación indirecta. El tribunal tras llevar a cabo un análisis pormenorizado de los hechos concluyó que no hubo incumplimiento de dichos estándares por parte del gobierno peruano y que por lo tanto no procedía declararlo responsable por el incumplimiento de las disposiciones del mencionado APPRI. Más bien, como señaló el propio tribunal, dicho proceso de intervención estuvo más que justificado a la vista de las serias dificultades financieras por las que atravesaba la entidad ocasionadas, en gran medida, por la falta de pericia y las irregularidades llevadas a cabo por sus responsables:

«319. El Tribunal está de acuerdo con lo expuesto por la Demandante en cuanto a que las legítimas expectativas de un inversionista están ligadas con el estándar de tratamiento justo y equitativo. También coincide en que para que un inversionista tome una decisión sobre una inversión, un elemento importante que usualmente considera es la estabilidad del marco jurídico del país. Ahora bien, a juicio del Tribunal, esa estabilidad no significa un congelamiento del ordenamiento ni una imposibilidad del Estado de reformar las leyes y otras normas vigentes en el momento en que el inversionista hizo su inversión.

(...)

473. El Tribunal concluye, en relación con lo mencionado en los párrafos anteriores, que el BNM no cumplió a cabalidad con la normativa bancaria de Perú referente a los requisitos de provisiones de créditos riesgosos y que es cierto que durante las visitas de inspección realizadas por funcionarios de la SBS desde 1997 hasta 2000 se detectaron los problemas ya indicados. Sin embargo, fue con la auditoría que realizó PwC (que inició su relación con el BNM cuando este estaba en condiciones normales de operación y terminó cuando ese banco fue intervenido) en 2000 que se logró determinar el valor real de las provisiones y de las pérdidas del BNM.

474. En vista de los hechos referidos en los párrafos anteriores, el Tribunal llega a la conclusión de que la intervención fue necesaria pues, en definitiva, el BNM incumplió sus obligaciones y, frecuentemente, violó la normativa contenida en la Ley de Banca y en otras disposiciones legales conexas. Si bien es cierto que el Tribunal no puede afirmar con

certeza que el BNM estaba en quiebra desde junio del 2000, sí considera que es evidente que en esa época ese banco arrastraba serios problemas que la SBS había ido señalando en sus informes y que PwC comprobó; PwC incluso constató la existencia de otros inconvenientes de mayor magnitud. Estas pruebas le permiten al Tribunal concluir que, en diciembre del 2000, el BNM no era un banco solvente y que de acuerdo con la Ley de Banca, la SBS debió intervenirlo. Posteriormente, la SBS, por medio de la auditoría de PwC determinó que el BNM tenía pérdidas por lo cual no era posible que continuara en el Régimen Especial Transitorio. En vista de que no se dieron las circunstancias para su rehabilitación, la SBS procedió, también en cumplimiento de la Ley de Banca, a la disolución y liquidación del BNM.

475. En relación con el reclamo de la Demandante de que en el BNM se dio una expropiación indirecta, este Tribunal está de acuerdo la conclusión a la que llegó otro tribunal arbitral: “...in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State’s legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation”.

476. Considera el Tribunal que la SBS intervino al BNM de acuerdo con la normativa vigente. Posteriormente, cuando recibió el informe de auditoría de PwC ordenó, también según las leyes aplicables, la disolución y liquidación de ese banco. Estos fueron actos legítimos del “poder de policía” propios de los funcionarios bancarios porque, según el artículo 2 de la Ley de Banca, el principal objetivo de esa ley es el de “propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables para que contribuyan al desarrollo nacional”.

477. Basándose en el artículo 5 del APPRI, la Demandante afirma, que para efectuar el acto expropiatorio legalmente, el Estado peruano debió promulgar una ley, que autorizara la expropiación de la inversión, fundándose en razones de utilidad o necesidad pública. El Tribunal analizó cuidadosamente este argumento y llegó a la conclusión que se consigna en el párrafo siguiente.

478. Según el criterio del Tribunal, no es cierto que, como lo afirma la Demandante, en el caso del BNM se diera una expropiación. Lo que hubo fue un reiterado incumplimiento de la normativa bancaria por parte del BNM que, además, tomó riesgos en épocas de crisis de liquidez considerable, que lo afectaron, lo llevaron al incumplimiento de sus obligaciones y al cierre de sus oficinas. Esos actos hicieron inevitable su intervención y posterior disolución y liquidación. Como lo han señalado reiteradamente varios Tribunales Arbitrales, ningún tratado de inversión es un seguro o garantía de éxito de las inversiones, sobre todo cuando el inversionista toma malas decisiones de negocios.

479. En vista de lo indicado en los párrafos anteriores, el Tribunal también considera infundados los argumentos de la Demandante sobre “la afectación de la medida con efectos permanentes”; “la afectación de las legítimas expectativas de la inversión”; “el propósito de la medida gubernamental”, y “el test de proporcionalidad de la medida”.

(...)

483. El Tribunal concuerda, en general, con las ideas expuesta por la Demandante resumidas en el párrafo anterior pero, a la luz de los hechos concretos de este caso, concluye que no existió tal conflicto entre ambos ordenamientos, ni debe imputársele a Perú ninguna responsabilidad internacional por los hechos planteados por la Demandante. Los propios incumplimientos de la normativa bancaria por parte del BNM acarrearón la intervención del banco por la SBS. Una vez que la SBS corroboró las prácticas contables indebidas, determinó el total de las pérdidas sufridas por ese banco, y, de acuerdo con los requisitos de la Ley de Banca, su disolución y liquidación fueron inevitables.

484. Los argumentos de la Demandante están basados, principalmente, en su tesis de que existió una conspiración de parte de las autoridades peruanas, que buscaban desaparecer a la “banca chica” de ese país, en general y, de manera particular, perjudicar al BNM y a sus accionistas. Ni las alegaciones orales y escritas de la Demandante ni las pruebas aportadas por ella lograron convencer al Tribunal de la existencia de esa conspiración. Además de lo anterior, al Tribunal le parece contrario a toda lógica que el Gobierno de Perú (u otro gobierno) decidiera tomar medidas que desataran o agravaran una crisis financiera. El Tribunal simplemente no logra convencerse de que las acciones de la Demandada fueron tomadas para perjudicar la estabilidad del sistema financiero o la confianza del público en él. Es incluso poco probable que el Gobierno peruano haya tenido estas supuestas intenciones en tiempos de crisis financiera, como la que existía en Perú en la época en que el BNM enfrentaba sus más graves problemas.

485. En los párrafos precedentes el Tribunal analizó pormenorizadamente las reclamaciones de la Demandante sobre supuestas violaciones del APPRI cometidas por funcionarios peruanos en perjuicio de ella. La conclusión del Tribunal, en todos los casos, fue que no existió una demostración contundente por parte de la Demandante de ninguna de esas acusaciones. En los siguientes párrafos el Tribunal se referirá a situaciones en las que las autoridades peruanas, en vez de perjudicar al BNM, más bien trataron de favorecerlo».

En el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador* (caso CIADI nº ARB/08/6) la empresa demandante afirmó que Ecuador alterando sustancialmente el régimen regulatorio de la inversión había violado el artículo 4 del APPRI celebrado entre Francia y Ecuador que lo obligaba a brindar un trato justo y equitativo a la inversión de la empresa en los Bloques 7 y 21 y a abstenerse de interferir con el uso y goce de las inversiones de *Perenco* como consecuencia del incumplimiento de dos «Contratos de Participación» (también conocidos como «contratos de participación de producción») suscritos por la demandante y *Petroecuador*, la última actuando en nombre del Estado, vinculados con la exploración y explotación de los Bloques 7 y 21 ubicados en la región del Amazonas ecuatoriano convirtiendo la inversión en los Bloques 7 y 21 en comercialmente inviable. A este respecto, el tribunal arbitral argumentó:

«557. Respecto del enfoque general que debe tomarse respecto del significado del estándar de trato justo y equitativo, el Artículo 4 del Tratado requiere que una Parte Contratante garantice “trato [justo] y equitativo, de acuerdo con los principios del derecho internacional”. Esta formulación particular del estándar no está relacionada con el estándar internacional mínimo de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario.

558. Con eso dicho, como han decidido muchos otros tribunales de tratados de inversión enfrentados con la tarea de determinar el significado de un estándar —incluso donde el tratado aplicable no contiene referencia alguna al derecho internacional consuetudinario—, hay mucho que decir por el enfoque general establecido por el tribunal en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, que entendió que la conducta atribuible al Estado y perjudicial para el inversor viola el estándar cuando sea:

...arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo.

559. La inclusión de palabras tales como “arbitraria”, el uso de modificadores como “notoriamente” en relación a “injusta, antijurídica o idiosincrática” y “manifiesta” en relación a la falta de justicia natural y “completa” en relación con una falta de transparencia y franqueza implica la búsqueda de “algo más” que distinga un acto que viola el derecho internacional de la percibida injusticia ocasionada por varias acciones gubernamentales que no alcanzan a calificar como incumplimiento con el derecho internacional. El desafío es distinguir entre las dos.

560. En muchos casos se sostiene que un aspecto central del análisis de una supuesta violación del estándar de trato justo y equitativo son las expectativas razonables del inversor respecto del trato futuro de su inversión por el Estado anfitrión. Esto requiere que el Tribunal haga una determinación objetiva de dichas expectativas, considerando todas las circunstancias pertinentes. Las expectativas no son exclusivamente del inversor y basarse indebidamente en las expectativas subjetivas de la demandante expresadas en el contexto de un proceso adversarial años después de que se haya hecho la inversión puede tener como consecuencia una perspectiva desviada de lo que podría haberse esperado cuando se hizo la inversión. En *Saluka Investments BV c. República Checa*, el tribunal observó, luego de revisar ciertas afirmaciones de tribunales anteriores, que si dichas declaraciones se tomaban en forma muy literal, impondrían “obligaciones que serían inapropiadas y no realistas” al Estado anfitrión. La búsqueda es de un enfoque balanceado entre las razonables expectativas del inversor y el ejercicio de los poderes de regulación, entre otros, del Estado anfitrión.

561. En casos en los que existe un contrato entre un inversor y un Estado anfitrión, los términos del contrato y la legislación del Estado en relación a aquel tienen particular importancia en el análisis. Como ya se ha expuesto, los contratos administrativos pertinentes existen no solo como “ley para los contratantes” en Ecuador, sino también dentro de un marco legal más amplio que incluye el Código Civil, la Ley de Hidrocarburos y la Constitución.

562. Cuando un Estado ha considerado debidamente una política legislativa/regulatoria, como fue el caso en 1994 cuando Ecuador resolvió que era del interés de la Nación pasar de contratos de prestación de servicios a contratos de participación, las decisiones gubernamentales tomadas en adelante deben, durante la vida de dichos acuerdos contractuales, mantener la fidelidad a dicho marco de políticas. Esto no quiere decir que el marco de políticas está congelado y no puede ser cambiado porque este no es el caso a menos que el Estado haya estabilizado expresamente su ley de cara a su participación contractual. Pero incluso en el caso en cuestión, donde no existe una cláusula de completa estabilidad en sus contratos, todo cambio al marco de políticas aún debe hacerse en consideración de los compromisos contractuales del Estado.

563. Los Contratos de Participación estaban anclados en un marco legislativo debidamente considerado y promulgado por el Congreso de la Nación. Dicho marco y su fundamento establecían ciertas características del nuevo régimen contractual que luego fueron reflejadas en los contratos posteriores concluidos con compañías petroleras. En consecuencia, todo contratista podía razonablemente esperar que la estructura de los contratos no sería alterada por Petroecuador en forma unilateral ni que sería deshecha por la acción estatal posterior externa al contrato excepto de acuerdo con los términos de la ley del Estado.

564. No debería permitirse que el dramático aumento en los precios del petróleo en la última década confundiera lo anterior. En particular, luego de los cambios en el gobierno, el Estado debe procurar actuar en forma coherente con las relaciones comerciales de largo plazo con inversores extranjeros concluidas por sus predecesores; los gobiernos no pueden repudiarlas. Los nuevos gobiernos deben tener presente la razón por la que el Estado se involucró en dichas relaciones en primer lugar, pues la extracción de recursos y otras

inversiones intensivas de capital con sustanciales costos “iniciales” generalmente requieren un plazo de operaciones entre mediano y largo a fin de lograr generar un retorno de inversión razonable. Dichas inversiones deben poder soportar desvíos en políticas de gobierno que podrían minar su marco contractual.

(...)

606. El Tribunal ya ha llegado a la conclusión de que la Ley 42 al 99% constituía una violación del contrato (párrafos 407 a 410). Está de acuerdo con el argumento de Perenco de que la aplicación de la ley al 99% convertía un contrato de participación esencialmente en lo mismo que un contrato de prestación de servicios. Además, el Decreto 662 marcó el comienzo de una serie de medidas que incumplían el Artículo 4 tomado en relación con los Contratos de Participación, es decir: (i) la exigencia de que los contratistas acordaran abandonar sus derechos que surgían de los contratos de participación y que migraran a lo que por un considerable período fue un modelo no específico, a punto tal que los contratistas no podían discernir precisamente qué se les pedía que adoptaran; (ii) escalar las exigencias de negociación, en especial en abril de 2008, cuando el Presidente inesperadamente suspendió las negociaciones y rechazó lo que recientemente había sido acordado en un Acuerdo Parcial respecto de uno de los bloques; (iii) hacer declaraciones amenazantes y coercitivas, incluidas amenazas de expulsión de Ecuador; y (iv) tomar pasos para aplicar la Ley 42 contra Perenco (y Burlington) por falta de pago de valores que se reclamaba que se adeudaban, una porción de los cuales se ha sostenido que incumplía el Artículo 4, y cuando no se efectuó pago alguno, incautar y vender por la fuerza el petróleo producido en los Bloques 7 y 21 a fin de cobrar la deuda reclamada en virtud de la Ley 42. Esto estableció la etapa de suspensión de operaciones de parte del Consorcio y en última instancia la declaración de la *caducidad* que formalmente terminó los derechos del Consorcio a los dos bloques.

607. El Tribunal ya ha mencionado que Ecuador no ha cuestionado la aseveración de la Demandante de que el Decreto 662 tenía como objetivo forzar la renegociación de los contratos de participación a fin de migrar a las contrapartes de Petroecuador a contratos de prestación de servicios. En la opinión del Tribunal, la modificación del 50% al 99%, con la aplicación del Decreto 662, implicó el incumplimiento del Artículo 4 del Tratado, y las medidas recién enumeradas, consideradas en conjunto, también constituyeron el incumplimiento del Artículo 4».

Una de las cuestiones a las que se tuvo que enfrentar el tribunal designado para resolver el caso *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB (AF)/09/1) consistió en determinar si Venezuela al dar por finalizado unilateralmente el contrato de concesión minera de oro vigente con la empresa demandante había vulnerado, entre otros, el estándar de plena trato justo y equitativo contemplado en el artículo II.2 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela. El tribunal arbitral consideró probado que dicho incumplimiento había tenido lugar. Tomando como punto de referencia algunos de los argumentos recogidos en diversos pronunciamientos dictados por la jurisprudencia arbitral (*Saluka, Mondev, Thunderbird, Tecmed, Waste Management, Metalclad o Total*), otros precedentes de la práctica internacional (*Neer*) y la opinión de algunos expertos el tribunal arbitral llegó a la conclusión que Venezuela incurrió en responsabilidad internacional por ello:

«565. In the reasoning that follows, the Tribunal shall begin by analysing the content of the FET standard in accordance with the principles of international law, such principles being expressly referred to by Article II(2) of the BIT. It shall then describe the measures and conduct undertaken by Respondent that in its opinion result in the breach of the FET.

566. The Tribunal shares the view expressed by other investment treaty tribunals that in order to establish whether an investment has been accorded fair and equitable treatment, all of the facts and circumstances of the particular case must be considered. In particular, the Tribunal agrees that even if a measure or conduct by the State, taken in isolation, does not rise to the level of a breach of the FET, such a breach may result from a series of circumstances or a combination of measures. In the Tribunal's view, this is the more so when the measures are part of a State policy aimed at gaining control of the object of the investment.

567. Article II(2) of the BIT refers to the "principles of international law" in accordance with which fair and equitable treatment is to be bestowed. To determine these principles the Tribunal must consider the present status of development of public international law in the field of investment protection. It is the Tribunal's view that public international law principles have evolved since the *Neer* case and that the standard today is broader than that defined in the *Neer* case on which Respondent relies. As authoritatively held, the *Neer* award "had nothing to do with the treatment of foreign investors or investments. It did not address what is fair and equitable", noting "that *Neer* is far from what is fair and equitable". As held by the tribunal in *Mondev* when disregarding the *Neer* standard as controlling today, "both the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable developments."

568. Rather than conducting an extensive review of the many decisions that have addressed the conditions under which a breach of the FET may be deemed to have arisen, the Tribunal shall examine a few cases whose factual circumstances appear to be closer to the facts of the present case to then draw the principles applicable for deciding the dispute pending before it.

(...)

570. Other tribunals have underscored the central role of an investor's legitimate expectations in the analysis of whether treatment was fair and equitable in the circumstances. Legitimate expectations are created when a State's conduct is such that an investor may reasonably rely on that conduct as being consistent. Fair and equitable treatment also requires that any regulation of an investment be done in a transparent manner, the importance of transparency in this regard, as noted by Claimant, being reflected in Article XV of the BIT.

571. The investor's legitimate expectations are based on undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State. As authoritatively held, "specific representations play a central role in the creation of legitimate expectations. Undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State are the stronger basis for legitimate expectations. A reversal of assurances by the host State that have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment».

Tras decretar que se produjo una expropiación ilícita por parte de las autoridades venezolanas, el tribunal arbitral encargado de resolver el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/19) declaró que la suspensión del Contrato para la gestión del Aeropuerto de Isla Margarita que las autoridades venezolanas le habían adjudicado previamente a las demandantes, no supuso una vulneración del estándar de trato justo y equitativo:

«561. Un debate clásico en arbitraje de inversión consiste en discutir si el estándar de TJE establecido en el APRI correspondiente coincide o difiere del estándar mínimo de

protección de los extranjeros (y más concretamente de la propiedad perteneciente a extranjeros) desarrollado por el Derecho internacional consuetudinario.

562. El punto de partida en este análisis debe ser la propia definición del estándar de trato mínimo en el Derecho internacional consuetudinario – una cuestión erizada de dificultades. Para supuestos que se refieran a actos administrativos o legislativos emanados de Gobiernos la primera formulación parece haber sido *Roberts*, una decisión arbitral dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México, que definió el estándar mínimo como aquel requerido “*in accordance with ordinary standards of civilization*”.

(...)

564. El estándar definido en *Roberts* (“*in accordance with ordinary standards of civilization*”) fue fijado en los años 20 del siglo pasado, y en un contexto de lesión a los derechos individuales de un ciudadano extranjero. Es de dudosa relevancia para la protección de inversores extranjeros bien entrado el siglo XXI. Quizá lo más importante de la sentencia sea el principio de que una actuación imputable al Estado puede generar responsabilidad iusinternacional, a pesar de que las medidas afecten por igual a nacionales y a extranjeros y aun si no mediara ni mala fe ni incumplimiento doloso de obligaciones.

565. El estándar mínimo consuetudinario no ha permanecido congelado, y desde sus primeras formulaciones hace 100 años se ha beneficiado de un desarrollo importante, impulsado por el asentamiento de los Derechos Humanos y la implantación del Estado de Derecho. Lo relevante no es el estándar, tal como se definió en el siglo XX, sino el estándar tal como existe y se acepta hoy – pues tanto el Derecho internacional consuetudinario como propio estándar se hallan en constante evolución. Es tarea que incumbe a cada tribunal arbitral definir qué se ha de entender por TJE, tomando en cuenta el estándar mínimo consuetudinario, en el estado de desarrollo actual del Derecho internacional (...)

(...)

569. El artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y el artículo 4(2) del APRI Chile-Venezuela otorgan a los inversores la protección del TJE “de conformidad con las normas y criterios del Derecho internacional” en el primer caso y “conforme al Derecho internacional” en el segundo. Los APRI exigen pues que la garantía de TJE se dispense de conformidad con el Derecho internacional. Es de resaltar que los APRI ofrecen a los inversores protegidos varias garantías y derechos adicionales. Ninguno de ellos contiene una referencia al Derecho internacional - la exigencia de conformidad con el Derecho internacional solo se aplica al estándar de TJE.

570. El artículo 31(1) CVDT exige que los tratados se interpreten “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto”.

571. Aplicando este principio hermenéutico, las propias Demandantes aceptan que la referencia en el artículo 4 de los APRI al Derecho internacional condiciona la interpretación de la regulación del TJE: todo intérprete de esta norma está obligado a tomar en consideración los principios de Derecho internacional, incluyendo también los de naturaleza consuetudinaria. A pesar de aceptar que el Derecho internacional condiciona la interpretación, las Demandantes mantienen sin embargo que el trato mínimo consuetudinario definido en el Derecho internacional es irrelevante para establecer el alcance de la garantía de TJE.

572. En opinión del Tribunal, la postura de las Demandantes encubre una irresoluble contradicción en sí misma.

573. Si los APRI se deben interpretar de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, y si el trato mínimo forma parte de ese conjunto de usos y costumbres, se impone la conclusión que un intérprete, a la hora de dilucidar si una determinada actuación viola o no los artículos 4 de los APRI, deberá tomar en cuenta cómo define el Derecho internacional consuetudinario el TJE. Por ello, el Tribunal estima que la previsión contenida en los APRI, exigiendo que el TJE se defina de conformidad con el Derecho internacional, necesariamente incorpora una referencia al nivel de protección que el Derecho internacional otorga a los extranjeros, es decir a lo que se conoce como estándar mínimo consuetudinario.

(...)

575. El Tribunal (...) no aprecia diferencias de fondo en la regulación del TJE en los APRI con Suiza, Chile o Países Bajos.

576. Los tres tratados contienen una misma invocación del Derecho internacional, pero utilizando una semántica y unas formulaciones ligeramente diferentes, derivadas del hecho que en unos casos el principio se formula en sentido afirmativo (en los APRI con Suiza y Chile, Venezuela se compromete a otorgar TJE de conformidad con el Derecho internacional, incluyendo el consuetudinario) y en el otro en sentido negativo (en el APRI con los Países Bajos, Venezuela declara que no se producirá una violación del TJE si ha aplicado el estándar mínimo de TJE que exige el Derecho internacional consuetudinario). En opinión del Tribunal, de estas diferencias terminológicas no puede inducirse una voluntad de la República Bolivariana para definir de forma diferente el nivel de protección ofrecido a inversores suizos, chilenos u holandeses.

(...)

580. Sentado el principio que el estándar de TJE, incluyendo el ámbito de protección ofrecido, debe ser interpretado en conformidad con los principios de Derecho internacional, se plantea la cuestión de definir el concreto alcance del TJE. Los artículos 4(1) del APRI Suiza-Venezuela y 4(2) del APRI Chile-Venezuela no son de demasiada utilidad en esta tarea, pues se limitan a enunciar la obligación, en este caso a cargo de la República Bolivariana, de otorgar un TJE a las inversiones de inversores protegidos.

581. ¿Qué se ha de entender por TJE?

582. Nos encontramos ante un concepto jurídico, que se predica con respecto al Estado en su conjunto, y que obliga a todos los poderes que lo integran. Un Estado viola éste estándar mínimo de conducta cuando adopta un acto (o una cadena de actos) manifiestamente antijurídicos o que desconocen las exigencias básicas que el *rule of law* impone. La obligación de TJE se puede violar

- Mediante actos regulatorios del Estado, que contradigan las legítimas expectativas de los inversores – una cuestión que no se plantea en la presente litis;
- O también mediante actos judiciales, cuando éstos impliquen denegación de justicia – una alegación que se estudiará en el próximo capítulo; y finalmente también
- A través de actos administrativos, adoptados por autoridades administrativas de las que el Estado es responsable, y dirigidos directamente en contra del inversor.

(...)

587. En resumen: En el presente caso, los APRI exigen que la existencia o inexistencia de TJE se determine “de conformidad con el Derecho internacional”. Los Tratados ordenan pues que el Derecho internacional – incluyendo el Derecho internacional consuetudinario –

sirva como vara de medir para determinar si la actuación imputable a uno de los Estados, y que perjudica a un inversor protegido, se ajusta o contradice el estándar de TJE asumido en los APRI.

588. En el presente caso, en el que las Demandantes alegan que la violación del TJE ha sido provocado por actos administrativos inapropiados, el alcance del análisis se reconduce: lo que le incumbe al Tribunal establecer es si los actos administrativos pueden ser calificados como arbitrarios o discriminatorios.

(...)

595. El Tribunal Arbitral concluye que la actuación del Gobernador, que en sí misma quizá pudiera ser considerada como un trato injusto o inequitativo, fue eficazmente controlada y corregida por la Justicia contencioso administrativa venezolana. Esta intervención de los juzgados venezolanos, en defensa de la legalidad interna, precluye que la República Venezolana pueda haber incurrido en un ilícito iusinternacional. Para que se pueda apreciar un incumplimiento de la garantía de TJE prevista en los AAPRI es preciso que la actuación de la administración pública en su conjunto pueda ser tildada de arbitraria. Y esto no ocurre en el presente caso, pues la jurisdicción contencioso administrativa actuó eficazmente para restablecer el Estado de Derecho.

(...)

597. Respecto de las medidas discriminatorias, la Demandada alega que las Demandantes no aportan ninguna evidencia de que las decisiones que se adoptaron estuvieran motivadas por la condición extranjera de las Demandantes, o que existan otros casos en los que, en idénticas circunstancias, se adoptaran soluciones diferentes.

(...)

599. En resumen: El Tribunal desestima las pretensiones presentadas por las Demandantes, pidiendo que el Tribunal declare que la República Bolivariana sometió a sus inversiones a un trato injusto o inequitativo o a medidas arbitrarias o discriminatorias, en violación de los artículos 4(2) del APRI Chile-Venezuela o del artículo 4(1) del APRI Suiza-Venezuela (sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente capítulo sobre denegación de justicia)».

No obstante lo afirmado, el tribunal arbitral pasó seguidamente a examinar si el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo alegado por las partes pudo producirse como consecuencia de una denegación de justicia:

«630. La denegación de justicia constituye – como correctamente arguyen las Demandantes – una violación del TJE garantizado en los APRI. Tribunales y doctrina vienen manteniendo unánimemente que la garantía de TJE contenida en tratados de protección de inversión incluye como especie la prohibición de denegación de justicia.

631. Adicionalmente, la denegación de justicia representa un ilícito sancionado por el Derecho internacional consuetudinario, que un inversor protegido por los APRI puede válidamente invocar.

632. En efecto: según el artículo 42 del Convenio, el Tribunal deberá tomar en consideración “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. Dado que el APRI Suiza-Venezuela no especifica el derecho aplicable, prevalece directamente lo establecido en el artículo 42 del Convenio. El artículo 8(7) del APRI Chile-Venezuela, por el contrario, establece el derecho aplicable, incluyendo “los principios y

normas del derecho internacional que sean aplicables”. En consecuencia, bajo ambos APRI el Tribunal debe decidir la diferencia tomando en consideración normas del Derecho internacional.

633. Y es indudable que la prohibición de denegación de justicia constituye un principio de derecho internacional consuetudinario firmemente establecido.

634. En resumen, el Tribunal no alberga duda alguna que las Demandantes están en su derecho cuando pretenden reclamar contra la República Bolivariana por una alegada denegación de justicia.

635. Cuestión diferente es que los hechos acaecidos realmente reúnan los requisitos exigidos para poder ser considerados como un ilícito iusinternacional de denegación de justicia. Para que esto ocurra es lugar común que la parte que alega el ilícito debe probar dos requisitos

- El primero es de naturaleza material y se puede describir diciendo que el sistema judicial del Estado de acogida debe haber dado un trato al inversor extranjero de una antijuridicidad clara y manifiesta,

- El segundo consiste en que el extranjero debe haber agotado todos los recursos internos existente para combatir la decisión judicial antijurídica, o debe probar que la interposición de tales recursos sería claramente fútil.

636. Los tribunales internos deben administrar justicia en conformidad con los estándares generalmente aceptados internacionalmente. Se desvían de esos estándares, si se niegan a admitir o tramitar sin dilaciones indebidas una demanda de un extranjero, o si dictan una sentencia tras un procedimiento profundamente viciado o cuyo contenido sea manifiestamente inadmisibles y antijurídico. En estos casos nos encontramos con una denegación de justicia. En una afortunada frase, el Juez Tanaka en *Barcelona Traction* afirmó que una sentencia judicial constituye denegación de justicia en casos como éstos:

“Conspicuous examples would be: corruption, threats, unwarranted delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgement dictated by the executive or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it”.

637. Sentado este principio general, es preciso realizar una serie de precisiones, para evitar que la denegación de justicia degeneren en una instancia de apelación ordinaria, que los recurrentes mal utilicen para intentar revisar sentencias de las que simplemente discrepan. En esta labor, el punto de partida debe ser el principio de que todos los actos emanados de un Estado gozan de una presunción de legalidad, y es el que alega la denegación de justicia a quien compete la carga de probarla.

638. La forma más tradicional y clara de denegación de justicia ocurre cuando un Estado impide el acceso a los tribunales a un extranjero que busca la tutela de sus derechos, discriminándolo frente a sus propios nacionales. Y equivaldrá a una denegación de justicia cuando, aun dando acceso a los tribunales, exista una demora injustificada, o habiendo obtenido el inversor un fallo favorable, vea impedida su ejecución en las cortes del Estado receptor.

639. También supondrá la denegación de justicia cuando exista una violación de los principios fundamentales del debido proceso; en palabras del tribunal *ELSI* un “*disregard of due process, [...] which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety*”. Esta categoría puede a su vez dividirse en tres supuestos:

- Violación de los derechos intrínsecos a la naturaleza equitativa de un procedimiento; entre ellos el derecho a ser notificado del procedimiento y de su desarrollo, derecho a ser oído o el derecho a proponer prueba;

- Decisiones manifiestamente arbitrarias que carezcan de motivación, justificación alguna o de toda lógica jurídica y que excedan de un mero error judicial;
- Resoluciones dictadas por tribunales faltos de independencia o imparcialidad, cuyas decisiones se vean afectadas por injerencias externas.

640. La violación del derecho interno no es en sí misma constitutiva de denegación de justicia. El error judicial no puede dar lugar a un reclamo por denegación de justicia. Para que ello ocurra es preciso que el juez haya incurrido en “*clear and malicious misapplication of the law*”.

641. Es decir, la denegación de justicia por regla general no podrá fundamentarse en que el juez interno ha aplicado erróneamente la ley interna – porque entender lo contrario abriría las compuertas para que el ilícito iusinternacional se convirtiera en una nueva oportunidad de apelación, extinguidos todos los recursos internos. Para que exista denegación de justicia, es necesario que medie un elemento volitivo, una voluntad del juzgador nacional de aplicar torcidamente el Derecho en contra del extranjero actitud que frecuentemente se evidenciará a través del desprecio hacia las reglas de debido proceso.

642. La denegación de justicia presupone un segundo requisito: el inversor debe haber agotado todos los recursos internos contra la decisión antijurídica del sistema judicial interno. Como dijo *Loewen* “*a court decision which can be challenged through the judicial process does not amount to denial of justice*”. Ahora bien, esta regla general tiene una importante matización: el recurrente no está obligado a agotar los recursos internos cuando se le niega el acceso a la justicia, cuando existen demoras irrazonables en la decisión o cuando ulteriores recursos prometen ser fútiles, por existir dudas razonables sobre su existencia o sobre su posibilidad de éxito.

643. Es cierto que mediante el Artículo 26 del Convenio, los Estados Contratantes renuncian al agotamiento de recursos internos como condición para su consentimiento al arbitraje CIADI. Pero – como reconocen las propias Demandantes - la renuncia contenida en dicho precepto solamente cubre el consentimiento al arbitraje, no a elementos sustantivos de los reclamos que puedan ser presentados en el arbitraje. Y ambas partes están de acuerdo que para que se configure una denegación de justicia no deben existir recursos internos contra la decisión o, de existir, éstos deben ser fútiles o no proveer de remedio efectivo».

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y a la vista de los hechos que se sometieron a su consideración, el tribunal finalmente dictaminó:

«707. En resumen: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo *de facto* consumó la entrega del Aeropuerto al Poder Nacional, actuando de oficio, sin respetar las exigencias más básicas del debido proceso, sin norma autorizante y con un objetivo político ya anunciado en la Sentencia 565/2008: reforzar los poderes y competencias del Poder Ejecutivo central en materia aeroportuaria y recortar los de los Estados (y por ende el de empresas concesionarias de los Estados). Y en la aclaración de Sentencia de 23 de julio, actuando nuevamente de oficio, dio carta de naturaleza a los actos ejecutados en el ínterin por el Ejecutivo, que habían formalizado la toma de control del Aeropuerto.

708. En consecuencia el Tribunal Arbitral concluye que la República Bolivariana de Venezuela incurrió en una denegación de justicia en perjuicio de las Demandantes, al ordenar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 y su aclaración que el manejo y control del Aeropuerto se entregara al Poder Ejecutivo nacional.

(...)

720. En resumen, el Tribunal Arbitral entiende que la entrega del control sobre el Aeropuerto, formalizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 es definitiva, sin que exista una expectativa razonable de que los procedimientos aun abiertos en la República Bolivariana, y en especial el procedimiento contencioso administrativo contra el Decreto 806, puedan resultar en una revocación de la decisión.

721. En consecuencia el Tribunal Arbitral concluye que la República Bolivariana de Venezuela incurrió en una denegación de justicia en perjuicio de las Demandantes, al ordenar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009 que el manejo y control del Aeropuerto se entregara al Poder Ejecutivo nacional».

3. El trato nacional

4. El trato de nación más favorecida

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

Una de las principales cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia* (caso CNUDMI/CPA nº 2011-17) consistió en dirimir si Bolivia había expropiado las inversiones de *Rurelec* sin otorgarle una justa compensación efectiva vulnerando de esa manera el artículo 5.1 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Bolivia en el que se recoge la prohibición del Estado receptor de una inversión de expropiar, nacionalizar o llevar a cabo cualquier otra medida de efecto equivalente sobre las inversiones realizadas por inversores de otra parte contratante sin que medie una pronta y adecuada compensación:

«436. El derecho a expropiar es un derecho soberano reconocido por el Derecho internacional, sujeto a ciertas condiciones. Ambas Partes están de acuerdo con tal afirmación, puesto que no es controvertida. La legalidad a nivel internacional, y en virtud del artículo 5(1) del TBI Reino Unido-Bolivia, depende de la existencia de una “causa de utilidad pública” y del pago, al momento de la expropiación, de una “justa compensación efectiva”. Si la expropiación no se hubiera efectuado “por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante”, la expropiación habría sido ilegal per se. Sin embargo, el contorno preciso de las causas de utilidad pública y del beneficio social yace en el ordenamiento constitucional y jurídico interno del Estado en cuestión y, en este caso, es evidente que las condiciones se cumplen, y no son objeto de debate entre las Partes.

(...)

438. En cuanto a la “justa compensación efectiva”, Bolivia decidió que el valor de los bienes era inferior a cero y, por lo tanto, no se debía compensación alguna. Si esto hubiera sido verdad, la expropiación habría sido legal. No obstante, el presente Tribunal, luego de un proceso contencioso que contó con el beneficio de abogados y peritos muy profesionales, ha concluido que EGSA tenía un valor positivo, como se explica en detalle más adelante. Sin embargo, independientemente de que Bolivia no hubiera valuado y entendido correctamente cómo y por qué EGSA no tenía un valor negativo, los hechos planteados por la Demandante no fueron suficientes para convencer al Tribunal de que Bolivia hubiere actuado en forma intencional y voluntaria en aras de obtener una valuación pericial que le asignara dicho valor negativo a EGSA.

439. Rurelec también alegaba que la expropiación era ilegal puesto que el Demandado no ha cumplido con su obligación de garantizar el debido proceso legal al negarse a permitirle participar en el proceso de valuación para determinar el valor justo de la compensación. El Tribunal no está de acuerdo. Contrariamente al TBI EE.UU.-Bolivia, que prohíbe la expropiación “salvo [...] de conformidad con el debido procedimiento legal”, el TBI Reino Unido-Bolivia no establece expresamente el debido proceso como condición previa a la expropiación de una inversión. Asimismo, el Tribunal considera que el artículo 5(1) del TBI Reino Unido-Bolivia, que dispone que “[e]l nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimientos jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo”, no impone sobre el Estado que expropia la obligación de determinar el valor de la compensación mediante un proceso en el cual el nacional o sociedad expropiado deba necesariamente participar. Asimismo, el Tribunal tampoco considera posible inferir de los casos citados por la Demandante (que, además, se tratan de hechos totalmente diferentes de los del caso que nos ocupa), la existencia de una regla de Derecho internacional consuetudinario que obligue a los Estados que expropian a otorgarle al nacional o sociedad expropiado el derecho de participar en dicho proceso de valuación.

440. En su lugar, el recurso del inversionista, si impugna la valuación realizada por el Estado que expropia, consiste en solicitar la revisión mediante procedimientos puestos a su disposición en el derecho interno de ese Estado de conformidad con el artículo 5(1) o someter la cuestión a arbitraje internacional conforme al artículo 8. No obstante, no se ha presentado prueba alguna de que el procedimiento de expropiación interna fuera ilegal per se en virtud del Derecho boliviano, y la propia Demandante no solicitó la anulación de la expropiación.

441. En consecuencia, la cuestión de la ilegalidad es en gran medida objetiva: si EGSA tuviera un valor positivo, Bolivia debería haber indemnizado a la Demandante, ofreciéndoles una justa compensación efectiva, ya que se espera que todo Estado que lleva a cabo una expropiación determine el verdadero valor de los bienes expropiados en forma precisa y profesional. En realidad, Bolivia no compensó (ni tuvo la intención de compensar) a la Demandante, puesto que no realizó una valuación precisa del valor de EGSA en ese momento. De hecho, hizo exactamente lo contrario, y si el Tribunal encontrase que la valuación es “manifiestamente inadecuada” [traducción del Tribunal], ello sería responsabilidad de Bolivia. Como se explicará en detalle más adelante, estamos de hecho ante tal situación y, por ende, la expropiación fue ilegal.

(...)

444. A menudo, el arbitraje internacional en materia de inversiones es terreno de confrontación ideológica y de juicios de valor. Sin embargo, este Tribunal considera que debería limitarse a pronunciarse acerca del resarcimiento pretendido y, así, pasar directamente a la parte del presente Laudo relativa al quantum, a fin de evaluar si EGSA tenía un valor positivo en la fecha de la nacionalización. Puesto que el Tribunal concluye, más adelante, que este era el caso, debería haberse pagado una “justa compensación efectiva”, junto con intereses respecto del valor, devengado a partir de la fecha de la nacionalización, a una tasa adecuada a ser determinada por este Tribunal».

En los casos *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) y *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Rusia* (Caso CNUDMI/CPA n° AA 228), el tribunal tuvo que valorar en primer lugar a la hora de dirimir si Rusia podía ser declarada internacionalmente responsable por incumplir el TCE (elemento objetivo

del hecho internacionalmente ilícito), si dichos actos, llevados a cabo por la empresa estatal *Rosneft*, se le podían atribuir al Estado ruso (elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito):

«1465. The Parties’ differences in respect of attribution are centered on whether there can be attributed to Respondent actions of Rosneft in the acquisition of YNG, and in precipitating and participating in the bankruptcy proceedings. Their differences also include whether the course of the bankruptcy proceedings and the actions in respect of them by the bankruptcy administrator, Mr. Rebgun, are, in whole or in part, attributable to the Russian Federation.

1466. The ILC Articles on State Responsibility are in point. They and their commentary are conveniently republished in a book edited by Professor James Crawford, then the Commission’s special rapporteur on the topic. Chapter II, “Attribution of Conduct to a State,” in its introductory commentary, observes that, “the general rule is that the only conduct attributed to the State at the international level is that of its organs of government, or of others who have acted under the direction, instigation or control of those organs, i.e., as agents of the State.” Article 8, “Conduct directed or controlled by a State,” provides that “[t]he conduct of a person or group of persons shall be considered an act of State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction and control of, that State in carrying out the conduct.” The commentary to Article 8 observes that:

Questions arise with respect to the conduct of companies or enterprises which are State-owned and controlled.... The fact that the State initially establishes a corporate entity... is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity.... Since corporate entities, although owned by and in that sense subject to the control of the State, are considered to be separate, *prima facie* their conduct in carrying out their activities is not attributable to the State unless they are exercising elements of governmental authority... [and] the instructions, direction or control [of the State] must relate to the conduct which is said to have amounted to an internationally wrongful act.

1467. The Parties agree that the actions of organs of the Russian State, whether executive, judicial or administrative, are attributable to Russia. As noted, disagreement is essentially confined to the actions of Rosneft (and Rosneft-controlled YNG) and the actions of the bankruptcy administrator.

1468. The Russian State owned all, or, subsequently, over 70 percent of the shares of Rosneft. Rosneft’s officers were and are appointed by the State and many of the members of Rosneft’s Board of Directors concurrently occupied and occupy senior executive positions in Government, some close to President Putin. All this however does not suffice to attribute to the Russian State the actions of which Claimants especially complain: (a) Rosneft’s collaboration with Baikal in the sale of YNG at auction and its immediate repurchase by Rosneft; (b) Rosneft’s agreement with the SocGen bank creditors syndicate of Yukos to pay the debt of Yukos to those banks, the banks at the same time undertaking to petition Russian courts for the bankruptcy of Yukos; and (c) Rosneft’s successful bids at the bankruptcy auction for much of what was left of Yukos.

1469. That is because it would be difficult, if not impossible, to prove that Rosneft in so acting, did so at the instructions or direction, or under the control of the Russian State—but for one remarkable fortuity that bears on the auction of the shares of YNG and their acquisition by Rosneft.

1470. President Putin conducted a press conference with Russian and foreign media on 23 December 2004. He was asked by V. Terekhov (Interfax), “in the wake of serious events that occurred tonight, when Nefteyugansk passed into the ownership of a state company. Will you comment...?” President Putin replied:

Now regarding the acquisition by Rosneft of the well-known asset of the company—I do not remember its exact name—is it Baikal Investment Company? Essentially, Rosneft, a 100% state owned company, has bought the well-known asset Yuganskneftgaz. That is the story. In my view, everything was done according to the best market rules... a state owned company or, rather, companies with 100% state capital, just as any other market players, have the right to do so and, as it emerged, exercised it. Now what would I like to say in this context? You all know only too well how the privatization drive was carried out in this country in the early 90s and how, using all sorts of stratagems, some of them in breach even of the then current legislation, many market players received state property worth many billions. Today, the state, resorting to absolutely legal market mechanisms, is looking after its own interests. I consider this to be quite logical.

1471. Towards the end of this lengthy press conference, K. Eggert (BBC), noting that there had been a lot of criticism in Western press and official circles of the sale of YNG, asked for the reaction of President Putin to “this criticism and does it concern you at all?” President Putin responded by sharply criticizing the Texas bankruptcy proceedings brought by Yukos and the responsive court ruling as “unacceptable from an international legal point of view... a breach of international politeness” and a manifestation of U.S. “imperium”. He concluded: “As for the deal that took place, I think that it was carried out in strict conformity with the Russian legislation and in accordance with the norms of international law and the international commitments that Russia has taken on as part of the agreements that we have signed with our partners on the international stage. So I do not see any real problems here.”

1472. In this latter comment about agreements that Russia had signed, President Putin may have had the ECT in mind. What at any rate is critical is his statement at the opening of the press conference that, with regard to Rosneft’s purchase of the YNG shares from Baikal, “the state, resorting to absolutely legal market mechanisms, is looking after its own interests.” He did not say that Rosneft was looking after its own interests, but that the purchase signified that the Russian State was looking after “its own interests”. In the view of the Tribunal, that statement constitutes President Putin’s public acceptance and assertion that Rosneft’s purchase of the YNG shares from Baikal was an action in the State’s interest, the inference being that the State, then 100 percent shareholder of Rosneft, the most senior officers of which were members of President Putin’s entourage, directed that purchase in the interest of the State. It follows that that act, as well as the auction of YNG shares that underlay it, is attributable to the Russian State.

(...)

1479. The foregoing line of argument runs up however against the ILC Articles on State Responsibility. Article 4 provides that “[t]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State...” The commentary to this article specifies that “[i]t is irrelevant for the purposes of attribution that the conduct of a State organ may be classified as ‘commercial’ or as ‘*acta iure gestionis*’.”

1480. In respect of attribution, the Tribunal concludes that the Russian Federation is responsible for its organs, executive, judicial and administrative, in the actions that they

took against and in relation to Yukos and its stockholders; that, for the reasons stated above, the Russian Federation, speaking through its President, accepted responsibility for Rosneft's acquisition of YNG and for the auction that underlay it; and that, in respect of other actions of Rosneft that bear on the destruction of Yukos, while proof of specific State direction is lacking, it may reasonably be held that the highest officers of Rosneft who at the same time served as officials of the Russian Federation in close association with President Putin acted in implementation of the policy of the Russian Federation».

Tras estas consideraciones, el tribunal arbitral declaró internacionalmente responsable a Rusia de la quiebra y posterior expropiación de la compañía petrolera *Yukos* en violación del artículo 13.1 del TCE:

«1579. The Tribunal has earlier concluded that “the primary objective of the Russian Federation was not to collect taxes but rather to bankrupt Yukos and appropriate its valuable assets.” For the reasons that emerge in Part VIII, if the true objective were no more than tax collection, Yukos, its officers and employees, and its properties and facilities, would not have been treated, and mistreated, as in fact they were. Among the many incidents in this train of mistreatment that are within the remit of this Tribunal, two stand out: finding Yukos liable for the payment of more than 13 billion dollars in VAT in respect of oil that had been exported by the trading companies and should have been free of VAT and free of fines in respect of VAT; and the auction of YNG at a price that was far less than its value. But for these actions, for which the Russian Federation for reasons set out above and in preceding chapters was responsible, Yukos would have been able to pay the tax claims of the Russian Federation justified or not; it would not have been bankrupted and liquidated (unless the Russian Federation were intent on its liquidation and found still additional grounds for achieving that end, as the second criminal trial of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev indeed suggests).

1580. Respondent has not explicitly expropriated Yukos or the holdings of its shareholders, but the measures that Respondent has taken in respect of Yukos, set forth in detail in Part VIII, in the view of the Tribunal have had an effect “equivalent to nationalization or expropriation”. The four conditions specified in Article 13 (1) of the ECT do not qualify that conclusion.

1581. As to condition (a), whether the destruction of Russia's leading oil company and largest taxpayer was in the public interest is profoundly questionable. It was in the interest of the largest State-owned oil company, Rosneft, which took over the principal assets of Yukos virtually cost-free, but that is not the same as saying that it was in the public interest of the economy, polity and population of the Russian Federation.

1582. As to condition (b), the treatment of Yukos and the appropriation of its assets by Rosneft (and to a much lesser extent, another State-owned corporation, Gazprom), when compared to the treatment of other Russian oil companies that also took advantage of investments in low-tax jurisdictions, may well have been discriminatory, a question that was inconclusively argued between the Parties and need not be and has not been decided by this Tribunal.

1583. As to condition (c), Yukos was subjected to processes of law, but the Tribunal does not accept that the effective expropriation of Yukos was “carried out under due process of law” for multiple reasons set out above, notably in Section VIII.C.3. The harsh treatment accorded to Messrs. Khodorkovsky and Lebedev remotely jailed and caged in court, the mistreatment of counsel of Yukos and the difficulties counsel encountered in reading the record and conferring with Messrs. Khodorkovsky and Lebedev, the very pace of the legal proceedings, do not comport with the due process of law. Rather the Russian court proceedings, and most egregiously, the second trial and second sentencing of Messrs.

Khodorkovsky and Lebedev on the creative legal theory of their theft of Yukos' oil production, indicate that Russian courts bent to the will of Russian executive authorities to bankrupt Yukos, assign its assets to a Statecontrolled company, and incarcerate a man who gave signs of becoming a political competitor.

1584. As to condition (d), what in any event is incontestable is Respondent's failure to meet its prescription, because the effective expropriation of Yukos was not "accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation", or, in point of fact, any compensation whatsoever. In order for the Russian Federation to be found in breach of its treaty obligations under Article 13 of the ECT, the foregoing violations of the conditions of Article 13 more than suffice.

1585. It follows that Respondent stands in breach of its treaty obligations under Article 13 of the ECT. Accordingly Respondent's liability under international law for breach of treaty is established. The Tribunal reaches this conclusion based on its consideration of the totality of the extensive evidence before it. Having found Respondent liable under international law for breach of Article 13 of the ECT, the Tribunal does not need to consider whether Respondent's actions are also in breach of Article 10 of the Treaty.

1586. The establishment of liability under international law is at the heart of its doctrine and jurisprudence. The Statute of the PCIJ, in Article 36(2), referred to "(c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation". The identical provision is found in Article 36(2) of the Statute of the ICJ.

1587. The PCIJ held in the *Factory at Chorzów* case that:

It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself.

1588. In a subsequent phase of the *Factory at Chorzów* case, the Court specified the content of the obligation of reparation in the following oft-quoted terms:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act—a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals—is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for the loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it—such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.

1589. The ILC Articles on State Responsibility provide, in Article 31, an article entitled "Reparation", that "[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act." In support of this conclusion the Articles quote the foregoing holdings in the *Factory at Chorzów* case.

1590. Article 36 of the Articles, entitled "Compensation", provides that:

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby...

The commentary to the Articles states that:

the function of compensation is to address the actual losses incurred as a result of the internationally wrongful act. Compensation corresponds to the financially assessable damage suffered... it is not concerned to punish... nor does compensation have an expressive or exemplary character.”

1591. Article 13 of the ECT specifies, in the event of expropriation, that “compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation... the Valuation Date.”

1592. Article 39 of the ILC Articles on State Responsibility, entitled “Contribution to the injury,” provides that “[i]n the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured... entity in relation to whom reparation is sought.” The ILC’s commentary to the Articles refers to notions of “contributory negligence” and “comparative fault”.

1593. The Tribunal will assess damages in the light of the foregoing accepted principles of international law».

En la Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad en el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/08/6), el tribunal arbitral tuvo que dirimir si las acciones de Ecuador al sancionar y aplicar la Ley 42 equivalían a una expropiación de las inversiones realizadas por Perenco y por lo tanto violaban el artículo 6 del APPRI celebrado entre Francia y Ecuador. En primer lugar el tribunal arbitral dictaminó:

«680. En opinión del Tribunal, si bien el Decreto 662 fue violatorio del Artículo 4 del Tratado por las razones expuestas anteriormente, no constituyó una expropiación indirecta. Las razones del Tribunal pueden explicarse en tres pasos.

681. En primer lugar, el Tribunal recuerda las expectativas de Perenco sobre los precios relativamente estables del petróleo al momento de la adquisición de su participación en los Contratos. Según la declaración del Sr. Spink, a US\$20/barril, Perenco consideró que podría obtener un retorno de su inversión en un período corto de tiempo. Con sujeción a lo que el Tribunal tenga para decir sobre el efecto de las coactivas en el flujo de caja del Consorcio, que se analiza por separado más adelante, si esto fue así antes del Decreto 662, permaneció igual de ahí en adelante. Perenco continuó operando los Bloques y no hubo perjuicio para sus derechos de propiedad y control.

682. En el párrafo 672 de la presente, el Tribunal se refirió a tres casos en los cuales otros tribunales habían hecho hincapié en si el efecto de las medidas supuestamente expropiatorias tuvieron como efecto la casi desaparición del negocio del inversor. A estos casos, se pueden agregar otros. En *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, el tribunal concluyó que una medida no era expropiatoria si no provocaba la “total o muy significativa privación de los derechos sobre la totalidad de la inversión del propietario” y si la demandada continuó en posesión de una “empresa en marcha”. Estos comentarios los hizo en relación con el Artículo 1110 del TLCAN, resaltando varias decisiones que guardan cierta semejanza con los hechos del presente caso:

148. Otros tribunales que resolvieron casos relativos al TLCAN vienen interpretando el Artículo 1110 como una disposición que requiere una privación total o muy significativa de los derechos sobre la totalidad de la inversión del

propietario, y han rechazado reclamos de expropiación cuando (como en este caso) una demandante permanece en posesión de la empresa en marcha. El Laudo Provisorio del caso *Pope & Talbot* rechazó un reclamo por interferencia de las medidas en disputa con las actividades comerciales de las demandantes que supuestamente constituía una expropiación, mientras la demandante continuaba realizando exportaciones rentables de leños. Como explicó el tribunal del caso *S.D. Myers*, '[u]na expropiación generalmente implica una supresión de larga data de la capacidad de un propietario de sacar provecho de sus derechos económicos'.

149. El tribunal del caso *Feldman c. México* rechazó un reclamo de expropiación porque la demandante continuó en posesión y con capacidad para llevar a cabo otras líneas de su actividad comercial. '[A]quí, como en *Pope & Talbot*, los actos regulatorios (cumplimiento de disposiciones de larga data de la legislación Mexicana) no han privado al Demandante del control sobre su compañía, CEMSA, no han interferido directamente en las operaciones internas de CEMSA ni han desplazado al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de continuar con otras líneas de su actividad comercial, como la exportación de bebidas alcohólicas o artículos fotográficos, ... u otros productos ... [aunque] se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarrillos. Por ello, este Tribunal cree que no hubo una "toma" según esta norma articulada en *Pope & Talbot*, en el presente caso'.

150. *Glamis Gold* se resolvió en un sentido similar. '[T]odo análisis de panel debería comenzar por determinar si el impacto económico del conjunto de medidas alcanza para poder llegar a constituir en efecto una incautación: '[E]s necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta ... hubiesen cesado'. El Tribunal está de acuerdo con estas afirmaciones y, por ello, comienza su análisis sobre si hubo una violación del Artículo 1110 del TLCAN mediante la determinación si las medidas federales o de California "perjudic[aron] sustancialmente los derechos económicos del inversor, es decir, la propiedad, el uso, el goce o la gestión de sus actividades comerciales, de tal modo de tornarlos inútiles. La mera limitación de los derechos de propiedad no constituye una incautación'.

683. El tribunal del caso *Grand River* agregó que esto se correspondía con el enfoque de tribunales ajenos al TLCAN que "sostuvieron que una expropiación debe implicar una pérdida o perjuicio muy grande de la inversión de una demandante":

151. (...) tribunales del CIADI rechazaron reclamos de expropiación por disminución sustancial del valor de los bienes de la demandante si la demandante retuvo la propiedad y el control. Por ello, el Tribunal del caso *CMS c. Argentina* denegó un reclamo de expropiación cuando la demandante retuvo el pleno derecho de propiedad y control sobre su inversión, aunque su valor se redujo en más del 90%. El caso *LG&E c. Argentina* es similar: 'La interferencia con la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan.

684. Teniendo en cuenta los estrictos requisitos de los casos mencionados, el Tribunal considera que si bien el Decreto 662 violó el estándar de trato justo y equitativo, no constituyó una expropiación indirecta. Estuvo cerca de hacerlo, pero no cruzó la línea».

No obstante lo anterior, al tribunal arbitral aún le restaba por analizar el efecto combinado del Decreto 662, el inicio de las coactivas, la decisión del Ecuador de no cumplir con la Decisión sobre medidas provisionales, la suspensión de las operaciones y

el comienzo del procedimiento de caducidad, pues, después de todo, los derechos contractuales de *Perenco* quedaron formalmente extinguidos por la declaración de caducidad y la inversión en los Bloques 7 y 21 quedó extinguida desde la fecha de dicha declaración. A este respecto, el tribunal arbitral concluye afirmando que:

«708. (...) No fue contrario al Artículo 6 que Ecuador haya continuado operando los yacimientos frente a la negativa de la Demandante de retomar las operaciones hasta que la cuestión de las coactivas haya sido resuelta a su satisfacción. Pero la decisión de iniciar el proceso de *caducidad* y de dar por extinguidos los derechos contractuales de *Perenco* durante este arbitraje constituye, en opinión del Tribunal, una violación del Artículo 6.»

(...)

710. El Tribunal reconoce que esta declaración de intención fue anterior a la suspensión de las operaciones por parte del Consorcio y al intercambio epistolar entre las partes. La potestad del Ministerio de iniciar o no el proceso de *caducidad* era discrecional y el Tribunal entiende que esta potestad debería haberse ejercido en pos de evitar el proceso de *caducidad* mientras se esperaba una declaración sobre los derechos y las obligaciones de las Partes en este procedimiento. Por ello, el Tribunal concluye que a partir de la fecha de la declaración de la *caducidad*, momento en que se extinguieron los derechos del Consorcio, la Demandada expropió los derechos contractuales de *Perenco* en violación del Artículo 6 del Tratado (...).

En el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/27) el tribunal arbitral tras determinar las medidas adoptadas por Venezuela en virtud de las cuales se redujeron drásticamente la producción y las exportaciones de petróleo de las demandantes violaron el estándar de trato justo y equitativo consagrado en el artículo 3.1 del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela, consideró que las decisiones adoptadas por esas mismas autoridades derivaron en una expropiación de las inversiones de las demandantes pero de carácter ilícito, no incumpléndose, por lo tanto, el artículo 6 del APPRI:

«286. El Tribunal debe determinar si las medidas a las que hacen referencia las Demandantes tuvieron un efecto equivalente a una expropiación según el significado establecido en el Artículo 6 del TBI. El Tribunal considera que, en virtud del derecho internacional, una medida que no contenga todas las características de una expropiación formal puede ser equivalente a una expropiación si da lugar a una efectiva privación de la inversión en su conjunto. Dicha privación requiere de la pérdida total del valor de la inversión o de la pérdida total del control por parte del inversor de su inversión, ambas de carácter permanente.

(...)

297. El Tribunal considera que la expropiación de las inversiones de las Demandantes fue el resultado de leyes promulgadas por la Asamblea Nacional y de las decisiones tomadas por el Presidente de la República de Venezuela, con el propósito de crear nuevas empresas mixtas en las que el Estado tuviera una participación de más del 50% de las acciones. Se previeron negociaciones con las empresas petroleras a tal efecto por un período de cuatro meses, y la nacionalización fue contemplada solo en caso de que las negociaciones fracasaran. En este caso, las negociaciones fracasaron. En otros casos mencionados por la

Demandada, las negociaciones fueron exitosas, por ejemplo, con Chevron, Total, Statoil, Sinopec o BP. El Tribunal considera que este proceso, que permitió a las empresas participantes sopesar sus intereses y tomar decisiones durante un período de tiempo razonable, fue compatible con la obligación del debido proceso del Artículo 6 del TBI.

(...)

301. Se encuentra fuera de discusión que las Demandantes no recibieron compensación y que Venezuela no cumplió con su obligación de pagar una compensación de conformidad con el Artículo 6 c) del TBI. Sin embargo, el mero hecho de que un inversor no haya recibido compensación no convierte en sí mismo a una expropiación en ilegal. Pudo haberse realizado una oferta de compensación al inversor y, en tal caso, la legalidad de la expropiación dependerá de los términos de esa oferta. Para decidir si una expropiación fue ilegal o no ante la ausencia del pago de una compensación, un tribunal debe considerar los hechos del caso.

(...)

305. Le correspondía a las Demandantes probar las argumentaciones referidas a la realización de propuestas durante aquellas negociaciones. Probablemente hubo discusiones en ese momento respecto del método de valuación de los intereses de la expropiación, sobre la relevancia de las disposiciones del tope a las que se refiere Venezuela y sobre el monto exacto de compensación a pagar a las Demandantes. El Tribunal observa que la prueba presentada no demuestra que las propuestas realizadas por Venezuela fueran incompatibles con el requisito de compensación “justa” del Artículo 6.c) del TBI. Por consiguiente, las Demandantes no han establecido la ilegalidad de la expropiación bajo esa base.

306. En virtud de lo expuesto, se rechaza la reclamación de que la expropiación fue ilegal. Por consiguiente, el Tribunal no necesita considerar el estándar de compensación en caso de expropiación ilegal, ni si diferiría del estándar de compensación a pagar en caso de expropiación legal. La compensación debe ser calculada de conformidad con los requisitos del Artículo 6.c) del TBI posición tomada por Venezuela durante las discusiones respecto de la compensación a pagar. No se discute que las negociaciones tuvieron lugar, y se ha establecido que Venezuela realizó propuestas durante aquellas negociaciones. Probablemente hubo discusiones en ese momento respecto del método de valuación de los intereses de la expropiación, sobre la relevancia de las disposiciones del tope a las que se refiere Venezuela y sobre el monto exacto de compensación a pagar a las Demandantes. El Tribunal observa que la prueba presentada no demuestra que las propuestas realizadas por Venezuela fueran incompatibles con el requisito de compensación “justa” del Artículo 6.c) del TBI. Por consiguiente, las Demandantes no han establecido la ilegalidad de la expropiación bajo esa base».

Por las razones que seguidamente se exponen, el tribunal arbitral designado para resolver el caso *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB (AF)/09/1) concluyó que la finalización unilateral por parte de Venezuela del contrato de concesión minera de oro vigente con la empresa demandante no suponía una expropiación ilícita y que por lo tanto no se había vulnerado el artículo VII del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela:

«664. The Tribunal has debated at some length whether to give prevalence to the State’s interference leading to the termination of the Brisas Project or to the formal compliance with the 1999 Mining Law and the Mining Titles as a ground for the terminations. In the former case, expropriation would have occurred due to Respondent’s acting in the exercise of a sovereign, not merely regulatory, power (*iure imperii*). However, if the State was

acting as a regulatory power enforcing contractual rights, no expropriation would have occurred.

(...)

667. This is not a straight-forward issue, as the political motivations that undoubtedly existed make it difficult to distinguish between sovereign and regulatory acts. As noted above, the Tribunal has considered the issue at length. On balance, the Tribunal concludes that the nature of the breach by Claimant (failure to exploit within the required timeframe) was such that termination on this ground could not be said to be merely “pretextual”. This was an important provision in both Concessions which Claimant had not complied with, and neither Respondent’s prior reassurances nor its political motivations alter the fact that a contractual right to terminate existed upon plausible grounds. As such, this Tribunal adopts a similar position to that taken by the *Malicorp* tribunal that the reasons given by Respondent for terminating the Concessions were sufficiently well founded that the terminations cannot be considered as a form of expropriation under international law.

668. Consequently, the Tribunal finds that Respondent’s acts were an exercise of regulatory powers under the 1999 Mining Law and the relevant Mining Titles, and therefore not acts of an expropriatory nature. This does not detract from the fact that the manner by which such regulatory powers were exercised has led to a finding of a serious breach by the State of the FET standard under Article II(2) of the BIT. The seriousness of the breach shall be duly taken into account when determining the amount of the compensation due to Claimant in that regard».

En el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/19), el tribunal arbitral encargado de resolver la controversia en base a las disposiciones del APPRI celebrado entre Suiza y Venezuela y el APPRI celebrado entre Chile y Venezuela declaró que la suspensión, por razones meramente políticas, del Contrato para la gestión del Aeropuerto de Isla Margarita que las autoridades venezolanas le habían adjudicado previamente a las demandantes había supuesto una expropiación ilícita de su inversión:

«454. El concepto de “medida”, que no se halla definido en ninguno de los APRI, debe entenderse en sentido amplio. Así se desprende (aplicando el artículo 31.1 de la CVDT) del propio texto de los APRI, que añade al sustantivo el adjetivo “alguna”, para indicar la omni-comprensividad. El concepto por lo tanto abarca todo tipo de actos administrativos, legislativos o judiciales, realizados por cualquiera de los poderes que constituyen la República (o por cualquier otra entidad de cuyos actos la República sea responsable de acuerdo con el Derecho internacional), y prohíbe que dichos actos resulten en una expropiación o en una nacionalización, o en una medida equivalente que produzca un efecto similar de desposesión.

(...)

456. La “expropiación” radica en que el Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, desposee a un inversor protegido por el Tratado, privándole del control o de la titularidad de una inversión protegida violando los condicionamientos exigidos por el APRI. Desposesión implica que el inversor sufre la pérdida del uso y disfrute (y no necesariamente de la propiedad) sobre la inversión. La definición de los APRI se centra pues en el inversor, no en el Estado. No exige que la desposesión del inversor resulte en una apropiación en beneficio del Estado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el empobrecimiento del inversor provocará el recíproco enriquecimiento de un ente público, lo que facilitará la consideración de la actuación como expropiatoria. La definición de los Tratados tampoco exige que exista intención de desposeer.

(...)

460. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias, nacionalizadoras o equivalentes no es absoluta. Los AAPRI las permiten, siempre que se cumpla una triple condición (y además se pague la correspondiente indemnización):

- Que obedezcan a causa de utilidad pública (aunque el APRI Chile-Venezuela no incluye *verbatim* esta exigencia);
- Que no sean discriminatorias; y
- Que se ajusten a la ley.

461. Una expropiación legítima obliga al pago de una compensación “efectiva y adecuada”, que

- Debe “representar el valor de mercado de la inversión expropiada”;
- En el momento “inmediatamente antes de que las medidas expropiatorias fueren tomadas o se hicieran de conocimiento público, si ocurriere antes”;
- “incluirá intereses desde la fecha de la expropiación”; y
- “será pagada sin demora”;
- “en moneda de libre convertibilidad... libremente transferible”.

(...)

495. En opinión del Tribunal, la República Bolivariana de Venezuela ha incumplido la prohibición, establecida en los artículos 6 de ambos APRI, de no adoptar medida alguna para expropiar o nacionalizar una inversión cuyo titular sea un inversionista protegido por los Tratados.

496. Las Demandantes alegan concretamente que la expropiación que han sufrido debe ser calificada como una expropiación directa.

497. El Tribunal coincide.

498. La doctrina y jurisprudencia aceptan comúnmente que la diferencia entre la expropiación directa e indirecta se encuentra en “*whether the legal title of the owner is affected by the measure in question*”. En este caso, los derechos dimanantes del Contrato han pasado íntegramente de las Demandantes a la República, sin que las expropiadas conserven ni si quiera un derecho nominal sobre la inversión.

499. La decisión de entender que las medidas adoptadas por Venezuela constituyen una expropiación directa se fundamenta en los siguientes razonamientos:

500. Las demandantes señalan que la expropiación adoptó la forma de un *iter expropriatorio*, en el que sucesivas medidas imputables a la República terminaron produciendo la desposesión de los derechos.

501. Nada hay que objetar a esta concepción.

502. Los AAPRI no exigen que la expropiación se realice a través de un solo acto. Al contrario, si varias medidas pueden dar lugar a una medida equivalente a la expropiación (en esos casos, comúnmente se habla de “*creeping expropriation*”), varias medidas también pueden dar lugar a una expropiación directa. Inversamente, una única actuación pública puede dar lugar tanto a una expropiación directa, como constituir una medida equivalente.

503. La República Bolivariana es responsable, de acuerdo con los principios del Derecho internacional, por los actos realizados por la Gobernación de Nueva Esparta y por el Tribunal Supremo. La Gobernación y el Tribunal Supremo ha adoptado varias medidas sucesivas con el resultado que las Demandantes, inversores protegidos titulares de una

inversión protegida, han sido desposeídos de dicha inversión.

(...)

505. Las medidas de la República no son simplemente expropiatorias, sino también nacionalizadoras. Los derechos de los que han sido privados los inversores extranjeros, han pasado a integrarse al patrimonio del Poder Nacional, reforzándose así el convencimiento de que las medidas adoptadas tienen carácter expropiatorio. En realidad lo que ha ocurrido es que el Estado central ha tomado la decisión de renacionalizar la prestación de un servicio – la gestión aeroportuaria – que la Gobernación de un estado había decidido privatizar. Estamos nítidamente ante lo que los APRI consideran “medidas de nacionalización”.

506. Las medidas adoptadas por un Estado, para poder ser calificadas como expropiatorias o de nacionalización, exigen adicionalmente que hayan sido ejecutadas en ejercicio de poderes soberanos – no que se trate de meros actos de naturaleza contractual. Este requisito se cumple en el presente caso (...)

(...)

509. En resumen: el Tribunal Arbitral concluye que las medidas adoptadas por la Gobernación del Estado de Nueva Esparta y por el Tribunal Supremo constituyen una expropiación directa, y más concretamente una nacionalización de la inversión perteneciente a las Demandantes, que gozan del estatuto de inversores protegidos por los APRI.

510. La prohibición de adoptar medidas expropiatorias o nacionalizadoras no es absoluta: los AAPRI permiten – como hemos visto - que los estados expropien o nacionalicen inversiones pertenecientes a inversores protegidos, siempre que se cumplan ciertas condiciones:

- Que obedezcan a causa de utilidad pública (aunque el APRI Chile-Venezuela no incluye *verbatim* esta exigencia);
- Que no sean discriminatorias;
- Que se ajusten a la ley; y
- Que el Estado pague una compensación efectiva y adecuada, que represente su valor de mercado.

511. En el presente caso, varios requisitos no se han cumplido, impidiendo que la expropiación pueda ser considerada como legítima:

- la intervención del Aeropuerto decretada por la Gobernación de Nueva Esparta no se ajustó a la propia ley venezolana: el Juzgado Superior Contencioso Administrativo confirmó la existencia de violaciones al debido proceso en el procedimiento administrativo que dio lugar a la intervención y ordenó la devolución inmediata del Aeropuerto al Consorcio –devolución que la Gobernación pretendió evitar promulgando el Decreto 806 y ordenando el rescate de la concesión;
- las Demandantes no han recibido compensación alguna por la pérdida de su inversión;
- el Decreto 806 le reconoció a las Demandantes el derecho a ser indemnizados, pero la indemnización ni se ha concretado ni se ha satisfecho».

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

En los casos *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) y *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Rusia* (caso CNUDMI/CPA n°

AA 228), Rusia como parte demandada objetó la jurisdicción del tribunal tratando así de evitar que el tribunal conociera el fondo del asunto y la declarase internacionalmente responsable de la quiebra y posterior expropiación de la compañía petrolera *Yukos* amparándose en la «excepción de manos limpias». El tribunal analizó esta cuestión realizando una interpretación del TCE al calor de los hechos, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) (firmada el 23-5-1969) y de la jurisprudencia internacional en la materia:

«1343. Article 26(6) of the ECT provides that “[a] tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.”

1344. Article 31 of the VCLT, which is widely recognized as reflecting customary international law, provides in its first paragraph that “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

1345. Looking first at the text of the ECT, the Tribunal observes that it does not contain any express reference to a principle of “clean hands.” Nor, unlike some other investment treaties, does the ECT contain an express requirement that investments be made in accordance with the laws of the host country.

1346. In the absence of any specific textual hook, the Tribunal must consider whether, given the need to interpret treaties in good faith and take account of their object and purpose, the ECT as a whole may be understood as conditioning the protection of investments on their legality, or on the good faith of the investor. The Tribunal addresses this question in subsection (a) below.

1347. In addition to any potential limitation on the protection of investments inherent in the ECT, a principle of “clean hands” could be relevant to this arbitration pursuant to Article 26(6) of the ECT if it were an “applicable rule [...] or principle [...] of international law.” The Parties dispute whether “clean hands” exists as a “general principle of international law recognized by civilized nations” in the meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the ICJ. The Tribunal addresses this question in subsection (b) below.

1348. Finally, in subsection (c) below, the Tribunal considers whether any of the 28 instances of “bad faith and illegal conduct” of which Respondent accuses Claimants fall within the scope of any “unclean hands” or similar principle applicable in the ECT context.

(a) Can a Clean Hands Principle or Legality Requirement be Read into the ECT?

1349. The Tribunal notes that there is support in the decisions of tribunals in investment treaty arbitrations for the notion that, even where the applicable investment treaty does not contain an express requirement of compliance with host State laws (as is the case with the ECT), an investment that is made in breach of the laws of the host State may either: (a) not qualify as an investment, thus depriving the tribunal of jurisdiction; or (b) be refused the benefit of the substantive protections of the investment treaty.

1350. The Plama tribunal, deciding a case under the ECT, thus stated that the “substantive protections of the ECT cannot apply to investments made contrary to law.” It acknowledged that the ECT “does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law,” but stated that “[t]his does not mean... that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic and international law.” The tribunal explained that, in that case,

granting the claimant protection would have “be[en] contrary to the principle *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*” and “the basic notion of international public policy—that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal.”

1351. Other arbitral tribunals have stated in obiter dicta that the principle that an investment “will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith” or “of the host State’s law” is a “general principle [...] that exist[s] independently of specific language” in an investment treaty.

1352. The Tribunal agrees with this proposition. In imposing obligations on States to treat investors in a fair and transparent fashion, investment treaties seek to encourage legal and bona fide investments. An investor who has obtained an investment in the host State only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host state, has brought itself within the scope of application of the ECT through wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit from the Treaty.

1353. For reasons that will become apparent further in this chapter, the Tribunal does not need to decide here whether the legality requirement it reads into the ECT operates as a bar to jurisdiction or, as suggested in *Plama*, to deprive claimants of the substantive protections of the ECT.

1354. However, the Tribunal does need to address Respondent’s contention that the right to invoke the ECT must be denied to an investor not only in the case of illegality in the making of the investment but also in its performance. The Tribunal finds Respondent’s contention unpersuasive.

1355. There is no compelling reason to deny altogether the right to invoke the ECT to any investor who has breached the law of the host State in the course of its investment. If the investor acts illegally, the host state can request it to correct its behavior and impose upon it sanctions available under domestic law, as the Russian Federation indeed purports to have done by reassessing taxes and imposing fines. However, if the investor believes these sanctions to be unjustified (as Claimants do in the present case), it must have the possibility of challenging their validity in accordance with the applicable investment treaty. It would undermine the purpose and object of the ECT to deny the investor the right to make its case before an arbitral tribunal based on the same alleged violations the existence of which the investor seeks to dispute on the merits.

1356. Respondent has not been able to cite any apposite authority in support of its contention. The statements of investment tribunals it relies on were all made obiter and are too vague to allow any certain conclusions to be drawn as to their intended meaning. For example, the statement in *Fraport* that illegal acts in the course of an investment “might be a defense to claimed substantive violations” appears to suggest that, in some cases, the State’s actions will have been justified as an appropriate response to the investor’s violations of national law. As is clear from the decision, the statement by the *Fraport* tribunal does not imply the unavailability of the substantive protections of the treaty, but rather concludes that the respondent State has not incurred any liability under the treaty.

(b) Does the “Clean Hands” Doctrine Constitute a “General Principle of Law Recognized by Civilized Nations”?

1357. Since the Tribunal will not read into the ECT any legality requirement with respect to the conduct of the investment, it must consider Respondent’s more general proposition that a claimant who comes before an international tribunal with “unclean hands” is barred from claiming on the basis of a “general principle of law.”

1358. The Tribunal is not persuaded that there exists a “general principle of law recognized by civilized nations” within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute that would bar an investor from making a claim before an arbitral tribunal under an investment treaty because it has so-called “unclean hands.”

1359. General principles of law require a certain level of recognition and consensus. However, on the basis of the cases cited by the Parties, the Tribunal has formed the view that there is a significant amount of controversy as to the existence of an “unclean hands” principle in international law.

1360. Respondent has demonstrated that certain principles associated with the “clean hands” doctrine, such as *exceptio non adimpleti contractus* and *ex iniuria ius non oritur* have been endorsed by the PCIJ and the ICJ. However, the Tribunal notes that Judge Simma in his separate opinion in the Application of the Interim Accord of 13 December 1995 raises doubt as to the continuing existence of the *exceptio non adimpleti contractus* principle.

1361. With regard to the “unclean hands” doctrine proper, Respondent has referred to the dissenting opinion of Judge Schwebel (a member of this Tribunal) in the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua ICJ case, where he concluded that Nicaragua’s claims against the United States should fail because Nicaragua had “not come to Court with clean hands.” Respondent also referred to other dissenting ICJ and PCIJ opinions where the principle of “unclean hands” was invoked (albeit often without referring to it by name).

1362. However, as Claimants point out, despite what appears to have been an extensive review of jurisprudence, Respondent has been unable to cite a single majority decision where an international court or arbitral tribunal has applied the principle of “unclean hands” in an interState or investor-State dispute and concluded that, as a principle of international law, it operated as a bar to a claim.

1363. The Tribunal therefore concludes that “unclean hands” does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as Claimants in this case.

(c) Would any Instances of Claimants’ Alleged “Bad Faith and Illegal” Conduct be Caught by a Legality Requirement Read into the ECT?

1364. To summarize, the Tribunal accepts that a claimant may be barred from seeking relief under the ECT if its investment was made in bad faith or in violation of the laws of the host state.

1365. It follows that the alleged instances of “unclean hands” listed in Subsections IX.B.2(b), (c) and (d) above—specifically, the instances related to the alleged abuse of the Russia–Cyprus DTA, the tax optimization scheme and the obstruction of Russia’s enforcement of tax claims against Yukos, all of which relate to actions that were taken after the making of Claimants’ investment, cannot have any impact on the availability of ECT protection for Claimants.

1366. This leaves for the Tribunal’s consideration Respondent’s allegations of bad faith and illegal conduct in the acquisition of Yukos and the subsequent consolidation of control and ownership over Yukos and its subsidiaries, set out in Subsection IX.B.2(a) above.

1367. It is common ground between the Parties that these actions were taken before

Claimants became shareholders of Yukos in 1999, 2000 and 2001 and, consequently, were not taken by Claimants themselves, but by other actors, such as Bank Menatep and the Oligarchs. Claimants submit that these actions are thus irrelevant to these arbitrations, as the conduct complained of was not that of Claimants' themselves and, in any event, pre-dates Claimants' investment.

1368. Respondent replies that, on the contrary, the process of the acquisition of the Yukos shares by Claimants should not be seen in isolation but as an integral part of the "making of the investment" by Claimants. Respondent's argument was most convincingly put by Dr. Claudia Annacker during the Hearing. Dr. Annacker argued as follows: Contrary to Claimants' position, the serious illegalities that infect the entire process of the acquisition of the Yukos shares by Claimants cannot simply be ignored because the transfer of the shares to the Claimants...viewed in isolation, is asserted to be legal. These illegalities cannot somehow be cured through multiple transfers within this network of the oligarchs' offshore companies from one shell company to another. Indeed, the making of an investment is often a process rather than an instantaneous act, and often comprises a number of diverse transactions. These transactions must be treated as an integrated whole. The transactions may have a separate legal existence, but they have a common economic aim... Indeed, it would be incompatible with economic reality and undermine the integrity of the legal process if serious irregularities – illegalities – infecting the process of the making of the investment would not affect the availability of investment treaty protection, whether or not a specific transaction, part of the process, if viewed in isolation, might be legal. Now, this conclusion applies a fortiori where a claimant is not unrelated to the persons or entities that committed these illegalities, but is an investment vehicle owned and controlled by the same persons who committed the illegalities... Otherwise, investment treaty protection could be achieved simply by shifting investments through layers of ownership and control to launder illegal investments... While Claimants' acquisition of their shares may be a separate legal transaction, there is a common economic aim pursued by the same oligarchs...

1369. The Tribunal agrees with Respondent that an examination of the legality of an investment should not be limited to verifying whether the last in a series of transactions leading up to the investment was in conformity with the law. The making of the investment will often consist of several consecutive acts and all of these must be legal and bona fide.

1370. In the present case, however, Respondent has failed to demonstrate that the alleged illegalities to which it refers are sufficiently connected with the final transaction by which the investment was made by Claimants. The transactions by which each Claimant acquired its investment were their purchases of Yukos shares. As established in the Interim Award, these purchases were legal and occurred starting in 1999.¹⁷⁸² On the other hand, the alleged illegalities connected to the acquisition of Yukos through the loans-for-shares program occurred in 1995 and 1996, at the time of Yukos' privatization. They involved Bank Menatep and the Oligarchs, an entity and persons separate from Claimants, one of which—Veteran—had not even come into existence. With respect to Respondent's other allegations, regarding profit skimming and the oppression of minority shareholders, it is also clear to the Tribunal that they are not part of the transaction or transactions by which each Claimant acquired their interest in Yukos.

1371. Respondent relies on Anderson for the proposition that "illegalities infecting an investment that pre-date a claimant's acquisition of the investment are not irrelevant or outside the tribunal's jurisdiction *ratione temporis*." However, the tribunal in that case examined and found to be illegal the very transaction through which the claimants obtained their investment, not any prior transactions made by other persons.

1372. While it is true that the claimants in Anderson were not blamed for the illegality that

tainted their investment, nevertheless it is the very transaction by which their respective investments were obtained that was considered illegal by the tribunal, and led it to decline jurisdiction.

(d) Conclusion

1373. The Tribunal concludes that Respondent's "unclean hands" argument fails as a preliminary objection. It does not operate to deprive the Tribunal of its jurisdiction in this arbitration, render inadmissible any of the Claimants' claims or otherwise bar Claimants' from invoking the substantive protections of the ECT».

Pese a que el tribunal arbitral consideró que la aplicación de la excepción de manos limpias no procedía en este caso, afirmó que:

«1374. However, as will be seen in Chapter X.E and Part XII, some of the instances of Claimants' "illegal and bad faith" conduct complained of by Respondent in the context of this preliminary objection, could have an impact on the Tribunal's assessment of liability and damages».

Algo sobre lo que volvió el tribunal arbitral en el momento de determinar la reparación debida por Rusia por incumplimiento del TCE:

«1594. The Tribunal now has to determine whether the damages caused to Claimants by the wrongful acts of Respondent should be reduced because, as Respondent argues, "Claimants may not recover from the Russian Federation the fruits of their own wrongdoing."

1595. In support of its submission, Respondent invokes mainly the legal principle of contributory fault. In its Closing Statement, Respondent argued that Claimants failed to establish that their loss was caused by the Russian Federation's actions in violation of its obligations under the ECT, notably by failing to account for the effects of Claimants' own actions and of Yukos' actions. It argued that Claimants ignored Article 39 of the ILC Articles on State Responsibility, which provides:

Article 39. Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by willful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

1596. Extracts of the ILC's Commentary to Article 39 are pertinent, including the following:

Article 39 deals with the situation where damage has been caused by an internationally wrongful act of a State, which is accordingly responsible for the damage in accordance with Articles 1 and 28, but where the injured State, or the individual victim of the breach, has materially contributed to the damage by some willful or negligent act or omission. [emphasis added]

1597. The Tribunal also refers to Article 31 of the ILC Articles on State Responsibility, which states:

Article 31. Reparation

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

1598. The following extract from the ILC's Commentary to Article 31 is also noted:

It is true that cases can occur where an identifiable element of injury can properly be allocated to one of several concurrently operating causes alone. But unless some part of the injury can be shown to be severable in causal terms from that attributed to the responsible State, the latter is held responsible for all the consequences, not being too remote, of its wrongful conduct.

1599. The Tribunal must therefore decide, on the basis of the totality of the evidence before it, whether there is a sufficient causal link between any willful or negligent act or omission of the Claimants (or of Yukos, which they controlled) and the loss Claimants ultimately suffered at the hands of the Russian Federation through the destruction of Yukos.

1600. The Tribunal notes that it is not any contribution by the injured party to the damage which it has suffered which will trigger a finding of contributory fault. The contribution must be material and significant. In this regard, the Tribunal has a wide margin of discretion in apportioning fault.

(...)

1607. In Chapter IX.A above, the Tribunal reviewed some 28 instances of alleged "illegal and bad faith conduct" by Claimants or "attributable to the Claimants", which Respondent argues have contributed to Yukos' demise or should, in any event, prevent Claimants from recovering damages from the Russian Federation. For the reasons set out in that chapter, the Tribunal has already concluded that most of these "actions or omissions" cannot be considered as having materially contributed to Yukos' demise.

1608. There are, however, four remaining instances of alleged willful or negligent conduct by Claimants and/or Yukos which, the Tribunal agrees, must be considered as potentially constituting fault that may have contributed to the destruction of Yukos, for which the Tribunal has found Respondent responsible. These four instances are:

- i) Yukos' conduct in some of the low-tax regions;
- ii) Yukos' use of the Cyprus-Russia DTA;
- iii) Yukos' conduct in connection with the YNG auction, notably the procuring of a Temporary Restraining Order by a Texas court and the published threat of a "lifetime of litigation"; and
- iv) Yukos' conduct in connection with its bankruptcy, notably the non-payment of the A Loan.

(...)

1633. Paraphrasing the words of Article 39 of the ILC Articles on State Responsibility and its commentary, the Tribunal must now determine whether Claimants' and Yukos' tax avoidance arrangements in some of the low-tax regions, including their questionable use of the Cyprus- Russia DTA summarized above, contributed to their injury in a material and significant way, or were these minor contributory factors which, based on subsequent events such as the decision of the Russian authorities to destroy Yukos, cannot be considered, legally, as a link in the causative chain. As the Tribunal noted earlier in this chapter, an award of damages may be reduced if the victim of the wrongful act of the

respondent State also committed a fault which contributed to the prejudice it suffered and for which the trier of facts, in the exercise of its discretion, considers the claiming party should bear some responsibility.

1634. In the view of the Tribunal, Claimants should pay a price for Yukos' abuse of the low-tax regions by some of its trading entities, including its questionable use of the Cyprus-Russia DTA, which contributed in a material way to the prejudice which they subsequently suffered at the hands of the Russian Federation.

1635. In considering the extent of the contribution of Claimants' faults to their injury, the Tribunal notes that the subsequent conduct of the Russian Federation, as the Tribunal has found, was disproportionate and tantamount to expropriation of Claimants' investment in Yukos. Claimants' damages were caused by the series of events starting with the arrest of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev, and the tax assessments, and culminating in the YNG auction, which led to the bankruptcy and liquidation of Yukos. The Tribunal must now determine to what extent and in what proportion Claimants' and Yukos' conduct prior to 2003, including their questionable use of the Cyprus-Russia DTA, contributed so as to lessen the responsibility of Respondent.

1636. The Tribunal agrees with the ICSID Annulment Committee in the *MTD v. Chile* case that "the role of the two parties contributing to the loss [is] [...] only with difficulty commensurable and the Tribunal [has] a corresponding margin of estimation." However, the Tribunal, as other tribunals have done, must reach a decision and it has done so on the basis of all the evidence which it has reviewed.

1637. Having considered and weighed all the arguments which the Parties have presented to it in respect of this issue the Tribunal, in the exercise of its wide discretion, finds that, as a result of the material and significant mis-conduct by Claimants and by Yukos (which they controlled), Claimants have contributed to the extent of 25 percent to the prejudice which they suffered as a result of Respondent's destruction of Yukos. The resulting apportionment of responsibility as between Claimants and Respondent, namely 25 percent and 75 percent, is fair and reasonable in the circumstances of the present case».

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

Durante el periodo de referencia para la presente crónica algunos tribunales arbitrales se han referido a la interacción normativa entre la protección internacional de las inversiones y los derechos humanos.

Conviene destacar principalmente tres arbitrajes que traen causa de unos mismos hechos por sus interesantes consideraciones sobre este particular expediente: los casos *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Rusia*; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Rusia*; y *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Rusia*. En este contexto, durante el año 2014, el TEDH también se pronunció sobre ciertos aspectos relacionados con el importe de la indemnización derivada de la Sentencia de 20-9-2011, en el caso *Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia* (nº 14902/04).

¹⁰ Epígrafe elaborado por el Dr. Bjorn Arp.

Además, junto a los anteriores litigios, conviene destacar el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/19) y el caso *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* (caso CNUDMI).

A continuación, nos referimos a cada uno de estos asuntos y destacamos los argumentos más importantes desde la perspectiva de la interacción normativa entre el DI de las inversiones y el DI los derechos humanos.

1. Derecho Internacional de los derechos humanos

El 18-7-2014 tres tribunales arbitrales adoptaron sus respectivos laudos en los asuntos *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Rusia* (caso CPA n° AA 226); *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Rusia* (caso CPA n° AA 227); y *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. Rusia* (caso CPA n° AA 228).

Estos tres laudos son un excelente botón de muestra para valorar las relaciones entre distintos subsistemas jurídicos, en tanto que uno de los argumentos empleados por la Federación Rusa para defender su posición fue que una sentencia del TEDH ya había declarado que el procedimiento de ejecución tributaria emprendido contra la empresa *Yukos* no era motivado por puros motivos políticos, sino que podía encajar dentro del margen de apreciación que los Estados poseen para desarrollar procedimientos administrativos y de ejecución que resulten necesarios para hacer efectivo el pago de las deudas tributarias.

Interesa recordar que en el caso *Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, sentencia del TEDH de 20-9-2011 (n° 14902/04), el TEDH había declarado que Rusia había violado varios preceptos de la CEDH, en particular los artículos 6.1 y 6.3.b) y el artículo 1 del Protocolo n° 1 al CEDH, en relación con varios aspectos: 1) el procedimiento seguido para determinar la deuda tributaria de *Yukos* para el año 2000 por la falta de tiempo concedido a la compañía para preparar su caso en primera instancia y en apelación; y 2) con relación a la imposición y cálculo de las sanciones para los años 2000 y 2001. Además, el TEDH declaró que Rusia había violado el artículo 1 del Protocolo n° 1 en relación con los procedimientos de ejecución forzosa, por no aplicar medidas proporcionales para lograr el objetivo legítimo de ejecución de la deuda tributaria. El TEDH, en cambio, rechazó otras alegaciones presentadas por la demandante, en particular, la alegación de que las autoridades rusas habían hecho un uso y abuso de los procedimientos legales con el propósito de destruir la empresa y nacionalizar sus activos. En opinión del TEDH, no se había producido ninguna violación del artículo 18 del CEDH en conjunción con el artículo 1 del Protocolo n° 1.

A pesar de alcanzar las citadas conclusiones sobre el fondo del litigio, el TEDH consideró que todavía no estaba preparado para adoptar una decisión sobre las medidas de reparación, resolviendo finalmente este expediente mediante sentencia de 31-7-2014 e imponiendo una indemnización por importe de casi 1.900.000.000 euros, incluidas las costas procesales. Esta cuantía apenas constituye una fracción de los casi

39.000.000.000 euros que la empresa había solicitado al TEDH, y una fracción aún más pequeña de los 81.000.000.000 euros, en que la compañía estuvo valorada.

Aunque las consideraciones técnicas y jurídicas sobre la evaluación de los daños derivados de la responsabilidad internacional del Estado es un expediente que se escapa a los propósitos de esta sección, a efectos de evaluar las relaciones entre los diversos subsistemas jurídicos en presencia es importante señalar que los tres arbitrajes efectuaron unas estimaciones más amplias, que incluían una valoración de los daños económicos resultantes de las medidas fiscales que padeció la empresa durante el procedimiento administrativo que emprendió la Federación Rusa. Las diferencias se explican por el uso del TEDH de una base jurídica más restringida que los tribunales arbitrales, en concreto, la CEDH y la noción del margen de apreciación nacional. Estas diferencias entre el subsistema regional europeo de derechos humanos y el arbitraje de inversiones están también presentes los comentarios sobre el caso *Quasar de Valores SICAV, S.A., Orgor de Valores SICAV, S.A., GBI 9000 SICAV, S.A., y ALOS 34, S.L. c. Rusia* (caso CCE nº 24/2007), realizados en nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp. 56-60).

Existen, por tanto, apreciables diferencias entre la aproximación de los dos tribunales – arbitral y de derechos humanos– a las medidas tomadas por la Federación Rusa contra *Yukos*. Los tribunales arbitrales, que adoptaron su laudo final en julio de 2014, no ocultaron su desacuerdo con el TEDH. Por ejemplo, en relación con la evaluación del procedimiento para la devolución del impuesto sobre el valor añadido, el TEDH había considerado en su sentencia de 20-9-2011, en el caso *Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, lo siguiente:

«601. The Court notes that both Section 5 of Law no. 1992-1 of 6 December 1991 “On Value-Added Tax” governing the relevant sphere until 1 January 2001 as well as Article 165 of the Tax Code applicable to the subsequent period provided unequivocally that a zero rate of value-added tax in respect of exported goods and its refund could by no means be applied automatically, and that the company was required to claim the tax exemptions or refunds under its own name under the procedure set out initially in Letter no. B3-8-05/848, 04-03-08 of the State Tax Service of Russia and the Ministry of Finance and subsequently in Article 176 of the Tax Code to substantiate the requests in order to obtain the impugned refunds (...). In view of the above, the Court finds that the relevant rules made the procedure for VAT refunds sufficiently clear and accessible for the applicant company to able to comply with it.

602. Having examined the case file materials and the parties’ submissions, including the company’s allegation made at the hearing on 4 March 2010 that it had filed the VAT exemption forms for each of the years 2000 to 2003 on 31 August 2004, the Court finds that the applicant company failed to submit any proof that it had made a properly substantiated filing in accordance with the established procedure, and not simply raised it as one of the arguments in the Tax Assessment proceedings, and that it had then contested any refusal by the tax authorities before the competent domestic courts (...). The Court concludes that the applicant company did not receive any adverse treatment in this respect».

Frente a estas aseveraciones, el tribunal arbitral hizo su propia evaluación del procedimiento de devolución de los impuestos llevado a cabo por las autoridades rusas y afirmó en sus tres laudos de 18-7-2014 que:

«700. In the view of this Tribunal however, far from not receiving “any adverse treatment in this respect” as the ECtHR held, Yukos received some thirteen billion dollars worth of adverse treatment by reason of the imposition on it of VAT liabilities earlier excluded by the undisputed export of the oil in question».

Si en materia económica y fiscal existen interpretaciones diferentes entre ambos órganos judiciales, el tratamiento de las alegaciones de persecución de los directivos y de los empleados de la empresa fue homogéneo. No obstante, también en esta materia se observa que el tribunal arbitral estableció una compensación económica más cuantiosa que el TEDH:

«778. On 25 October 2003, Mr. Khodorkovsky was arrested at gunpoint by an armed special forces unit in a Siberian airport, and taken to Moscow where he was charged with economic crimes including fraud, tax evasion and embezzlement. He was detained for over ten years until his much publicized release on 20 December 2013. According to Claimants, the arrest “paved the way for the subsequent actions of the Russian Federation, which eventually resulted in the dismantling of Yukos.” The ECtHR, in its judgment of 31 May 2011, criticized the manner of Mr. Khodorkovsky’s arrest, the denial of bail, violations of due process and attorney-client privilege, and the subjection of Mr. Khodorkovsky to inhuman and degrading treatment in his pre-trial detention».

Más adelante, el tribunal concluyó lo siguiente sobre la persecución de los directivos y empleados de la compañía:

«820. Having reviewed the abundant evidence in the record of the intimidation and harassment of Yukos’ senior executives, mid-level employees, in-house counsel and external lawyers by the Russian authorities, the Tribunal is convinced that such intimidation and harassment not only disrupted the operations of Yukos but also contributed to its demise and thereby damaged Claimants’ investment».

El tribunal empleó la prueba de los actos de persecución contra los directivos y empleados de la empresa como elemento para demostrar el daño económico a la empresa, mientras que el TEDH lo evaluó más como constitutivo de una violación autónoma de las disposiciones sobre derechos humanos, sin indagar en las consecuencias ulteriores de dichas violaciones.

Las diferencias entre el TEDH y el tribunal arbitral quedaron bien evidenciadas en la discusión sobre el embargo de *Yuganskneftegaz*, la filial más productiva y valiosa de *Yukos*:

«778. The effect of the auction on Yukos’ prospects did not escape the attention of the ECtHR, which acknowledged that YNG had been Yukos’ “only hope of survival.” It was “rather obvious” to the ECtHR that the choice of YNG as the first Yukos asset to be auctioned to satisfy Yukos’ tax debts was “capable of dealing a fatal blow to its ability to survive the tax claims and to continue its existence.” This Tribunal agrees. This Tribunal also agrees with the *Quasar* tribunal’s characterization of the seizure of YNG as an extreme measure capable of “drastic” consequences for Yukos.

779. Those “drastic” consequences will be important for the Tribunal’s determination of an appropriate valuation date for purposes of calculating damages. The dim prospects of resuscitation of Yukos after the “fatal blow” of the YNG auction are discussed in the next chapter on Bankruptcy».

Destaca que, a partir de este momento en el laudo, el tribunal dejó de mencionar a los *dicta* del TEDH y realizó un exhaustivo análisis del procedimiento de embargo de *Yuganskneftegaz*, llegando a la conclusión de que el procedimiento de ejecución forzosa contra esta entidad conllevó efectos expropiatorios:

«1178. The Tribunal notes Respondent's insistence that all aspects of the bankruptcy were conducted in accordance with Russian bankruptcy law. However, the Tribunal's inquiry is not limited to a mere review of the formalities of the bankruptcy. It must address and review all the substantial features of the proceedings.

1179. Thus, the Tribunal views as improper and unfair that, for example:

- All claims filed by Rosneft and the Federal Taxation Service, valued in the billions, were peremptorily accepted by the Court, while the many claims filed by Yukos' affiliated companies were rejected by the Court in a very summary way; and
- Yukos was saddled with a claim of some USD 6 billion that related only to the profit tax to be collected by the Federal Taxation Service as a result of the liquidation of Yukos' assets in the bankruptcy.
- The Tribunal is also troubled by the fact that Rosneft's acquisition of YNG (discussed in Chapter VIII.F of this Award) generated a claim of almost USD 10 billion against Yukos in the bankruptcy, including a claim based on the attribution to Yukos of debts owed to YNG by Yukos' trading companies. Since the Tribunal has already found that Rosneft's acquisition of YNG was, to say the least, questionable, in its view, this claim is equally questionable.

1180. In light of the above conclusions, the Tribunal cannot accept that it was in any sense proper or fair for the creditors' committee to reject the Rehabilitation Plan, for the court to declare Yukos bankrupt, or for Yukos to have been deprived of all of its remaining assets through a hasty and questionable liquidation process. On the contrary, it is evident to the Tribunal that the totality of the bankruptcy proceedings reviewed in this chapter were not part of a process for the collection of taxes but rather, as submitted by Claimants, indeed the "final act of the destruction of the Company by the Russian Federation and the expropriation of its assets for the sole benefit of the Russian State and State-owned companies Rosneft and Gazprom."

1181. The Tribunal notes that its conclusions are consistent with those of the *RosInvestCo* tribunal and the *Quasar* tribunal».

Conviene también señalar que los tres laudos de 18-7-2014 son coherentes con el anterior caso *RosInvestCo UK Ltd. c. Rusia* (caso CCE nº 79/2005):

«621. In conclusion therefore, the Tribunal considers that the totality of the [Russian Federation's] measures were structured in such a way to remove Yukos' assets from the control of the company and the individuals associated with Yukos. They must be seen as elements in the cumulative treatment of Yukos for what seems to have been the intended purpose. The Tribunal, in reviewing the various alleged breaches of the [investment treaty], even if the justification of a certain individual measure might be arguable as an admissible application of the relevant law, considers that this cumulative effect of those various measures taken by the Respondent in respect of Yukos is relevant to its decision under the [investment treaty]. An illustration is, as the Claimant has pointed out, that despite having used nearly identical tax structures, no other Russian oil company was subjected to the same relentless and inflexible attacks as Yukos. In the view of the Tribunal, they can only be understood as steps under a common denominator in a pattern to destroy Yukos and gain control over its assets».

En otro orden de cosas, también destaca el caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/19), donde el tribunal arbitral invocó la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH) (firmada el 22-11-1969) a la tramitación de una auditoría técnica sobre ciertos aspectos relacionados con la concesión para la construcción del Aeropuerto Internacional del Caribe Santiago Mariño, ubicado en la Isla Margarita. En particular el tribunal argumentó:

«521. Existen también graves deficiencias en la Auditoría Técnica y en la tramitación administrativa.

522. La Auditoría Técnica fue ordenada el 2 de diciembre de 2005, inició sus trabajos el 5 de diciembre y el 12 de diciembre ya había dictado sus conclusiones “provisorias”. Estas conclusiones se alcanzaron *inaudita parte*, sin que las Demandantes tuvieran oportunidad de alegar lo que a su derecho conviniera. Este gravísimo vicio procesal socava el valor de la Auditoría: es un principio básico de justicia que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la oportunidad de hacer oír sus argumentos. (nota: Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito el 4 de noviembre de 1950)».

La referencia del tribunal a la CIDH para formular las obligaciones del Estado venezolano en materia procesal es oportuna, a la vista de que el 10-9-2012 este Estado denunció la CIDH. El hecho de que el órgano arbitral mencionara también la CEDH parece señalar que con independencia de la vigencia formal de cualquiera de estos convenios para el respectivo Estado, las normas sobre el debido proceso constituyen reglas generales de DI público por las que el Estado está vinculado. En este caso, el tribunal consideró que dichas reglas, demostradas a partir de dos convenios, eran suficientemente convincentes como para interpretar el requisito de legalidad de las expropiaciones que pueda decretar un Estado.

Por su parte, en el caso *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia* (caso CNUDMI), el tribunal arbitral se ocupó de una situación donde un inversor extranjero originario de Arabia Saudí, que alegaba ser accionista de un banco indonesio, había sido perseguido con el fin de expropiarle sus acciones. El demandante alegó que la referencia a «derechos básicos» en el artículo 10.1 del Acuerdo para la Promoción, Protección y Garantía de Inversiones celebrado entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, en junio de 1981, incorporaba las «normas y derechos básicos del Derecho internacional» (para. 177). A partir de esta aseveración, el demandante dedujo que estas normas básicas incluían las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (firmado el 19-12-1966).

Sin embargo, el tribunal arbitral siguió otra interpretación y derivó la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacia la regla del trato justo y equitativo. El tribunal consideró que el trato justo y equitativo era aplicable en virtud del APPRI celebrado entre el Reino Unido e Indonesia (firmado el 27-4-1976) (y otros APPRI adoptados por Indonesia) a través de la cláusula de la nación más favorecida:

«519. The Claimant argues that the phrase ‘basic rights’ in Article 10(1) means ‘fundamental rights’ and “includes the Claimant’s human and civil and political rights

codified in international law. These include the basic right to a fair trial, as enumerated in Article 14 of the ICCPR” (...). The Claimant argues that this interpretation is supported by the principle of systematic integration of international law norms articulated in Article 31.3(c) of the VCLT as well as the ordinary meaning of the terms in Article 10(1).

520. The Tribunal approaches the interpretation of ‘basic rights’ in accordance with the general rule of interpretation in Article 31.1 VCLT. The object and purposes of the OIC Agreement, as determined in paragraph 73 of the Partial Award, is investment promotion and protection by conferring a broad range of rights on investors.

521. Nevertheless, when Article 10(1) is considered as a whole it refers to measures affecting the ownership or the exercise of ownership rights over an investment. The Claimant’s interpretation considers the term ‘basic rights’ on a stand-alone basis, whereas in Article 10(1) ‘basic rights’ appears as part of an extended phrase relating to the ownership, possession, use, control, management and realization of benefits of capital. The ‘basic rights’ referred to in Article 10(1) are “*basic rights ... on the ownership, possession or utilization of [the investor’s] capital*”. In short, properly interpreted in its context ‘basic rights’ refers to ‘basic property rights’ and is not a general reference to civil and political rights such as the right to a fair trial pursuant to Article 14 of the ICCPR relied upon by the Claimant.

522. For these reasons, the Claimant’s submission that his right to a fair trial is guaranteed by Article 10(1) of the OIC Agreement is rejected. However, for the reasons set out later in this Final Award, the Tribunal will deal with the contention that the Claimant’s rights guaranteed by the ICCPR form an element of the guarantee of fair and equitable treatment by the Respondent under Article 14(2) of the ICCPR to which Convention Indonesia is an acceding party».

Con esta premisa, el órgano arbitral analizó primero las alegaciones de la demandante sobre la expropiación y después se ocupó del trato justo y equitativo, donde incluyó amplias consideraciones sobre derechos humanos:

«556. The Claimant alleges that the Respondent has exceeded its prosecutorial and investigative powers and therefore denied the Claimant of fair and equitable treatment. In particular, the Claimant alleges that his treatment by the Respondent breached the ICCPR. In this section the Tribunal will discuss the ICCPR and its relevance to the Claimant’s FET claim.

557. The ICCPR is an integral part of the UN’s “International Bill of Rights”, which includes the Universal Declaration of Human Rights 1948, the ICCPR 1966 and its two Optional Protocols, as well as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR 1966.

558. The ICCPR is now regarded as “a part of general international law.” It constitutes an extension of the rule first established by the Permanent Court of International Justice in 1925 that “rights under international law could be conferred on individuals.”

559. The most signally important feature of the ICCPR is that it is a universal instrument which contains binding legal obligations for the States parties to it. The rights enshrined within it represent the basic minimum set of civil and political rights recognized by the world community. Moreover, whatever the disagreement over the nature of the human rights obligations in the United Nations Charter and in the Universal Declaration of Human Rights, there is no doubt that the obligations in Article 2 of the ICCPR to respect and ensure the rights in the ICCPR are legally binding.

560. When a State becomes a party to the ICCPR by ratification of the Covenant it enters into a set of relationships with the individuals within its jurisdiction, and with other State parties. Every State party binds itself to a series of obligations arising from the provisions of the ICCPR (Article II). Underlying all these obligations is the overriding principle of good faith, a principle first fulfilled in the Charter of the UN 1945 Article 2(2): “All members in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership shall fulfill *in good faith* the obligations assumed by them in accordance with the present Charter”, and reiterated in the Declaration on Friendly Relations and Co-operation Among States in accordance with the Charter of the UN of 1970: [UN Gen. Ass. Resolution No. 2625 (XXV) “The state shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter”]. Good faith is now a principle of customary international law. Under Article II a State-party assumes the obligation to respect and to ensure the protection of human rights without any discrimination within its jurisdiction. As a consequence, the State Party undertakes to refrain from doing anything injurious to *human rights* and do everything to ensure respect for *human rights of the individual person concerned*. It is the failure to honour this obligation that amounts to a violation of the principle of good faith. And the role of Civil Society – a role reflected and replicated in decisions of international arbitral tribunals – is to keep reminding the State party to adhere to the principle of good faith, and if and when the State has failed to do so, to so declare in its arbitral award.

561. When ratifying a treaty the State undertakes to honour its obligations under that treaty. This means in the present context its obligations to comply *inter alia* with the provisions of Article 14(3)(d) in all aspects. When it does not do so, it is the duty of the competent Court or Tribunal to so declare: even though there is no recourse to be had to the implementing agency – the Human Rights Commission – with respect to remedies».

En los párrafos 562 y 563, el tribunal se refirió a la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de Indonesia y el contenido de su artículo 14, que se ocupa del derecho al debido proceso:

«564. From the foregoing paragraphs it is clear that under Article 14(3)(d) of the ICCPR all persons charged with a criminal offence have a primary, unrestricted right to be present at the trial and to defend themselves. However, this right (and other requirements of due process enshrined in Article 14) cannot be construed as invariably rendering proceedings *in absentia* inadmissible irrespective of the reasons for the accused person’s absence, there must be some exceptional reason for holding the trial *in absentia* even where the address of the assumed is known.

565. Proceedings *in absentia* are not prohibited under Article 14(3)(d) only when the accused person, although informed of the proceedings sufficiently in advance, voluntarily declines to exercise his right to be present. In such circumstances proceedings *in absentia* are permissible in the interest of the proper administration of justice.

566. Where a person has been duly summoned, has received summons well in time to attend the trial but has chosen not to appear (there being no impediment to his not appearing – such as for instance a Red Corner Notice dated 9 June 2009 as in the case of the Claimant) then it would be permissible, even in the light of Article 14(3)(d) to try the accused *in absentia*, and it would not be a breach of that Article where the accused chooses not to appear.

567. A judgment *in absentia* in order to be valid requires that, notwithstanding the absence of the accused, all due notification has been made to inform him of the date and place of his trial and to request his attendance – otherwise the accused will not have been given adequate time and facilities for preparation of his defence (Article 14(3)(b)), will not have

been able to defend himself through legal assistance of his own choosing (Article 14(3)(d)) nor, would he have the opportunity to examine or to have had examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf (Article 14(3)(e)).

568. Where a person has been tried and convicted *in absentia*, it must be shown that the accused was summoned in a timely manner and was informed of the proceedings against him and this cannot be presumed or assumed. It is incumbent on the Court that tried the case to verify that the accused had been informed of the pending case and the proceeding to hold the trial *in absentia* because failing such evidence the right of the accused to be tried in his presence is violated.

569. Where a summons has been stated to be served but no indication is given of any steps actually taken by the State-party in order to transmit the summons to the accused person, and whose address is known to the judicial authority, it will be taken that there is violation of the provisions of Article 14(3)(d): this is because “*when exceptionally, for justified reasons, trials in absentia are held strict observance of the rights of defence is all the more necessary*”.

(a) Presumption of innocence

570. Regarding the Claimant’s right to be presumed innocent, the Claimant claims that, by making adverse public comments about the Claimant, the Respondent failed to respect his right to be presumed innocent, and has therefore acted in violation of the fair and equitable treatment standard.

571. The presumption of innocence is one of the most established fundamental rights of individuals recognized by customary international law. Article 14(2) of the ICCPR provides that “*everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.*”

572. The UN Human Rights Committee, the body that supervises compliance with the ICCPR, made that clear in its General Comment 13 of 1984:

“No guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt. Further, the presumption of innocence implies a right to be treated in accordance with this principle. It is, therefore, a duty for all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial”.

573. The right to be presumed innocent until proved guilty is a principle that conditions the treatment to which an accused person is subjected throughout the period of criminal investigations and trial proceedings, up to and including the end of the final appeal.

574. Various international human rights bodies consider that the presumption of innocence is violated whenever public authorities or representatives of government make public statements, which prejudice the outcome of particular criminal proceedings. As the Inter-American Court of Human Rights (“IACHR”) stated:

“The right to presumption of innocence ... requires that the State should not convict an individual informally or emit an opinion in public that contributes to forming public opinion, while the criminal responsibility of that individual has not been proved”

575. The European Court of Human Rights (“ECHR”), applying Article 6(2) of the European Convention on Human Rights, also held that statements made by a minister of

interior holding up a suspect as an instigator of a murder constituted a violation of the right to the presumption of innocence. The ECHR has also held it to be a violation for a speaker of parliament to make statements amounting to declarations of a suspect's guilt and for a minister of the interior, in a magazine interview, to make statements leaving the public with the impression that the suspect was part of a criminal organization. Likewise, the African Commission on Human and People's Rights, applying Article 7(1)(b) of the African Charter on Human and People's Rights, has found it to be a violation of the right for government representatives, including a state military administrator and a special adviser to the president, publicly to pronounce suspects guilty before and during trial, and for government representatives to organize media campaigns declaring suspects guilty.

576. The Universal Declaration of Human Rights of 1948, states in its Article 11 that:

"[e]veryone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law".

577. As stated by the Human Rights Committee, this duty to refrain from prejudging a trial applies to all public officials, including and especially public prosecutors and other law enforcement authorities. The need for strong, independent and impartial prosecutorial authorities for the effective maintenance of the rule of law and human rights standards cannot be sufficiently emphasized. According to Paragraph 12 of the United Nations' Guidelines on the Role of Prosecutors (1990):

"[p]rosecutors shall, in accordance with the law, perform their duties fairly, consistently and expeditiously, and respect and protect human dignity and uphold human rights, thus contributing to ensuring due process and the smooth functioning of the criminal justice system."

578. The Claimant claims that, in the present case, the Claimant's right to be presumed innocent was compromised by the conduct and publicly expressed views of Indonesian public officials, specifically the declaration of Deputy Attorney General Marwan Effendy at the Jakarta Globe on 8 January 2010: "[w]e have learned that Hesham alone took Rp 3 trillion. We're ready [to go to court] but we still need official loss estimates from state auditors and the money laundering charge provided by the police," ... "Once they finish their job, the case is ready for trial. We hope it will happen this month"

579. The Claimant refers to another public declaration was done through the Jakarta Globe on 21 January 2010, whereby the Deputy Attorney General Marwan Effendy, in reference to the Claimant and Mr Rizvi, stated that: "[t]heir case will be handed to the Central Jakarta Prosecutor's Office because we have concluded the investigation," ... "Hesham and Rafat have inflicted state losses of Rp 3.115 trillion [\$336 million]."

580. In this regard, the Tribunal is of the view that, although the above-mentioned statements were unwise, they state that the Claimant has inflicted losses, but do not state that he is guilty of a crime. To the contrary, they presume his right to a trial».

Este laudo pone de relieve un notable esfuerzo por parte de los árbitros para defender la unidad del ordenamiento internacional, al interpretar aspectos concretos de las violaciones sufridas por el inversor, en conformidad con el APPRI aplicable, haciendo uso de las normas de derechos humanos que para la cuestión concreta existen en el DI general, en este caso, las normas del debido proceso, incluida la presunción de inocencia y la prohibición del juicio *in absentia*.

V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹¹

En primer lugar, en el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/07/17) la comisión *ad hoc* analizó los argumentos presentados por Argentina para solicitar la anulación del laudo, basados en la invocación de tres de las causas contempladas por el artículo 52.1 del Convenio CIADI, a saber: la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento y la falta de expresión de los motivos en los que se funda el laudo.

Con relación a la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, de conformidad con el artículo 52.1.b), la comisión comenzó por fijar el contenido del estándar aplicable:

«125. La extralimitación manifiesta de facultades puede ocurrir cuando un tribunal de arbitraje resuelve sobre asuntos que las partes no le sometieron a su decisión, cuando el tribunal no aplicó el derecho adecuado o cuando no aplicó el derecho convenido por las partes. En estos casos, la extralimitación de las facultades debe ser considerada “manifiesta”.

126. (...) sobre la primera forma de extralimitación manifiesta, que ocurre cuando el tribunal resuelve cuestiones que no han sido sometidas a su decisión

(...)

128. Para este Comité, es evidente que no toda extralimitación de facultades puede resultar en la anulación de un laudo emitido en virtud del Convenio CIADI. (...) Según la opinión de este Comité, se le ha asignado un significado llano a la voz “manifiesta”, en el contexto del objetivo del artículo 52, teniendo en consideración el carácter definitivo y la naturaleza vinculante de los laudos que dispone el artículo 53. Esto significa que la extralimitación de facultades debe ser obvia, evidente, clara, notoria y de gravedad sustancial, tal como lo expresaron otros comités.

129. En relación con la segunda forma de extralimitación manifiesta de facultades, es decir la falta de aplicación del derecho adecuado, “[l]a historia de la redacción del Convenio del CIADI demuestra que la omisión por parte de un Tribunal de aplicar el derecho aplicable podría constituir una extralimitación manifiesta de facultades, pero una aplicación errónea del derecho no podría significar un error anulable, incluso si fuese manifiesto ... no hay fundamento para dar lugar a una anulación debido a la decisión incorrecta de un Tribunal, un principio que ha sido expresamente reconocido por numerosos Comités *ad hoc*”.

131. A juicio de este Comité, resulta necesario hacer una diferencia entre la falta de aplicación del derecho adecuado y un error en la aplicación del derecho. La primera es una causal de anulación en virtud del artículo 52, la segunda no lo es. Revisar el razonamiento sustantivo mediante el cual el Tribunal arribó a sus conclusiones exigiría reexaminar cómo el Tribunal aplicó el derecho o lo interpretó, lo que implicaría que el Comité actúe como un tribunal de apelación, excediéndose de las facultades que le otorga el artículo 52 del Convenio CIADI. A fin de decidir si el Tribunal aplicó o interpretó en forma errónea el derecho en relación con el asunto que resolvió, el Comité necesariamente tendría que evaluar los hechos y las pruebas, así como la adecuación de los principios legales que

¹¹ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives.

indican las partes y que han sido analizados y aplicados por el Tribunal. Es evidente que esa es la función de un tribunal de apelación, y no de un comité de anulación.

132. La falta de aplicación del derecho forma parte del concepto de la extralimitación manifiesta de facultades y, por las razones expuestas, debe ser evidente, clara, obvia, notoria y de gravedad sustancial. Como se señala más arriba, este Comité acuerda con la postura del profesor Schreuer en cuanto a que existe una diferencia entre la falta de aplicación del derecho adecuado y la errónea aplicación del derecho aplicable, y que la segunda no constituye una causal de anulación, aunque sea un “error manifiesto de derecho”, a menos que sea de tal magnitud que haya implicado la falta total de aplicación del derecho adecuado».

A la luz de las anteriores consideraciones, la comisión examinó el laudo dictado por el tribunal arbitral y descartó que se hubiese producido una vulneración de esta causa de anulación al haberse declarado el tribunal competente para conocer la controversia a través de la invocación de la conocida «doctrina *Maffezini*»:

«134. Como se expresó en los párrafos 15, 17, 30, 32 y 37 anteriores, Argentina afirmó que el Tribunal no tenía competencia para resolver el conflicto entre las partes y que se excedió manifiestamente en sus facultades al arrogarse competencia con base en la CNMF contenida en el TBI Argentina-Italia, la cual, de acuerdo con la mayoría del Tribunal, permitía acudir al TBI Argentina-EE.UU., que no exige el sometimiento previo a la jurisdicción administrativa o judicial argentina.

135. Los Tribunales de los casos en los que se ha resuelto sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida en relación con cuestiones jurisdiccionales han expuesto posiciones contrarias. (...)

136. Las decisiones citadas en el párrafo anterior sugieren que existen dos posiciones extremas sobre este tema: una admite la aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de controversias como una manera de acceder a la jurisdicción del CIADI; la otra estima que no pueden dársele efectos jurisdiccionales a la CNMF. En cada caso particular, la redacción del tratado, las circunstancias de la diferencia y las pruebas y los argumentos aportados tuvieron una función sustancial en la decisión de los tribunales en cuanto a si debería aplicarse la CNMF a cuestiones jurisdiccionales. Por ello, esta cuestión debe ser analizada en cada caso concreto y no es posible establecer, a los efectos de la anulación de un laudo, una regla general que indique que una CNMF se aplica o no se aplica a cuestiones jurisdiccionales. Si el tratado, como ocurre en algunos casos, expresamente prohíbe la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales y el tribunal incumple dicho mandato y aplica la CNMF para arrogarse competencia; o si el tratado en forma expresa extiende la CNMF a cuestiones jurisdiccionales y el tribunal no se arroga competencia, independientemente de la clara redacción de la cláusula, se podría decir que existe una extralimitación manifiesta de facultades. En dichos casos, la mera comparación entre el texto del tratado y la decisión del tribunal podría llevar a la conclusión de que existe una extralimitación de facultades y que dicho exceso sería evidente.

137. No obstante, la cuestión cambia cuando no existe una prohibición o una autorización expresa, y la aplicabilidad o no aplicabilidad de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales requiere, entre otras cosas, una interpretación de las disposiciones de un tratado particular, un análisis de la intención de las partes y de las pruebas y los argumentos aportados en el caso específico. En estos casos se genera una controversia y una división en el razonamiento de los tribunales.

(...)

140. De lo expuesto en los párrafos precedentes, le resulta evidente a este Comité que el tema de si la CNMF en el TBI Argentina-Italia tiene efectos jurisdiccionales en las circunstancias de este caso que le permitieron a Impregilo acudir al TBI Argentina-EE.UU., que no le exige el recurso a los tribunales locales antes de acudir a la jurisdicción del CIADI, es una cuestión compleja, objeto de debate, con opiniones opuestas que fueron discutidas por la mayoría y el árbitro disidente. Ni la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales, ni la negativa a aplicarla para arrogarse competencia pueden ser consideradas, por sí mismas, una extralimitación manifiesta de facultades. Se le solicita al Comité que analice en detalle y *de novo* las cuestiones complejas concernientes al debate sobre la jurisdicción en este caso con el fin de respaldar el análisis del árbitro disidente, que considere que dicho análisis debe prevalecer y que concluya que la mayoría se extralimitó manifiestamente en sus facultades. Esta no es la tarea del Comité. El análisis que se requiere para arribar a una conclusión distinta a la de la mayoría implicaría un nuevo y complejo análisis de las cuestiones del caso, análisis que excede la responsabilidad de este Comité en virtud del artículo 52.

141. Por lo expuesto, es evidente que este Comité no está facultado para determinar si el Tribunal debió o no aplicar el artículo 3.1 del TBI con el fin de declararse competente para analizar el fondo de la controversia. La interpretación que haga un Tribunal de Arbitraje en un sentido u otro sobre la posible extensión de la CNMF a temas jurisdiccionales no puede constituir nunca, por sí sola, una clara, obvia y evidente extralimitación en las facultades».

La comisión *ad hoc* de anulación también respondió a varios alegatos complementarios que Argentina había presentado respecto a la no aplicación de diversos artículos del APPRI celebrado entre Argentina e Italia, en particular sus artículos 4 y 8.3:

«146. Por las razones expuestas en el párrafo 131 anterior, la causal de anulación prevista en el artículo 52 del Convenio CIADI sería la falta de aplicación del artículo 8(3). En este caso el Tribunal no dejó de aplicar el artículo 8(3). Por el contrario, lo estudió en los párrafos 79 a 93 del Laudo y concluyó en el párrafo 94 que carecía de competencia sobre la base de ese artículo específico. Sin embargo, procedió con el análisis de otras disposiciones del tratado y luego de analizar y discutir la CNMF del artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia, en los párrafos 95 a 108 del Laudo, la mayoría del Tribunal concluyó que se podía basar en el TBI Argentina-EE.UU. para no exigirle a Impregilo que acudiera a los tribunales argentinos antes de presentar su solicitud de arbitraje.

147. El alegato de Argentina no está referido, en realidad, a la falta de aplicación del artículo 8(3) del TBI; constituye más bien una manifestación de desacuerdo con la interpretación del Tribunal y, en especial, con su conclusión respecto de los alcances del artículo 3(1) del TBI. No es la tarea de este Comité analizar si la interpretación que hizo el Tribunal del artículo 8(3) es correcta o no. Incluso si el alcance del artículo 52 permitiera al Comité considerar que un error grave en la aplicación de la ley equivale a la falta de aplicación del derecho adecuado, el Comité no encuentra una falta evidente, clara, obvia o de gravedad sustancial en la aplicación del derecho adecuado, ni un error en la aplicación del derecho que hubiera permitido la anulación en el contexto del artículo 52, como solicita Argentina.

150. El Tribunal expuso, en los párrafos 340 a 343 del Laudo, las razones de sus conclusiones en relación con el artículo 4 del TBI y citó en apoyo de esas conclusiones el análisis que hicieron dos Tribunales Arbitrales que conocieron de otros casos contra Argentina (...), de una norma que el Tribunal consideró similar al artículo 4 del TBI. La interpretación que hizo el Tribunal del artículo 4 y el alcance de su aplicación en el Laudo están fundamentados por referencia a otros laudos. Además, el Tribunal explicó por qué

consideró que esa norma no debía aplicarse al presente caso. Lo que sucede es que Argentina no concuerda con el análisis ni con la conclusión del Tribunal. Esto difiere de la falta de aplicación del derecho. No es correcto, por lo tanto, afirmar que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable solo porque no se coincide con la interpretación del Tribunal. Evidentemente determinar si la interpretación que hizo el Tribunal del artículo 4 del TBI es correcta o no es asunto ajeno a este Comité y a cualquier procedimiento de anulación».

Argentina también alegó que se había producido una extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbitral en virtud de cuatro motivos más: 1) al haber ejercido su jurisdicción sobre las reclamaciones planteadas por el inversor extranjero, que estaban basadas en un contrato que esa sociedad no firmó; 2) por fundar su decisión en la jurisprudencia; 3) por no haber concretado suficientemente el estándar del trato justo y equitativo; y 4) por haber fijado una compensación contraria al derecho aplicable a la controversia:

«154. Si bien Argentina alega que Impregilo estaba autorizada por el Tribunal a “tomar el lugar” de AGBA para reclamar una compensación, la cuestión que fue resuelta por el Tribunal fue si Impregilo, en calidad de accionista de AGBA, podía presentar un reclamo independiente por actos que afectan a AGBA, la compañía local. Este fue un tema ampliamente debatido por Argentina y es una cuestión de interpretación del TBI y sus normas. Este Comité no puede analizar dicha interpretación y decidir en otro sentido porque no puede analizar el fondo del Laudo. Describir el debate relativo a los reclamos independientes de los accionistas como una situación donde una compañía “tomó el lugar” de otro, no cambiaría la conclusión mencionada.

155. Asimismo, Argentina no identificó en forma específica qué hechos o cuestiones el Tribunal omitió tener en cuenta en su análisis. Si el Laudo necesitaba ser complementado o rectificado, Argentina podría haberlo solicitado, de acuerdo con el artículo 49(2) del Convenio, pero ciertamente esto no constituye una causal de anulación. Por otro lado, el Tribunal consideró que el accionista tenía un reclamo independiente por los actos que afectaron a la compañía local, que es una cuestión de interpretación del TBI y de sus normas, y que el Comité no puede analizar porque implicaría una decisión sobre el fondo.

156. En relación con el uso por parte del Tribunal de la jurisprudencia como fundamento del Laudo, el Comité opina que no es posible anular un laudo alegando exceso manifiesto de facultades porque el Tribunal de Arbitraje lo fundamentó en otras decisiones arbitrales. Los tribunales están facultados para citar, y suelen hacerlo, otras decisiones para explicar o fundamentar su propio razonamiento; citar lo dispuesto por otros tribunales arbitrales ciertamente constituye una forma válida de fundamentación.

157. Otro reclamo de Argentina fundado en la alegada extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal fue expuesto en el párrafo 53 anterior en el que se consignó que Argentina acusó al Tribunal de omitir deliberadamente “...establecer el parámetro [en relación con el trato justo y equitativo] que va a tener en cuenta para finalmente responsabilizar a la Argentina por la violación de las supuestas expectativas legítimas” (...).

158. A juicio de este Comité, la falta de conceptualización plena del contenido de un estándar no es causal de anulación de un laudo. En general, los tribunales deben expresar los motivos de sus conclusiones, pero no necesitan explicar las razones de dichos motivos. En el presente caso, el Tribunal expresó los motivos de su interpretación del alcance del estándar; no obstante, incluso la falta de explicación de los motivos de su razonamiento no hubiera sido causal de anulación. Es importante destacar que Argentina se contradijo porque expresó que el Tribunal no había explicado el contenido del estándar de trato justo y

equitativo y más tarde afirmó lo que se cita en el párrafo anterior, de lo cual se puede fácilmente deducir que el Tribunal sí analizó el estándar en cuestión. En todo caso, es obvio que la vía de la anulación no es la adecuada para abordar las supuestas omisiones.

159. Finalmente, Argentina alegó extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal al fijar la compensación otorgada a Impregilo en el Laudo, la cual en su opinión es contraria al derecho aplicable y, por esa razón afirmó que, el Tribunal incurrió en esa causal de anulación (...). Según se explicó en ese párrafo, Argentina alegó que el Tribunal colocó a Impregilo en una mejor situación de la que hubiera tenido si Argentina no hubiera tomado acción alguna.

160. 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. Ninguna de las críticas planteadas por Argentina en conexión con el análisis del Tribunal sobre la indemnización constituye una extralimitación de facultades por parte del Tribunal por no haber aplicado el derecho adecuado. 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.

161. En conclusión, según lo expuesto en los párrafos anteriores, el Comité considera que ninguno de los cinco “fundamentos” para solicitar la anulación que presentó Argentina, referidos a la supuesta extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal, constituyen causales de anulación. Por esa razón, denegará la solicitud de Argentina de anulación del Laudo, basada en el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI».

Argentina también alegó la concurrencia de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, una causa de anulación prevista en el artículo 52.1.d) del Convenio CIADI. La comisión *ad hoc* de anulación indicó que esta causa debía entenderse de la siguiente forma:

«163. La causal del artículo 52(1)(d) tiene una connotación importante; la palabra “grave” significa que no cualquier quebrantamiento de una norma de procedimiento puede llevar a la anulación de un laudo; debe ser un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”. Asimismo, la violación debe estar relacionada con una norma “fundamental” de procedimiento.

164. Este Comité está de acuerdo con lo establecido por otros comités en cuanto a que el quebrantamiento debe tener un impacto material sobre el resultado del laudo para ser causal de anulación. Ese impacto, según la opinión del Comité, lo expresa la palabra “grave”.

165. Con el propósito de definir el alcance de esta causal de anulación, otros comités han señalado que las “normas fundamentales de procedimiento” son las siguientes: el trato equitativo a las partes, el derecho a presentar su caso, el carácter independiente e imparcial del tribunal, el tratamiento de la evidencia y la carga de la prueba, y las deliberaciones entre

los miembros del Tribunal. El Comité acuerda con esta postura sobre las normas fundamentales de procedimiento».

Fijado el estándar aplicable, la comisión *ad hoc* de anulación descartó la presencia de esta causa de anulación en el laudo controvertido a la luz de los diversos argumentos presentados por Argentina:

«167. En el párrafo 17 anterior el Comité indicó que Argentina alegó el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento porque el Tribunal se arrogó competencia sin que se hubiera cumplido la condición para que existiera consentimiento (artículo 8(3) del TBI). En este alegato sobre la causal de anulación que se analiza en esta sección, Argentina no indicó cuáles normas fundamentales de procedimiento fueron supuestamente quebrantadas por el Tribunal, ni de qué manera se dio ese quebrantamiento, al interpretar el Tribunal el artículo 8(3) del TBI. Por ese motivo, el Comité se encuentra imposibilitado para analizar este reclamo. (...).

168. Un segundo argumento sobre esta causal de anulación en relación con el consentimiento, se consignó en los párrafos 35 y 36 anteriores. Según lo afirmó Argentina, el Tribunal no respetó el consentimiento de las partes del TBI porque no aplicó la condición de sometimiento previo a la justicia local (...).

169. El Comité entiende que, según Argentina, la norma fundamental de procedimiento que supuestamente fue quebrantada por el Tribunal, fue el consentimiento. El Comité estudió con cuidado la parte del Laudo referente a este asunto y determinó que no se dio tal quebrantamiento, pues el Tribunal analizó los artículos 8(3) y 3(1) del TBI e interpretó que, en este caso concreto, Impregilo podía beneficiarse del TBI Argentina-EE.UU., en el que no se exige el sometimiento previo a la justicia local antes de recurrir al arbitraje CIADI.

170. El Tribunal consideró en el Laudo el artículo 8(3) del TBI que exige al inversor el sometimiento previo a los tribunales argentinos. No obvió el análisis de ese artículo ni dejó de considerar los argumentos de las partes sobre él y sobre el 3(1) del TBI. El reclamo de Argentina es, en realidad, una oposición a la interpretación que hizo el Tribunal de los artículos 3(1) y 8(3) del TBI.

171. Como se ha expresado reiteradamente en los párrafos anteriores, el hecho de que un tribunal interprete las consecuencias jurisdiccionales de la CNMF en un sentido u otro (es decir, considerarla o no aplicable a cuestiones jurisdiccionales) no puede ser causal de anulación, fundada en que esa interpretación en particular constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

172. El tercer argumento de Argentina referente a la causal de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fue resumido en los párrafos 79, 80, 81 y 82 anteriores. En ellos consta la argumentación de Argentina en el sentido de que el Tribunal concedió la indemnización reclamada por Impregilo, en concepto de daños, sin considerar las defensas que esa Nación opuso.

173. El Tribunal analizó el asunto de la compensación otorgada a Impregilo en los párrafos 361 a 381 del Laudo. En ellos se refirió a las dificultades de financiamiento que tuvo AGBA, señaló que sobre esta situación se dio una postura ambigua por parte de las autoridades argentinas y analizó los efectos que produjeron las medidas tomadas por Argentina en el 2002. En el párrafo 371 indicó además que no fue posible determinar con certeza en qué situación hubiera estado Impregilo si Argentina no hubiera violado el estándar de trato justo y equitativo. Basado en ese análisis, el Tribunal definió que las

probabilidades y estimaciones razonables eran fundamento suficiente para el reclamo de compensación de Impregilo.

174. En el párrafo 372 del Laudo, el Tribunal se refirió a los informes de los expertos que presentaron ambas partes. Sobre los de Argentina dijo “[e]n estos últimos dictámenes, los Sres. Dapena y Coloma [quienes fueron interrogados por las Partes y por el Tribunal] sostienen que la concesión no tenía ningún valor económico, por lo que no se justifica entonces el pago de compensación alguna”. Seguidamente, el Tribunal resumió lo que expresaron los expertos que presentó Impregilo. Este Comité considera que hubiera sido deseable que el Tribunal explicara con mayor detenimiento las razones por las que estimó que lo dictaminado por los expertos de Argentina no le mereció fe, pero esa omisión no puede, de ninguna manera, ser causal de anulación del Laudo. Para reforzar esa conclusión el Comité reitera aquí lo que expresó en el párrafo 158 anterior.

175. Si el Tribunal no hubiera considerado las defensas de Argentina en relación con este tema en el Laudo, no aparecería ninguna referencia a los informes de los expertos que esa Nación presentó. Es evidente que el Tribunal buscó la forma de determinar el monto de los perjuicios, para lo cual, mediante la discrecionalidad propia de los tribunales de arbitraje, utilizó probabilidades y estimaciones razonables.

176. El Comité concluye que el Tribunal valoró las pruebas presentadas por ambas partes sobre el monto de la indemnización y analizó las conclusiones expresadas en ellas. No existe por tanto ningún quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento pues Argentina ha tenido la oportunidad de presentar sus defensas y pruebas sobre este tema y el Tribunal fijó el monto de la indemnización en una manera razonable. No existe obligación alguna de los tribunales de arbitraje de expresar en el laudo por qué unas pruebas le merecen más fe que otras. La discrecionalidad razonable y fundada es la regla en esta materia y, evidentemente, no les corresponde a los comités de anulación, que no tienen acceso directo e inmediato a la evidencia aportada por las partes, determinar si las fijaciones hechas en un laudo son correctas. Pretender tal cosa implicaría una valoración sucesiva de las conclusiones de los tribunales de arbitraje, lo que destruiría los principios básicos de la institución del arbitraje y excedería de las facultades de los comités *ad hoc*.

177. Argentina también señaló en esta parte de su reclamo que cuando se invierte la carga de la prueba existe una causal de anulación. No surge con claridad del Laudo que dicha inversión haya afectado en forma sustancial el resultado del caso. El Comité señala también que ni en el Memorial de anulación ni en la Réplica Argentina ofrecieron un fundamento adecuado o un análisis de su posición. Sobre este asunto Argentina hizo una manifestación meramente teórica, sin ninguna referencia al caso concreto».

Acto seguido la comisión ponderó la tercera y última de las causas de anulación presentadas por Argentina, la falta de expresión de los motivos en los que se funda el laudo, dispuesta por el artículo 52.1.e) del Convenio CIADI. En cuanto al contenido de dicha causa de anulación, señaló que:

«180. Para que se pueda establecer este requisito, un comité *ad hoc* no debería abocarse a la adecuación del razonamiento del Tribunal, sino limitarse a establecer si el razonamiento permitiría a un lector informado comprender la forma en la que el Tribunal arribó a sus conclusiones (...)

181. El artículo 52(1)(e) no habilita a un comité a valorar la exactitud ni la fuerza persuasiva del razonamiento del laudo ni a preguntarse por la calidad de los motivos. Como indica el Comité que intervino en el caso *MINE* “... [e]l requisito de que un laudo debe estar fundamentado implica que el lector pueda seguir el razonamiento del Tribunal en

cuanto a los hechos y al derecho. Implica que, y solo que...” “... el requisito de expresión de los motivos se satisface en la medida en que el laudo permite hacer un seguimiento de cómo procedió el tribunal desde el punto A hasta el punto B, y de cómo llegó finalmente a su conclusión, incluso si cometió un error de hecho o de derecho” (traducción libre del Comité). Si un laudo es incomprensible para las partes y para un lector informado, en lo que respecta al razonamiento del Tribunal de Arbitraje, puede considerarse que carece de expresión de motivos y de fundamentación; que las conclusiones del Tribunal de Arbitraje convenzan o no a las partes no puede jamás ser causal válida para anular un laudo».

La comisión *ad hoc* de anulación tampoco encontró motivos suficientes como para aceptar los argumentos presentados por Argentina y declarar la anulación del laudo arbitral:

«182. Argentina afirmó que el Tribunal se declaró competente para conocer de la controversia entre las partes sin que se hubiera cumplido la condición establecida en el TBI para que exista consentimiento y agregó que el Tribunal no expresó los motivos en los que se fundó para llegar a esa conclusión sobre su competencia (...). Esto mismo lo manifestó en la sección que denominó “falta de fundamentación”, cuando se refirió al artículo 3(1) del TBI (...).

183. En los párrafos 79 y 80 del Laudo el Tribunal analizó el contenido del artículo 8 del TBI y la relación entre los incisos (2) y (3) de ese artículo. El Comité sintetizará de la siguiente manera lo expuesto por el Tribunal sobre este tema: en el párrafo 82 señaló las posibles interpretaciones de esos incisos y, en los párrafos 86 al 90, analizó el contexto para llegar a la conclusión expresada en los párrafos 90 y 91, de que Impregilo no cumplió con los requisitos indicados en esa norma. También narró en los párrafos 92 y 93 lo que otros tribunales de arbitraje (...) decidieron sobre los requisitos jurisdiccionales y estableció en el párrafo 94 del Laudo, un paralelismo de ese último caso con el presente.

184. En los párrafos siguientes del Laudo (95 a 109), el Tribunal analizó la CNMF. En el 97 se refirió a los cuatro argumentos que Argentina presentó para oponerse a la utilización de la cláusula de la nación más favorecida en este caso. En el párrafo 99 el Tribunal consignó su interpretación del término “trato” y de la frase “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo”, ambos del artículo 3(1) del TBI, y explicó por qué no consideró los alegatos expuestos por Argentina en su primer argumento, en el que refutó la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales.

185. El Tribunal consideró que, en este caso, podía aplicarse el TBI Argentina-EE.UU. con base en el artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia y llegó a la conclusión de que, debido a esa aplicación, la falta de cumplimiento del requisito establecido en el artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia no afectaba el reclamo de Impregilo. Argentina no estuvo de acuerdo con ese razonamiento y así lo expresó reiteradamente. Para el Comité, resulta obvio que ese desacuerdo con el razonamiento no puede constituir una causal válida de su solicitud de anulación por falta de expresión de motivos.

186. Como se indicó en el párrafo 24 anterior, Argentina afirmó que la conclusión del párrafo 101 del Laudo carece de fundamentación. Este párrafo atiende al tercer argumento que presentó Argentina durante el arbitraje, contra la atribución de efectos jurisdiccionales a la cláusula de la nación más favorecida. El Tribunal explicó su conclusión de que un sistema que brinda la opción de acudir a los tribunales locales y al arbitraje es más favorable que otro que no ofrece esa opción. Argentina no concuerda con esa conclusión. A juicio del Comité, la conclusión del Tribunal y la posición opuesta de Argentina sobre esta cuestión es un tema totalmente ajeno a esta Solicitud de anulación.

(...)

188. Argentina, además, indicó que la conclusión expresada por el Tribunal en el párrafo 108 del Laudo no puede considerarse un fundamento válido, pues el Tribunal ni tan siquiera expresó si consideraba correctos los razonamientos de otras decisiones de Tribunales de Arbitraje que citó (...).

189. A efecto de continuar el análisis de esta argumentación de Argentina, el Comité transcribe de nuevo parte de lo expuesto por ella en relación con el párrafo 108 del Laudo: “Sin perjuicio de que esta conclusión del Tribunal respecto de la ‘casi unanimidad’ de las decisiones sobre esta cuestión es errónea, no existe un principio de stare decisis en el ámbito del arbitraje internacional. Por ello, no puede considerarse un fundamento válido para esta decisión la postura que tuvo una supuesta mayoría de tribunales”.

190. El Comité destaca que, contrariamente a lo que afirmó Argentina, el Tribunal no dio por sentado que estaba obligado a seguir las decisiones tomadas por otros tribunales de arbitraje ni la preponderancia de las decisiones en una forma particular. El Comité considera que el Tribunal entendió que los antecedentes y la “casi unanimidad” que señaló le permitieron reforzar sus razonamientos y decisiones, arribar a una conclusión y resolver el conflicto en la manera en que lo hizo. Esta línea argumentativa de Argentina no es causal de anulación. Ciertamente, lo dictado por los tribunales de arbitraje no es vinculante, pero el razonamiento contenido en sus decisiones bien puede servir de fundamento para una decisión de un tribunal.

191. Debe quedar claro, además, que ningún comité de anulación puede juzgar si un tribunal de arbitraje utilizó un “fundamento válido” para llegar a una determinada conclusión. Los laudos deben ser fundados, pero los razonamientos utilizados por los árbitros como fundamento de los laudos no pueden ni deberían estar sujetos al análisis crítico y sustantivo de los comités de anulación.

(...)

193. (...) Argentina afirmó que, en lo concerniente a la competencia material, el Tribunal no consideró los argumentos fundamentales planteados por ella en su escrito sobre jurisdicción, por lo que pidió que se tuvieran por reproducidos en su Solicitud de anulación. El Comité señala que Argentina no indicó cuáles fueron sus argumentos sobre jurisdicción que consideró fundamentales y que, según su juicio, no fueron analizados por el Tribunal. En relación con la “reproducción” de los argumentos presentados por Argentina, el Comité reitera que no es un tribunal de apelación y que su función no es la de revisar los argumentos de Argentina sobre jurisdicción, sino pronunciarse sobre la supuesta invalidez del Laudo.

194. Respecto de la determinación que hizo el Tribunal de que las acciones de AGBA pertenecientes a Impregilo son inversiones protegidas por el TBI, el Comité señala que el Tribunal se fundamentó en el artículo 1(1)(b) del TBI (...).

195. El Tribunal basó su decisión en su interpretación del TBI y en su comprensión sobre lo que el TBI define como una inversión. El Comité no puede analizar la precisión de dicha interpretación y, en consecuencia, no encuentra que exista aquí ningún fundamento para pedir la anulación del Laudo.

196. Otro reclamo que Argentina incluyó en el título “falta de fundamentación” fue descrito en los párrafos 44 a 46 anteriores. Argentina afirmó en ese alegato que el Tribunal no determinó cómo Impregilo podía reclamar derechos del contrato de concesión; en el

Memorial de anulación citó los párrafos 138, 245, 325 y 331 del Laudo en relación con este reclamo.

197. Aunque Argentina tituló este reclamo particular como “falta de fundamentación”, lo que en realidad afirma es que el razonamiento del Tribunal es contradictorio (“[I]a contradicción en el razonamiento del Tribunal en este caso es manifiesta[.]”) y que dicha supuesta contradicción es tan evidente que podría asimilarse a la falta de fundamentación. El Comité no está de acuerdo con esto. El hecho de que Argentina no esté de acuerdo con el razonamiento del Tribunal, como es el caso aquí, no constituye una falta de fundamentación y, por ello, esta causal debe desestimarse.

198. Según se indicó en el párrafo 47 anterior, Argentina criticó el hecho de que el Tribunal citara un laudo de otro tribunal de arbitraje e insistió en que ese otro laudo no puede ser el fundamento del Laudo. Pretender que lo sea implica una “clara falta de fundamentación en los términos del artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI”.

199. El Comité constató que, efectivamente, en los párrafos 137 a 140 del Laudo, el Tribunal manifestó su criterio sobre la segunda excepción a la jurisdicción planteada por Argentina. Además, que en el 140 indicó que tal como lo señaló la propia Argentina, existe amplia jurisprudencia que demuestra que reclamos similares a los presentados por Impregilo gozan de protección en virtud de los TBI.

200. Como lo señaló Argentina, la jurisprudencia arbitral no es vinculante para ningún tribunal de arbitraje. Sin embargo, ese hecho no significa que un tribunal no pueda sustentar su opinión en lo dicho por otros o apoyar lo que otros han concluido sobre un tema específico. El Tribunal resumió la posición de Argentina en relación con la segunda excepción que ella planteó y en ese resumen se refirió al caso de CMS contra esa misma Nación; afirmó que otros laudos lo han seguido para “... permitirles a los accionistas realizar demandas indirectas en relación con la disminución del valor de sus acciones”.

201. Si el Tribunal concluyó que otros tribunales han aceptado el reclamo indirecto y que no encontraba motivos para apartarse de esa jurisprudencia, ésta es, en opinión del Comité, una forma válida de fundamentar su decisión. Argentina coincidió con esta tesis, pero argumentó que la referencia a casos resueltos no es una manera válida de fundamentar un laudo. A pesar de ello, no explicó por qué no lo es; por qué un Tribunal de Arbitraje no puede fundamentar su decisión diciendo que otros casos se han resuelto de cierta manera y que no encuentra en el caso que analiza motivos para apartarse de esa conclusión. Afirmar que no tiene motivo para disentir de lo resuelto en otro caso significa que el Tribunal aceptó el razonamiento esgrimido en dichas decisiones y lo aplicó al caso concreto sometido a él. Por lo expuesto, no encuentra el Comité que exista la falta de fundamentación alegada por Argentina.

202. Argentina planteó otro alegato sobre la supuesta falta de fundamentación en el párrafo 114 de su Réplica (...). El tema en cuestión es el análisis que hizo el Tribunal del artículo 4 del TBI y de las medidas de emergencia que tomó Argentina durante la crisis económica que sufrió esa Nación. Argentina, en síntesis, afirmó que el Tribunal dictó un laudo carente de fundamentación y la condenó por las medidas de emergencia que había adoptado.

203. En los párrafos 336 a 360 del Laudo, el Tribunal analizó el estado de necesidad alegado por Argentina. En ellos analizó el artículo 4 del TBI a la luz del derecho internacional consuetudinario y consideró lo dispuesto en el artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Analizó también las conclusiones de los Tribunales de Arbitraje de los casos *CMS* y *Suez*; se refirió a hechos de conocimiento público sobre la crisis de Argentina; revisó informes referentes a la situación

económica de esa Nación (...) y consideró la contribución de Argentina a la crisis. En conclusión, el Tribunal fundamentó su decisión en varias fuentes sólidas; por ello, no es correcto afirmar que sus conclusiones sobre este tema carecen de fundamento.

204. Según se indicó en el párrafo 70 anterior, Argentina alegó que la mayoría del Tribunal se basó, fundamentalmente, en el informe del experto de Impregilo sin señalar los fundamentos legales de sus conclusiones y, por esa razón, incurrió en la causal de falta de fundamentación (...).

205. Como se indica en los párrafos 71 y 72 anteriores, Argentina no está de acuerdo con las conclusiones del Tribunal sobre este tema, porque no concuerda con lo dicho por el experto que presentó Impregilo en el procedimiento de arbitraje. Un desacuerdo con la decisión del Tribunal recae claramente fuera de la competencia de este Comité

(...)

207. Resulta obvio que, con la excusa de la supuesta falta de fundamentación de esta parte del Laudo, lo que pretende Argentina es que el Comité valore la credibilidad que debió merecerle al Tribunal el dictamen del experto Edwards presentado por Impregilo, lo que evidentemente es imposible a la luz de los estándares del artículo 52. La credibilidad de un perito no debe someterse a análisis en un procedimiento de anulación.

208. Finalmente, Argentina alegó falta de fundamentación en la sección que denominó "Compensación" (...).

209. El Tribunal analizó el tema de la compensación en los párrafos 361 a 384 del Laudo. Impregilo pidió en el arbitraje el pago de todos los daños sufridos más intereses compuestos; el Tribunal indicó que Impregilo tenía la carga de la prueba, pero que las circunstancias del caso hacían difícil la determinación de los daños. Por eso, el Tribunal señaló que: "...deberán bastar probabilidades y estimaciones [...]". También expresó que tenía serias dudas sobre los pronósticos hechos por AGBA en su Plan de Negocios e indicó, además, que AGBA solo realizó una mínima parte de las inversiones previstas y que no podía concluir que la concesión habría sido rentable. Más adelante, el Tribunal explicó que el monto de la indemnización se basaría únicamente en el aporte de capital hecho por los accionistas de AGBA e indicó cuáles pruebas utilizó para determinar ese monto (los informes de los señores Walck y Giacchino).

210. De lo indicado en el párrafo anterior, el Comité concluye que el Tribunal brindó información y analizó en detalle la prueba considerada y señaló con precisión la forma en la que arribó a la decisión en contra de Argentina. Evidentemente, este Comité no tiene autoridad ni está facultado (entre otras razones, por no haber tenido acceso directo a la prueba que aportaron las partes) para juzgar si las conclusiones del Tribunal fueron correctas o no».

En el capítulo de costas y honorarios de abogados, la comisión *ad hoc* de anulación asignó el pago de primeras a Argentina, al haber sido la parte derrotada en el procedimiento de anulación, y ordenó que cada parte corriese con sus gastos de representación letrada.

En segundo lugar, se comenta el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (caso CIADI n° ARB/07/29), nacido a partir de una solicitud de anulación presentada por Paraguay ante el CIADI fundándose en dos motivos de anulación, a

saber: la extralimitación manifiesta en las facultades del tribunal arbitral y que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Por lo que respecta a la primera causa de anulación señalada por Paraguay en su demanda, la comisión *ad hoc* se refirió al estándar aplicable afirmando que:

«111. Pursuant to Article 52(1)(b) of the ICSID Convention, an award can be annulled whenever the Tribunal has manifestly exceeded its powers. Other Committees have understood annulment as limited in scope. The excess of powers must be manifest, and thus must be easily perceived, self-evident and not result from extensive interpretation.

112. Moreover, prior Committees have agreed that a tenable standard of review shall be followed; that is, in the face of different opinions on the questions submitted to a Tribunal, an Annulment Committee must evaluate whether the answers given by the Tribunal seem tenable and are not arbitrary. In other words, an Annulment Committee will not assess the correctness of the Tribunal's decision, even if it considers that it is incorrect.

(...)

114. This Annulment Committee considers that there is no difference in the standard of review applicable to a claim of manifest excess of powers on the basis of jurisdiction or on the merits. Under Article 41 of the ICSID Convention, the Tribunal shall be the judge of its own competence, and thus its decision on the scope of its jurisdiction cannot be reviewed *de novo* by an Annulment Committee. This Committee agrees with others that have stated that nothing in the ICSID Convention indicates that a different standard shall be applied to issues of jurisdiction, and therefore an award can only be annulled if the lack or excess of jurisdiction was manifest».

Fijado el mismo, la comisión *ad hoc* de anulación afirmó que las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral con relación a la determinación de su jurisdicción en virtud de la *umbrella clause* contenida en el APPRI celebrado entre Suiza y Paraguay no habían supuesto una extralimitación manifiesta de sus facultades:

«118. The Tribunal could have decided that, according to the Agreement, it did not have jurisdiction and that the dispute should be resolved by the Asunción Courts; or it could have ruled that pursuant to the BIT, it had jurisdiction and, therefore, should decide the dispute submitted to its consideration. The Tribunal chose the second option.

119. The Members of this Committee may agree or disagree with the choice made by the Tribunal. However, for the purposes of this proceeding that agreement or disagreement does not have much relevance unless it can be shown that the Tribunal has manifestly exceeded its powers.

120. According to Article 41 (1) of the ICSID Convention, the Tribunal had to define if it had or did not have jurisdiction. In doing so, it assessed the different submissions by the Parties and the possible positions it could take. Nothing in the Tribunal's analysis demonstrates that it manifestly exceeded its powers.

121. This Committee's responsibility is not to rule about the correctness of the Award. Its mission is simply to decide if any of the situations described in Article 52 of the ICSID Convention existed in this case.

122. According to SGS the Tribunal's Decision was correct. In Paraguay's opinion, it was not. Regardless of what the correct answer is, it is obvious that by deciding in the manner that it did, the Tribunal did not incur in a "manifest excess of powers". It simply chose one of the alternatives that it had. In this connection, the Committee insists that for an excess of power to be "manifest" it has to be textually obvious and substantively serious.

(...)

125. The Tribunal had to decide if it had jurisdiction or not. As explained in paragraphs 117 and 118 above, the Tribunal ruled that it did have jurisdiction, pursuant to the BIT. Therefore, in this Committee's judgment, Paraguay's position alleging that the Tribunal manifestly exceeded its powers as described above is incorrect.

(...)

128. Concerning the forum selection clause, the Tribunal followed the reasoning of the *Vivendi I* Tribunal and Committee and concluded that the forum selection clause did not constitute a waiver to the investor's rights under the treaty and therefore could not prevent the investor from presenting claims under the BIT. The Tribunal added that: "[e]ven if the alleged breach of the treaty obligation depends upon a showing that a contract or other qualifying commitment has been breached, the source of the obligation cited by the claimant, and hence the source of the claim, remains the treaty itself". This conclusion was premised on the existence of treaty claims that SGS could assert under the BIT.

129. According to Paraguay, the Tribunal disregarded the principles of "generalia specialibus non derogant" and "lex specialis generalibus derogate". The Tribunal was faced with the decision of determining which set of rules (the BIT or the Agreement) was particular to the situation submitted to it and, therefore, applicable. It decided for the BIT. That decision may be considered to be correct or incorrect, but it certainly does not constitute a valid basis to annul the Award.

130. This Committee cannot act as an appeals tribunal and review whether the interpretation of the umbrella clause and the forum-selection clause by the Tribunal were correct. The Committee could only annul the award upon verification of the existence of a manifest excess of powers on the part of the Tribunal, which can be easily perceived and does not require extensive interpretation of the Award to be perceived. This is not the case in the Tribunal's Award. (...)

(...)

133. The Tribunal addressed this issue in the Decision on Jurisdiction and in the Award. It acknowledged that some arbitral tribunals had deemed an abuse of sovereign powers necessary to breach an umbrella clause, but decided to follow the reasoning of other tribunals, such as *Burlington Resources v. Ecuador* and *Duke Energy v. Ecuador*, and concluded that the Umbrella Clause could apply whether or not the exercise of sovereign powers was involved.

134. In the Committee's view, Paraguay's submission seeks that this Committee conduct a new analysis on the application of the Umbrella Clause. The scope of the Umbrella Clause is an issue over which there is much debate in international investment law, and the Tribunal decided to opt for one of the possible avenues of interpretation. Again, the Committee is not charged with analysing the correctness of the Tribunal's reasoning, but instead it must evaluate if the position held by the Tribunal exceeded the scope of its adjudicative power».

La segunda causa de anulación presentada por Paraguay, consistente en que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde, fue definida por la comisión *ad hoc* de anulación de la siguiente forma:

«139. Article 52(1)(e) enables a Committee to annul an award on the basis that it has failed to state the reasons on which it is based. ICSID’s Background Paper on Annulment referred to decisions taken by other ad hoc Committees that “... explained that this requirement is intended to ensure that parties can understand the reasoning of the Tribunal, meaning the reader can understand the facts and law applied by the Tribunal in coming to its conclusion. The correctness of the reasoning or whether it is convincing is not relevant.”

140. In addition, prior Annulment Committees have recalled that the standard under Article 52(1)(e) is a minimum standard that allows a reasonable reader to understand the award. As stated by the *MTD v. Chile* Annulment Committee: “In the end the question is whether an informed reader of the Award would understand the reasons given by the Tribunal and would discern no material contradiction in them”. This ground for annulment only concerns the absence of reasons and not their quality or correctness.

141. Furthermore, it is not necessary to state reasons for assertions that are in themselves reasons.

142. This is the standard of review that this Committee considers applicable. Moreover, in view of the settled doctrine on this issue, the Committee emphasizes that it will not enter into an assessment of the merits of the dispute, either directly or indirectly».

Estos criterios fueron utilizados por la comisión *ad hoc* de anulación para concluir que no se había producido una violación del citado estándar al referirse el tribunal arbitral a las relaciones entre las *contract claims* y *treaty claims* en la parte de la decisión dedicada a determinar su jurisdicción:

«143. In paragraphs 167 to 170 of the Decision on Jurisdiction, the Tribunal explained clearly its interpretation of the Umbrella Clause contained in Article 11 of the BIT with respect to obligations originated in the Agreement and reached the conclusion that it had jurisdiction. This conclusion was confirmed in paragraphs 72 to 74 of the Award. In paragraphs 173 to 184 of the Decision on Jurisdiction, the Tribunal explained its interpretation of the forum selection clause in the Agreement in relation with the BIT and reached the same conclusion with respect to its jurisdiction; paragraph 75 of the Award confirmed that conclusion. Whether Paraguay or this Committee agrees with the Tribunal’s reasoning is irrelevant for the purposes of this proceeding and clearly does not constitute valid grounds for the annulment of the Award.

(...)

145. The Tribunal stated that Paraguay has not cited any legal authority to support this position. It considered that, contrary to Respondent’s arguments, the obligations in the Contract on payment and to provide access to local courts are not “alternative options but two discrete obligations.” The Tribunal concluded that “[t]his cannot be correct. It cannot be that Paraguay had the option of either paying its invoices or submitting the dispute to local courts.”

146. Finally, the Tribunal characterized this argument as an attempt of the Respondent to discuss again arguments on jurisdiction, namely the absence of the Tribunal’s jurisdiction

on the basis of the existence of a forum selection clause in the Contract. The Tribunal rejected this argument.

147. The abovementioned sections of the Award show that the Tribunal provided reasons for its conclusions. Such reasons can be followed by the reader from the starting point to its conclusion. The Tribunal's analysis departs from a characterization of the type of claim advanced by SGS and concludes that (i) the two obligations under the Contract are discrete and (ii) the insertion of a forum selection clause in the Contract could not negate Respondent's responsibility under the BIT».

En cuanto a las costas y honorarios profesionales, la comisión le impuso a este Estado el pago íntegro de las costas procesales y, al no considerar la demanda presentada por Paraguay como frívola, prescribió que cada una de las partes en el procedimiento de anulación corriera con sus propios gastos de representación letrada.

En tercer lugar, en el caso *Alapli Elektrik B.V. c. Turquía* (caso CIADI n° ARB/08/13) el inversor extranjero planteó una demanda de anulación ante el CIADI basándose en tres causas de anulación, a saber: 1) el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, 2) la falta de expresión de los motivos en los que se funda el laudo, y, 3) la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal:

El quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento fue definido por la comisión *ad hoc* de anulación siguiendo la jurisprudencia de otras comisiones, que han fijado un estándar muy severo para definir lo que debe entenderse como «quebrantamiento grave»:

«131. The *ad hoc* Committee considers that a departure from a procedural rule justifies the drastic measure of annulment under Article 52(1)(d) of the ICSID Convention only if: (i) the departure is serious, i.e., if it deprives a party of the protection afforded by the said rule; and (ii) if the rule in question is fundamental, i.e., if it concerns a rule of natural justice.

(...)

132. Moreover, the *CDC v. Seychelles* committee rightly pointed out that only rules of natural justice, which concern the essential fairness of the proceeding, could be considered fundamental:

(...)

133. Therefore, the threshold for finding that a rule of procedure is fundamental is very high».

Tras fijar el contenido de esta causa, la comisión *ad hoc* de anulación entró a valorar varios aspectos de la decisión tomada por el tribunal al calor de la misma:

«144. As discussed above at paragraphs 117-129, the *ad hoc* Committee agrees with the Respondent that Article 48 paragraphs (1) and (3) of the ICSID Convention stipulate two different obligations of an arbitral tribunal. Indeed, the Committee has found that Article 48(1) provides that any question that is decided by the tribunal needs to be approved by the vote of a majority of its members. Article 48(3) stipulates that the tribunal needs to deal, in its award, either directly or indirectly, with all the parties' heads of claim. Reading these

two sub-articles together, the Tribunal is of the view that when dealing with the heads of claims of the parties, it is for the Tribunal to determine which questions are material and then put these to vote in order to dispose of the issue(s) before it. It is under no obligation to decide each and every question or sub-question raised by a party irrespective of its view whether it is material or immaterial to deal with the heads of claims raised by the parties.

145. The Committee therefore does not share the Applicant's interpretation of Article 48 paragraphs (1) and (3) of the ICSID Convention. However, because the Applicant contends that the Tribunal seriously departed from the prescriptions of Article 48, the Committee will verify whether indeed there was such a departure. Only if such a departure is found, will an analysis of whether Article 48 of the ICSID Convention is a fundamental rule of procedure become necessary.

146. As explained in more detail below, the Committee finds that there was no departure from the prescriptions of Article 48.

147. Indeed, the *ad hoc* Committee will determine what were the heads of claim that the Parties had put before the Tribunal and how the Tribunal went about to decide them. The identification of these heads of claim can be achieved by verifying the Parties' requests for relief in the underlying arbitration.

(...)

152. The *ad hoc* Committee is of the opinion that on an examination of the pleadings of the Parties and their respective heads of claims, the Tribunal could rightly conclude that the only material question on jurisdiction for a resolution of the dispute between the parties that it had to decide was whether or not it had jurisdiction. The decision of this question was dispositive of the issue in this regard before the Tribunal. The Tribunal did not have to decide, i.e., vote on, whether it had jurisdiction *ratione personae*, *ratione materiae* and *ratione temporis*.

153. The Committee considers that the Tribunal accomplished the task of determining whether or not it had jurisdiction in compliance with the ICSID Convention. Indeed, the Award was rendered by a Majority made up of Arbitrators Park and Stern, who agreed that the Tribunal lacked jurisdiction to hear the case. The Hon. Marc Lalonde dissented, having reached the conclusion that the Tribunal had jurisdiction.

154. Therefore, the decision that the Tribunal lacked jurisdiction to hear the case was lawfully taken by a majority of two out of three arbitrators, in strict compliance with Article 48(1) of the ICSID Convention.

(...)

156. The Applicant contends that the majority in favor of the Award was not "real" because of the purported contradictions in reasoning between the arbitrators making up the Majority. The Respondent, on the other hand, argues that the only requirement set by the ICSID Convention is that the majority's vote be consistent, as opposed to the reasoning leading up to that vote.

157. The Committee agrees with the Respondent. The only requirement of the ICSID Convention's Article 48 is that the votes of the tribunal members making up the majority, and not the reasoning which they embrace, be identical.

158. However, as a preliminary remark, the Committee observes that both Arbitrators making up the Majority agreed that there was no jurisdiction to hear the case.

159. As stated in the Award, Arbitrator Park reasoned that the Tribunal lacked jurisdiction because the Claimant was not an investor, having failed to make any personal contribution to the Alapli Project. Arbitrator Stern considered that the Tribunal lacked jurisdiction because the timing of the investment reflected the lack of good faith of the Claimant. They consequently agreed that jurisdiction was lacking.

(...)

160. Contrary to the Applicant's allegations, these lines of reasoning were not contradictory, but complementary.

(...)

163. The Committee observes that paragraph 311 is part of the reasoning of the Award that is common to both Arbitrator Park and Arbitrator Stern. Therefore, it is not only Arbitrator Park who found "[t]he entirety of the financial contribution and technological know-how came from American backers", but also Arbitrator Stern. Equally, it is not only Arbitrator Stern who considered that "[a] Turkish national, backed by an American multinational, seeing a dispute looming with his own government, established a Dutch entity", it was also Arbitrator Park. That is the reason why the Award states at 313 that "[t]he Majority has considered the two lines of reasoning set forth below". However, the two arbitrators making up the Majority chose to assign different weight to the two lines of reasoning, each preferring to emphasize a different aspect of the case.

164. The Committee therefore finds that, contrary to the Applicant's contention, there were no contradictions within the Award.

165. However, even assuming for purposes of the present analysis that the lines of reasoning employed by Arbitrators Park and Stern were contradictory, this would not affect the validity of the Award in any way. In the *ad hoc* Committee's view, what matters for the validity of the Award is how the Majority voted. The fact that the members of the Majority may not have agreed on the reasoning leading up to the identical vote is irrelevant.

166. Indeed, the ICSID Convention envisages that arbitrators may disagree as to the reasoning underlying their award and allows them to formulate a separate/dissenting opinion. Article 48(4) is very clear in this respect and also allows arbitrators making up the majority to formulate an individual opinion: "Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent."

167. By its very nature, an individual opinion is an opinion that is different in reasoning from the award itself. However, as Article 48(4) makes clear, it does not affect the validity of the award to which it is appended.

(...)

169. Moreover, the ICSID Convention does not set forth any formal requirements for individual opinions. Therefore, arbitrators are free to choose how to structure and present their separate opinions. There is no specific requirement, much less a fundamental procedural rule as the Applicant alleges, that an arbitrator append his/her individual opinion after the signature page of an award. Therefore, if the majority agrees, the individual opinions of each arbitrator may be included in the text of the award.

170. In other words, what matters for purposes of making up a majority is not the reasoning of that majority's members, but their votes. This view has been consistently embraced by numerous international tribunals, within or outside the ICSID system, underscoring the conclusion that the relevant procedural requirement is the identity of votes within a majority, and not an identity in reasoning.

(...)

172. The *AMT v. Zaire* case evidences a stronger divergence of views between the members of a tribunal than was present in the underlying award. Indeed, in the award, both arbitrators making up the Majority agreed on the result, despite preferring a different reasoning leading up to that result. In the *AMT v. Zaire* case, all three arbitrators would have preferred a (slightly) different solution on the issue of damages, with one of them also expressing a different view on the underlying reasoning. However, all three arbitrators voted in favor of the award.

173. The Committee has already found that only the breach of rules of natural justice, which ensure the fundamental fairness of the proceeding, may warrant annulment. These rules being common to most jurisdictions, the Committee considers it helpful to take into consideration the views of other international adjudicative bodies with regard to the majority rule

(...)

186. As a preliminary observation, the Committee reiterates that the Award is based on a common understanding of the factual background of the case shared by Arbitrators Park and Stern (...). Based on this common understanding, the arbitrators making up the Majority chose to assign different weight to the two complementary lines of reasoning within the Award.

187. The arbitrators making up the Majority manifestly did not vote against each other's position, but acknowledged them as possible lines of reasoning leading up to the same outcome: the absence of jurisdiction.

188. More precisely, the Committee considers that Arbitrator Park expressed no view and did not vote on the objection to jurisdiction *ratione temporis*. Indeed, Arbitrator Park's observations with regard to the Claimant's corporate restructuring were made within the context of his analysis on the Claimant's lack of a personal contribution to the Alapli project. Arbitrator Park did not express any view with respect to the legitimacy of the Claimant's corporate restructuring and manifestly did not cast a vote in this respect:

(...)

189. The words employed by Arbitrator Park ("While Claimant may have been established pursuant to 'legitimate corporate planning'") manifestly do not express any view of his with respect to the corporate restructuring. The Committee understands from these words that Arbitrator Park in effect wishes to point out that the issue of the corporate restructuring is irrelevant to his analysis on contribution. He does not make any finding with respect to its legitimacy and does not cast any vote on the issue of jurisdiction *ratione temporis*. Indeed, the reference to jurisdiction *ratione temporis* is entirely absent from his analysis.

190. Under these circumstances, the Committee can find no support for the Applicant's view that Arbitrator Park found in favor of jurisdiction *ratione temporis*.

191. The Committee also considers that Arbitrator Stern's analysis could not be interpreted as upholding jurisdiction *ratione materiae* and *ratione personae*.

(...)

192. The Committee observes, as the Applicant has pointed out, that Arbitrator Stern found that "[t]he uncontested fact that a Dutch company owns the shares of Atam Alapli seems sufficient to consider that there is indeed in this case a foreign investor which is the legal owner of an investment".

193. However, the Committee does not share the Applicant's conclusion that this sentence expresses Arbitrator Stern's view that there was jurisdiction *ratione materiae* and *ratione temporis* in this case.

(...)

195. In light of these considerations, the *ad hoc* Committee finds that Arbitrator Park did not vote on the objection to jurisdiction *ratione temporis*, and that Arbitrator Stern did not vote on the objections to jurisdiction *ratione materiae* and *ratione personae*. They chose to leave those objections unanswered in light of their finding that jurisdiction was lacking, but on different grounds. There is therefore no "hidden majority" within the Award in favor of upholding jurisdiction, and no contradiction between Arbitrator Park's and Arbitrator Stern's analyses».

La comisión *ad hoc* de anulación, a continuación, examinó la falta de expresión de los motivos en que se fundó el laudo como segunda causa de anulación planteada por el inversor extranjero. En este contexto, reconoció sus limitadas competencias para revisar la fundamentación ofrecida por el tribunal arbitral, acogándose a la jurisprudencia asentada por otras comisiones de anulación:

«197. The *ad hoc* Committee considers that annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is warranted only when a tribunal has failed to discharge its duty to render an award that allows readers to comprehend and follow its reasoning. Article 52(1)(e) does not empower an *ad hoc* Committee to review the merits of a case. Indeed, such a review would amount to an appeal, which is an impermissible remedy pursuant to Article 53 of the ICSID Convention.

(...)

199. In other words, what a committee is authorized to verify under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is 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.

(...)

200. Although the Committee does consider that genuinely contradictory reasons cancel each other out and amount to no reasons at all, it also notes that annulment committees should not be quick to find contradiction when in fact what is evident from the award is the compromise reached in an international collegiate adjudicative body.

(...)

201. The Committee is persuaded that, if possible, an interpretation which confirms an award's consistency as opposed to its alleged inner contradictions should be preferred.

(...)

202. In light of these considerations, the *ad hoc* Committee finds that the threshold for annulment under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is very high. Indeed, the Applicant bears the burden of proving that the Tribunal's reasoning on a point which is essential to the outcome of the case was either unintelligible or contradictory or frivolous or absent».

Realizadas estas consideraciones de carácter general sobre el contenido que debía revestir el estándar estudiado, la comisión *ad hoc* de anulación examinó si existían razones para anular el laudo arbitral sobre la base de esta causa, llegando a una conclusión negativa en virtud de las siguientes razones:

«210. As a preliminary matter, the Committee wishes to again stress that its mandate is not to sit in appeal on the Tribunal's reasoning. An award is not to be annulled merely because an annulment Committee forms the view that, on the same facts and evidence, it would have reached a different conclusion. There is a difference between an absence of reasons and reasons which are genuinely contradictory or frivolous on the one hand and reasons with which a party or a committee simply disagrees on the other. The former may form the basis of an annulment but the latter cannot. This Committee is of the view that a tribunal and a committee can reasonably come to different and even opposite conclusions, when evaluating or analyzing the same set of facts and evidence without the opinion of either being regarded as being devoid of reasons. The only scrutiny that may be undertaken, by a Committee, on the basis of Article 52(1)(e) of the ICSID Convention is whether the Award satisfies the requirements of reasoning which enable the reader to discern what considerations prompted the Tribunal to reach its conclusions.

211. After having carefully analyzed the Award and in light of its previous findings at Section V.2.A.iii above, the *ad hoc* Committee concludes that there is no support for the Applicant's contentions that: (i) no reasons were given why the Award denied jurisdiction when an "actual majority" was in favor of upholding jurisdiction; and (ii) Arbitrator Park's and Arbitrator Stern's analyses are contradictory which makes the Award itself contradictory. The considerations that have prompted the Committee to reach this conclusion are the following.

212. First, at paragraphs 158-163 above, the *ad hoc* Committee has already found that the Majority issued the Award based on a common understanding of the factual background, and that Arbitrator Park's and Arbitrator Stern's lines of reasoning are not contradictory, but complementary. What is more, Arbitrators Park and Stern expressly agreed that the Tribunal lacked jurisdiction to hear the case.

213. Second, the Committee has also established that the Tribunal was under no obligation to vote separately on each objection to jurisdiction. The Tribunal was only obliged to "deal with" the heads of claims presented by the Parties and when doing so it was for the Tribunal to determine and put to vote such questions which, in its view, were dispositive of the issue(s) before it. The Committee has determined that the Tribunal discharged this duty in full compliance with the requirements of Article 48 of the ICSID Convention.

214. Third, the Committee has stated that the ICSID Convention allows all arbitrators, even arbitrators making up a majority, to issue an individual opinion, the essence of which is a divergence of views from that taken in the award. As a result, the Convention does not

regard a difference in views between arbitrators making up the majority as problematic. In this respect, the only requirement for the validity of an award is that the majority cast their votes to the same effect.

215. Finally, the Committee has found that there was no “hidden majority” within the Award in favor of upholding jurisdiction. In fact, Arbitrator Park did not vote on the objection to jurisdiction *ratione temporis*, and Arbitrator Stern did not vote on the objections to jurisdiction *ratione materiae* and *ratione personae*. They chose to leave those objections unanswered in light of their finding that jurisdiction was lacking, but on different grounds.

216. The Committee also considers that, individually, Arbitrator Park’s and Arbitrator Stern’s analyses satisfy the requirements of reasoning established by Article 52(1)(e) of the ICSID Convention».

La extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal fue la tercera y última causa de anulación examinada por la comisión *ad hoc* en su decisión. Como con las anteriores causas de nulidad, la comisión mantuvo una posición muy ortodoxa y ajustada a la jurisprudencia asentada por otras comisiones de anulación y volvió a insistir en que un procedimiento de anulación no puede convertirse en una apelación:

«232. (...) The annulment procedure is not a mechanism to correct alleged errors of fact or law that a tribunal may have committed, but a limited remedy meant to ensure the fundamental fairness of the arbitration proceeding.

233. The Applicant invokes two instances of a manifest excess of powers: the failure to apply the proper law and the failure to exercise existing jurisdiction. The Committee will make some brief observations with respect to both.

234. With respect to the failure to apply the applicable law, at the risk of repeating itself, the Committee wishes to stress that it is not the role of an annulment committee to verify whether the tribunal’s interpretation of the law or assessment of the facts was correct. As long as the tribunal correctly identified the applicable law, and strove to apply it to the facts that it established, there is no room for annulment. Moreover, pursuant to Arbitration Rule 34(1), the tribunal is the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value. It is certainly not the role of an annulment committee to verify whether a tribunal correctly established the facts of a case. Not only is such an analysis not warranted by the language of Article 53(1) of the ICSID Convention, but also the tribunal, having first-hand knowledge of the evidence before it, is best situated to interpret it. What is more, a tribunal has considerable discretion in its evaluation of the evidence.

235. The Committee considers that any other interpretation of this ground for annulment would veer the annulment procedure dangerously towards an appeal, a remedy which the Contracting States to the ICSID Convention have expressly excluded.

(...)

238. With respect to the failure to exercise a jurisdiction which a tribunal did possess, the standards to be employed are identical. The excess of powers must be manifest, meaning evident, obvious and clear on its face. Indeed, the ICSID Convention does not draw any distinction between jurisdictional excesses and other types of excesses that a tribunal may commit».

La comisión *ad hoc* de anulación concluyó que no existía una violación de este estándar a partir de los siguientes argumentos:

«245. As explained in more detail at paragraphs 234-235 above, an *ad hoc* Committee is not empowered to review the Tribunal’s appreciation of the law and the Tribunal’s determination of the relevant facts, as the Applicant is urging it to do. What the Committee may do is to verify whether the Tribunal correctly identified the proper law and endeavored to apply it. In the present case, the Committee finds that it did.

246. Indeed, the Committee notes that the Tribunal found the following legal sources to be applicable to the dispute: the ICSID Convention, the Netherlands-Turkey BIT and the ECT, as interpreted in light of the VCLT. The Committee also notes that the Applicant acknowledges that the Tribunal correctly identified the proper law. There is therefore no dispute in this respect.

247. Moreover, the Tribunal not only correctly identified the proper law, but also endeavored to apply it. This is sufficient, in the Committee’s view, to conclude that annulment of the Award under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention is not warranted».

Por lo que se refiere a la asignación de las costas procesales y los honorarios de abogados, en este caso la comisión *ad hoc* de anulación aplicó el principio de los «*costs follow the event*», a diferencia de los otros tres precedentes examinados en esta sección, por lo que el inversor extranjero, que actuó como parte demandante en la anulación, tuvo que hacer frente a todos los gastos, incluyendo los honorarios de los abogados de la contraparte.

En cuarto y último lugar, se estudia el caso *El Paso Energy International Company c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/15), donde Argentina solicitó la anulación del laudo arbitral fundándose en tres causas de anulación: la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, la falta de expresión de los motivos en los que se funda el laudo y el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

En cuanto a la consideración de la primera causa de anulación, la extralimitación manifiesta de las facultades, la comisión *ad hoc* de anulación fijó el contenido de este estándar afirmando que:

«140. La “extralimitación manifiesta” ha sido definida como aquella que es obvia, clara o evidente por sí sola; perceptible sin necesidad de un análisis elaborado. Sin embargo, para algunos comités *ad hoc* ese concepto es más complejo; por ejemplo para el comité del caso *Fraport* la extralimitación manifiesta ha de ser demostrable y sustancial y no dar lugar a dudas. Ese Comité manifestó: “el exceso de jurisdicción debe ser demostrable, sustancial e indubitable” (traducción libre del Comité). “Le parece a este Comité que un manifiesto exceso de poder implica que el exceso de poder debe ser a la vez textualmente obvio o sustancialmente serio” (traducción libre del Comité).

141. Este Comité, considera que no toda extralimitación de facultades puede dar como resultado la anulación de un laudo pues, de conformidad con el Artículo 52 del Convenio CIADI un laudo solo puede ser anulado si la extralimitación de facultades es “manifiesta”.

142. De conformidad con el significado llano de la palabra “manifiesta”, en el contexto del Artículo 52 del Convenio CIADI y considerando del carácter definitivo y la naturaleza

vinculante de los laudos, características establecidas en el Artículo 53 del mismo Convenio, para este Comité, la extralimitación de facultades debe ser obvia, evidente, clara, notoria y de gravedad sustancial.

143. Respecto a la falta de aplicación del derecho adecuado, “[l]a historia de la redacción del Convenio del CIADI demuestra que la omisión por parte de un Tribunal de aplicar el derecho aplicable podría constituir una extralimitación manifiesta de facultades, pero una aplicación errónea del derecho no podría significar un error anulable, incluso si fuese manifiesto... no hay fundamento para dar lugar a una anulación debido a la decisión incorrecta de un Tribunal, un principio que ha sido expresamente reconocido por numerosos Comités *ad hoc*”.

144. En opinión de este Comité, es necesario hacer una diferencia entre la falta de aplicación del derecho adecuado y el error en la aplicación de ese derecho. La primera es una causal de anulación en virtud del Artículo 52, la segunda no. Revisar el razonamiento sustantivo mediante el cual un tribunal de arbitraje arribó a sus conclusiones exigiría reexaminar cómo el tribunal aplicó el derecho o lo interpretó, lo que convertiría a los comités de anulación en tribunales de apelación. En esa hipótesis, los comités necesariamente tendrían que evaluar los hechos y las pruebas, así como los principios legales aducidos por las partes lo que ya fue analizado por el respectivo tribunal de arbitraje, lo que desnaturalizaría el sistema de arbitraje del CIADI».

Una vez fijado el concepto de la extralimitación manifiesta de las facultades, la comisión *ad hoc* de anulación entró a valorar si se había incumplido este estándar por lo que respecta a los asuntos relacionados con la jurisdicción del tribunal arbitral:

«148. En su reclamo referente al párrafo 175 del Laudo (...), Argentina afirmó que el Tribunal no tenía jurisdicción para enmendar un reclamo para hacerlo viable y que, al proceder así incurrió en *ultra petita* (...). Según Argentina, al aceptar el Tribunal el reclamo de El Paso, se dio una extralimitación manifiesta de facultades.

149. A juicio del Comité no existió la modificación alegada por Argentina, ni una situación de *ultra petita* y menos aún un exceso de facultades obvio y evidente por sí solo; perceptible sin necesidad de un análisis elaborado.

150. El Comité observa que el artículo 175 del Laudo está vinculado con el 174, en el cual el Tribunal explicó que El Paso argumentó que el artículo I del TBI tiene una redacción muy amplia, por lo que en opinión de esa Parte, podía comprender las acciones en las Sociedades Argentinas, así como los derechos legales y contractuales de esas sociedades. Por ese motivo, el Tribunal afirmó en el párrafo 175 del Laudo, que esos argumentos eran inviables por los efectos que implicaban reclamar dos veces por los daños provocados por el mismo hecho. En los párrafos 178 al 198 del Laudo, el Tribunal analizó lo alegado por El Paso y estableció lo que a su juicio no eran inversiones a la luz del TBI, mientras que en los párrafos 199 al 214 definió cuáles reclamos de El Paso sí se referían a inversiones protegidas por el artículo I del TBI. Distinguió cuidadosamente entre los derechos contractuales de las Sociedades Argentinas los cuales no se consideraron inversiones protegidas, y las acciones de El Paso que sí se consideraron como tales. Esta distinción aclara que el Tribunal se concentra en el reclamo de El Paso fundado en su propio derecho y evita, al mismo tiempo, el peligro de una doble compensación.

151. Argentina no demostró de qué manera, según su dicho, en esos párrafos o en otro del Laudo, el Tribunal “enmendó” el reclamo de El Paso para cometer la falta de *ultra petita* y, por lo tanto, excederse manifiestamente de sus facultades.

152. Por las razones expuestas, el Comité rechazará el argumento de *ultra petita* planteado por Argentina dentro del acápite de exceso manifiesto de facultades.

153. En cuanto al alegato de la contradicción que también haría incurrir al Tribunal en supuestamente, un exceso manifiesto de facultades (subpárrafo b) del párrafo 146 anterior), Argentina afirmó que esa contradicción se da al aceptar el Tribunal, la valoración de los daños hecha por la empresa LECG, la cual implícitamente se refería a los daños que habrían sufrido las Sociedades Argentinas, mientras que en los párrafos 188, 194, 195, 198 y 214 del Laudo, el Tribunal dijo que no eran inversiones protegidas por el TBI: los derechos, licencias ni los derechos contractuales, y que solo las acciones sí lo eran.

154. El Comité considera necesario indicar que cualquier eventual contradicción en el Laudo, no es necesariamente causal de anulación pues el Comité no puede revisar si el Laudo es justo o no, correcto o incorrecto. Tampoco puede valorar la prueba, como lo pretende Argentina en este tema particular, al indicarle al Comité que el informe que valoró los daños y que fue considerado por el Tribunal, implícitamente tiene un contenido que es contradictorio con la opinión expresada por ese Tribunal en el Laudo.

155. la prueba aludida en el párrafo 153, que ya valoró el Tribunal, ni a definir si implícita o expresamente ese informe incluyó daños que no debían considerarse. Tampoco puede juzgar si esos daños fueron valorados por el Tribunal de manera inapropiada o injusta. Hacerlo sería convertir el recurso de anulación en uno de apelación.

156. Por lo indicado en los párrafos anteriores, el Comité también rechazará la petición de anulación planteada por Argentina por un supuesto exceso manifiesto de facultades por contradicciones en el Laudo con respecto a los daños.

157. Otro argumento de anulación relacionado con los asuntos jurisdiccionales está referido a los párrafos 175 y 687 del Laudo en los que se analizan a la relación causal entre las medidas de Argentina y los daños sufridos por El Paso (...). Argentina afirmó que "...el Tribunal dogmáticamente y sin fundamento incurrió en un exceso manifiesto de facultades". Argentina luego de criticar el método de valoración de daños utilizado dijo que "...el Tribunal permitió a El Paso reclamar por incumplimientos contractuales que al mismo tiempo supuestamente configurarían violaciones a las obligaciones asumidas por la Argentina... como si no existiera distinción societaria entre El Paso y las Sociedades Argentinas... como si el propio Tribunal no hubiese reconocido que los contratos de las Sociedades Argentinas no son inversiones protegidas".

158. Los argumentos de Argentina contenidos en el párrafo anterior, son reclamos típicos de un recurso de apelación. Evidentemente, Argentina está en desacuerdo con el método de valoración que utilizó el Tribunal y además, afirmó que el Tribunal "... permitió a El Paso reclamar por incumplimientos contractuales que al mismo tiempo supuestamente configurarían violaciones a las obligaciones asumidas por la Argentina frente a inversores en virtud del TBI" y permitió un doble recupero. El Comité considera importante manifestar que un Tribunal de Arbitraje no puede "permitir" o "impedir" que una parte reclame lo que considere adecuado. Lo que otorgue finalmente el tribunal puede ser o no la totalidad de lo reclamado por la parte demandante; por esa razón, en los párrafos 174 y 175 del Laudo el Tribunal dijo que los reclamos formulados por El Paso eran contradictorios y por lo tanto no procedían. Al señalar la contradicción en el razonamiento de la Demandante, el Tribunal no incurrió en vicio de anulación como afirmó Argentina. La posibilidad de un "doble recupero" es un tema que debe considerar y consideró el Tribunal, no el Comité. La relación causal entre las medidas tomadas por el Gobierno de Argentina y los daños reclamados fue justamente lo que analizó el Tribunal en el Laudo. Para ello estudió los informes de los expertos de las Partes y de otro experto independiente que designó el Tribunal; no puede ni debe este Comité decidir si la relación causal hecha por el

Tribunal con base en las pruebas recibidas es correcta o incorrecta.

159. Por las razones anteriores, el Comité también rechazará el argumento de Argentina expuesto en los dos párrafos anteriores.

160. Otro alegato de Argentina sobre cuestiones jurisdiccionales que supuestamente conllevaría a la anulación del Laudo está fundado en la decisión del Tribunal de ejercer su competencia (...) "...argumentando que el Tratado confiere un derecho de acción directa a los accionistas"; "...permitir que un accionista abuse del sistema del CIADI... es un exceso manifiesto en sus facultades por parte del Tribunal..."

(...)

162. A partir del párrafo 199 hasta el 214 del Laudo el Tribunal analizó cuál era la inversión de El Paso. En el resumen contenido en los párrafos 213 y 214 afirmó que la inversión protegida por el TBI está constituida por las acciones en las Sociedades Argentinas que pertenecieron a El Paso. Es obvio que ese párrafo no se puede leer aisladamente, pues en el anterior el Tribunal dijo que "...la participación de El Paso en las Sociedades Argentina, se encuentran (*sic*) protegidas (*sic*) independientemente de que se trate de una participación mayoritaria o minoritaria". No encuentra el Comité que el Tribunal "confunde la legitimación que en términos generales puede tener un accionista para hacer un reclamo bajo el TBI, con los derechos sustanciales que surgen de sus acciones" ni que esa "confusión" provocaría la anulación del Laudo.

163. Por lo concluido en el párrafo anterior, el Comité también rechazará este argumento de anulación fundado en "cuestiones jurisdiccionales".

164. El último alegato sobre exceso manifiesto de facultades basado en asuntos jurisdiccionales consiste en que, supuestamente, el Tribunal ejerció competencia para conocer de los reclamos de daños presentados por El Paso sin que ninguno de los derechos de esa empresa hubiera sido afectado por las acciones de Argentina (subpárrafo d) del párrafo 146 anterior).

165. (...) sobre su competencia y decidió con amplitud lo que podía constituir una inversión según el TBI y lo que no lo era. El Tribunal además consideró cuidadosamente lo resuelto por otros tribunales en relación con esa norma del TBI y resumió sus conclusiones sobre la protección de participaciones mayoritarias o minoritarias y los derechos de los accionistas extranjeros en sociedades locales. No considera el Comité que el Tribunal excediera manifiestamente sus facultades en los asuntos indicados; estima que el Tribunal hizo un análisis amplio de muchos temas antes de definir qué era aplicable al caso concreto y qué no. Además el análisis que hace este Comité no puede juzgar si alguno de los derechos de El Paso se vio afectado, el reclamo de daños ya fue decidido por el Tribunal.

166. Por lo indicado en el párrafo anterior, el Comité rechazará también este último argumento fundamentado en "cuestiones jurisdiccionales"».

Otro de los argumentos que el Estado receptor de la inversión había alegado para fundamentar su demanda de anulación consistía en una extralimitación manifiesta en las facultades, a propósito de la relación causal que había concluido el tribunal entre las medidas tomadas por Argentina y la venta de las acciones que tenía el inversor extranjero en las sociedades argentinas:

«168. El Comité señala que, aunque Argentina en los párrafos vinculados con este reclamo, reiteró su alegato de exceso manifiesto de facultades por parte del Tribunal, no dio

fundamento alguno para la anulación del Laudo con fundamento en estos hechos. La valoración que hizo el Tribunal de las pruebas periodísticas, es una tarea propia de ese órgano, no de este Comité. Esa valoración que cuestionó Argentina de los motivos por los que El Paso hizo la venta de las acciones, es una materia sobre la cual solo el Tribunal tiene potestades. Las ejerció plenamente en una larga exposición de los hechos en los párrafos 114 a 122 del Laudo y en una argumentación cuidadosamente razonada según la cual las medidas no fueron la única razón por la que El Paso vendió las acciones pero sí fue la más importantes (párrafo 507 del Laudo) Este Comité no puede ni debe analizar la “grave crisis en El Paso” alegada por Argentina; tampoco está facultado el Comité para determinar cuáles otros activos vendió o dejó de vender El Paso en otros países durante la crisis que sufrió Argentina.

169. En relación con la “inconsistencia... a tal punto manifiesta” alegada por Argentina, el Comité reitera que una posible contradicción por sí sola no es causal de anulación, aún si existiera. Las inconsistencias inherentes deben ser de una categoría tal que sean relevantes para lo que se resuelva y, por ende, para que puedan ser consideradas como causales de anulación. Teóricamente sería posible que se dieran situaciones en las que inconsistencias inherentes sí podrían considerarse como una falta de fundamentación o como un manifiesto exceso de facultades pero ello no sucede en este caso. El párrafo 508 del Laudo sobre el cual Argentina alega una “inconsistencia” debe leerse en conjunto con el 509 puesto que el primero se refiere a las medidas tomadas por Argentina consideradas de manera individual, mientras que en el 509 el Tribunal expresó que analizaría los efectos que tuvieron esas medidas en su conjunto para determinar si se produjo una violación del estándar de trato justo y equitativo.

170. Sin valorar de ninguna manera si las medidas, tomadas por Argentina, individualmente o en su conjunto fueron las que llevaron a la venta de las acciones, por parte de El Paso, este Comité no encuentra que los párrafos 508 y 509 sean contradictorios, ya que se refieren a dos clases de análisis hechos por el Tribunal. Tampoco encuentra fundamento alguno para afirmar que el párrafo 508 evidencia un exceso manifiesto de facultades ya que en él el Tribunal analizó las medidas que alegó El Paso como violatorias de sus derechos.

(...)

173. La forma en que Argentina presentó los argumentos de anulación obliga al Comité a reiterar que las contradicciones no son per se causales válidas para anular un laudo. Además el Comité considera necesario indicar que en el Memorial de Anulación y luego en la Réplica sobre Anulación, Argentina repitió la referencia a los párrafos 277 y 508 del Laudo y reiteró que existe un exceso manifiesto de facultades por haber decidido el Tribunal que la razón fundamental de la venta de las acciones que tenía El Paso fueron las medidas tomadas por Argentina. No encuentra el Comité una explicación que lo lleve a concluir que el Tribunal resolvió sobre asuntos que las partes no le sometieron a su decisión; ni que sobre este tema se diera una falta de aplicación del derecho adecuado. Por lo dicho, el Comité no considera que la conclusión a la que llegó el Tribunal sobre este asunto haya excedido sus facultades; en consecuencia rechazará este alegato de anulación».

Asimismo, la parte demandante abogó a favor de la existencia de esta misma causa de anulación en el contexto del análisis realizado por el tribunal arbitral del sector eléctrico en Argentina. La comisión tampoco apoyó este argumento, advirtiendo que:

«175. (...) aún si existieran, por sí solas no son causales de anulación del Laudo. El Tribunal analizó las medidas tomadas por Argentina, primeramente en el contexto macroeconómico general (párrafos 390-402) y luego, más específicamente para el sector eléctrico (párrafos 403-458). Analizó cuidadosamente los precios spot máximos (párrafos

410-416) y los cambios de los pagos por potencia (párrafos 417-422). Concluyó que estas medidas no constituyeron una violación del trato justo y equitativo (párrafo 422). Analizó otras medidas tomadas en el sector del gas y petróleo (párrafos 423-449) incluyendo las de pesificación (párrafos 450-458). Concluyó que ninguna de las medidas individualmente constituyó una violación de estándar de trabajo justo y equitativo. El Comité no encuentra ninguna contradicción ni causa de anulación en este razonamiento.

176. El párrafo 512 del Laudo indica que para el inversionista extranjero lo importante era que los pagos se hicieran en dólares. Esa afirmación la sustentó el Tribunal en la opinión del experto propuesto por El Paso transcrita en el párrafo 511 del Laudo. En la segunda oración del 512 el Tribunal indicó que Argentina no consideró el fin último de los pagos por potencia, que era el de atraer la inversión extranjera. Según Argentina esa afirmación es contradictoria y existe exceso manifiesto de facultades en esa conclusión. A juicio del Comité esos temas fueron expuestos por las Partes para determinar si se había violado el estándar de trato justo y equitativo, por lo que el Tribunal, al analizarlos, no se excedió en sus facultades.

177. En cuanto a lo expresado por el Tribunal en el párrafo 514 en relación con la moneda pactada en los contratos y la posible consideración de que ese acuerdo fuera un compromiso especial frente al inversionista, es importante indicar que lo dicho ahí no se puede entender de manera aislada sino que debe leerse, al menos, en conjunto con los dos párrafos anteriores en los cuales el Tribunal indicó los asuntos que, a su juicio, el inversionista consideró para su inversión. En opinión de este Comité, si existiera alguna contradicción en el texto del párrafo 514 al compararlo con el del 458, no es de tal magnitud como para afectar el resultado final del Laudo que condenó a Argentina por el efecto acumulativo de las medidas, no por las consecuencias de la pesificación».

En cuanto a la interpretación efectuada por el tribunal arbitral del estándar del trato justo y equitativo, la comisión *ad hoc* tampoco consideró que se había procluido una violación de la citada causa de anulación:

«180. (...) revisó cuidadosamente el primer argumento citado y concluyó que lo que el Tribunal hizo en el Laudo fue una interpretación del trato justo equitativo del TBI en relación con los hechos del caso concreto, fundado en lo decidido por los tribunales en los casos *Société Générale c. República Dominicana* y *LG&E y otros c. Argentina*.

181. También considera el Comité, que el Tribunal expresó en los párrafos 515 al 517 el fundamento de la conclusión a la que llegó en el párrafo 519, referente a los efectos acumulativos de las medidas tomadas por Argentina. Argumentó que no se deben ver estas medidas individualmente sino en su totalidad y que “sino una combinación de todas las medidas que alteró completamente el marco general” (párrafo 515). Agregó refiriéndose a *Société Générale c. República Dominicana* que “actos que no son ilegales pueden tornarse ilegales mediante la acumulación” (párrafo 516). Fueron estos argumentos (y no la referencia al concepto de una expropiación progresiva), los que llevaron al Tribunal a la conclusión de que existió una violación del estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal trazó el paralelo en el párrafo 518 y consideró que reforzaba su argumento. El Comité no encuentra que el Tribunal dijera que Argentina es culpable porque había habido una violación progresiva del estándar de trato justo y equitativo. Aunque mencionó ese concepto en el párrafo 518 del Laudo, este no fue el motivo de la condenatoria.

182. El párrafo 518 no es la base de la conclusión a la que el Tribunal llegó en el 519 del Laudo, en el que determinó que se produjo una violación del trato justo y equitativo por los efectos acumulativos de las medidas tomadas por Argentina. No se dio entonces la creación de un nuevo estándar ni se aplicó otro derecho al caso. Por esa razón, el Comité

considera que el Tribunal no se excedió manifiestamente en sus facultades en este asunto.

183. El Comité estima útil tomar en cuenta lo dicho en el caso *AES y otra c. Hungría* en el que el Comité *ad hoc* analizó un alegato de anulación similar pues el tribunal de arbitraje en ese caso manifestó lo siguiente en el laudo: “En el 2001 había una gran probabilidad de que no se daría una fijación administrativa de precios después del 2004, pero esto no equivale a que existiera una certeza absoluta, que causara expectativas legítimas, internacionalmente protegidas” (traducción libre del Comité). El comité de ese caso analizó la posición de ambas partes con respecto al alegato de anulación de las demandantes en cuanto a que el tribunal de arbitraje aplicó un estándar no existente al hablar del “estándar de certeza absoluta” y dijo: “Con respecto al asunto de la ‘certeza absoluta’, el Comité no encuentra que el Tribunal haya introducido un estándar legal distinto, inventado, ilógico o incorrecto de otro modo. Como señaló Hungría, la referencia aparece en el Laudo solamente después de que el Tribunal considera, que como un asunto de ley, para ser legítima y obligatoria para el gobierno una expectativa debe estar fundada en seguridades y representaciones gubernamentales expresas. El Tribunal luego estimó, como una cuestión de hecho, que *AES* no probó la existencia de esas seguridades y representaciones”. (traducción libre del Comité).

184. Al igual que en el caso *AES* en el presente tampoco es posible considerar que el Tribunal creó un nuevo estándar en el Laudo.

185. Argentina también manifestó, que una aplicación errónea del derecho cuando es grosera es causal de anulación. Para esa Nación, no se interpretó mal el TBI, sino que se cambió su contenido “transformándolo en una norma que engloba un acto compuesto, lo que constituye un exceso manifiesto en sus facultades”.

186. El Comité reitera el siguiente concepto que ya expresó, de distinta manera en esta decisión: “La historia de la redacción del Convenio del CIADI también demuestra que la anulación ‘no es un procedimiento por vía de apelación en el que se pide la reconsideración de los méritos del pleito, sino un procedimiento por el cual se requiere una decisión afirmativa o negativa fundada en una [de las causales de anulación]’. No establece un mecanismo para apelar una supuesta incorrecta aplicación de la ley o un error de hecho. El Comité Legal confirmó mediante una votación que incluso una ‘aplicación manifiestamente incorrecta de la ley’ no constituye una causal de anulación.”

187. El Comité tampoco considera que hay un “cambio” del contenido del TBI como lo alegó Argentina. Según lo señaló el Tribunal en el párrafo 338 del Laudo, el TBI no define qué se entiende por trato justo y equitativo; el mismo señalamiento hizo El Paso en el párrafo 38 de su Escrito Posterior a la Audiencia. En criterio del Comité, El Paso tiene razón al indicar que el TBI no excluye ninguna forma de violación de ese estándar, sea por medio de actos individuales o por los efectos acumulativos de los actos señalados como violatorios de ese estándar. El Tribunal, luego de dar una amplia explicación del contenido del estándar de trato justo y equitativo, analizó ambas formas de violación, basado en su interpretación razonada del TBI».

Otra de las razones que Argentina alegó para solicitar la anulación del laudo con arreglo a la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal tenía que ver con la interpretación efectuada por el tribunal de la circunstancia del estado de necesidad:

«191. En relación con la supuesta falta vinculada con la prueba que aportó Argentina sobre la naturaleza del artículo XI del TBI (...), este Comité se ve obligado, una vez más, a reiterar que no es un tribunal de apelación y por lo tanto no debe ni puede resolver si una prueba fue bien o mal considerada o del todo no considerada por el Tribunal. La Regla 34

(1) de las Reglas de Arbitraje es clara al indicar que es el Tribunal el único facultado para decidir sobre dos asuntos fundamentales relacionados con este alegato de Argentina: la admisibilidad de la prueba y su valor probatorio.

192. Además el Comité considera importante acotar que el Tribunal en los párrafos 563 al 587 del Laudo, analizó las pruebas presentadas por Argentina y El Paso sobre este asunto concreto e hizo referencia a ellas al analizar los argumentos de cada parte. No observa entonces el Comité un exceso manifiesto de facultades del Tribunal dado que las partes le solicitaron resolver sobre este tema específico y además, tenía plenas facultades para admitir o rechazar la prueba y para valorarla.

193. Por lo dicho el Comité rechazará este alegato de anulación.

194. Argentina afirmó además que se dio una extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal por lo que manifestó en el párrafo 591 del Laudo (...). Sostuvo que no hay, "...fundamento alguno ni bajo la Convención de Viena ni bajo el derecho internacional general para sostener que materiales posteriores a la firma de un tratado no pueden considerarse a efectos de determinar la intención de las partes, máxime cuando dichos actos del Estado fueron previos a la conclusión del tratado. Esta afirmación del Tribunal equivale a la no aplicación del derecho aplicable".

195. El Tribunal analizó la posición de Argentina en relación con el carácter autojuzgable del artículo XI del TBI, en los párrafos 563 al 573 del Laudo. En los párrafos 568 y 569 mencionó las pruebas que Argentina presentó, entre ellas, documentos con el fin de demostrar que un año después de firmado el TBI, el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América presentó otros tratados similares y un tratado modelo al Senado y en este segundo se estableció el carácter de auto-juzgable de una norma similar al artículo XI del TBI; también citó una declaración del Senado de Estados Unidos a favor del carácter auto-juzgable del artículo XI del TBI. El Tribunal consideró que esas pruebas eran irrelevantes. A juicio del Comité el Tribunal valoró las pruebas aportadas por Argentina para interpretar el TBI a la luz del Convenio de Viena; más adelante el Tribunal consideró otras pruebas. El Tribunal realizó el análisis textual del artículo XI del TBI; luego pasó a analizar el contexto de ese artículo; también consideró, las prácticas ulteriores (artículo 31(3) de la Convención de Viena) y el objeto y fin del tratado. El Tribunal concluyó que el artículo XI no tiene carácter auto-juzgable y que ese órgano estaba facultado para interpretarlo.

196. Del resumen anterior el Comité concluye que el Tribunal analizó, desde distintos puntos de vista y con diversos métodos de interpretación el supuesto carácter autojuzgable del artículo XI del TBI. El análisis es *lege artis* y completo. Por lo tanto el Comité no encuentra que el Tribunal dejara de aplicar el derecho aplicable ni que se excediera manifiestamente de sus facultades al realizar el análisis que hizo. La valoración de las pruebas y la interpretación del derecho aplicable las debe realizar solo el Tribunal, no el Comité. Por estos motivos, el Comité también rechazará este alegato de anulación.

197. Argentina también alegó exceso manifiesto de facultades debido a que, en su opinión, en el párrafo 594 del Laudo (...), el Tribunal contradujo los argumentos del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América e hizo un ejercicio de especulación que no fundamentó al concluir que ese país no tuvo la intención de que el artículo XI del TBI fuera auto-juzgable.

(...)

199. El Comité concluye que, como es obvio, este argumento de Argentina es en realidad un intento para que el Comité valore la "evidencia fundamental e incontrastable que

demuestra la intención de las partes del TBI”. Ello es imposible en un proceso de anulación, por lo que el Comité rechazará este argumento.

200. Argentina además sostuvo que hubo un exceso manifiesto de facultades del Tribunal al dejar de aplicar el artículo VI(3) del TBI (...). El Comité revisó cuidadosamente la argumentación sobre este tema contenida en el Memorial de Anulación y en la Réplica de Argentina y encontró que fue imprecisa, especialmente al afirmar que la interpretación dada por el Tribunal a ese artículo “...es la misma que surge de la aplicación de otros artículos del Tratado... por lo que el artículo VI(3) no tendría un efecto útil”.

201. Señaló además Argentina que el tribunal que decidió sobre el caso *L.E.S.I c. Argelia* analizó una norma del tratado bilateral de inversiones similar al artículo VI(3) del TBI, la interpretó de manera muy distinta al Tribunal y concluyó que “una interpretación diferente privaría de sentido y efecto al artículo”.

202. El Comité, luego de sopesar los argumentos de Argentina reitera que la jurisprudencia arbitral no es vinculante por lo que lo decidido en el caso *L.E.S.I c. Argelia* no era obligatorio para el Tribunal. Reitera en que no seguir la línea de argumentación de otro tribunal de arbitraje no es causal de anulación como tampoco lo es interpretar un artículo del TBI en un sentido o en otro. El Tribunal había, ciertamente, analizado el artículo IV(3) y concluido que no era aplicable a este asunto. Esta es una opinión razonada. El hecho que Argentina no esté de acuerdo con esta interpretación del artículo IV(3) del TBI no constituye una causal de anulación. Consecuentemente, el Comité rechazará este argumento.

203. Argentina también alegó que el Tribunal no examinó separadamente la defensa del estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario. El Comité considera que el Tribunal explicó su metodología en los párrafos 552 a 555 del Laudo y llegó a la conclusión de que el Artículo XI del TBI era *lex specialis* y que únicamente si ese Artículo XI no fuera aplicable un ulterior análisis sería necesario. Al concluir que dicho Artículo sí era aplicable cualquier análisis posterior era innecesario. Argentina puede estar en desacuerdo con el planteamiento del Tribunal pero ese desacuerdo no constituye una causal de anulación. Por lo tanto el Comité rechazará este alegato».

La última de las cuestiones que la comisión *ad hoc* examinó bajo la causa de anulación de la extralimitación manifiesta de las facultades, llegando a un idéntico resultado contrario a las pretensiones de la parte actora, consistió en el análisis de los daños establecidos por el tribunal arbitral en concepto de reparación:

«207. En opinión del Comité los tribunales de arbitraje pueden proceder con cierta discrecionalidad en la cuantificación de los daños. Un ejercicio razonado de ese poder discrecional como el que realizó el Tribunal no equivale a decidir *ex aequo et bono*. El Comité no encontró argumentos convincentes que explicaran de qué manera el Tribunal dejó de aplicar el derecho aplicable y resolviera *ex aequo et bono*. Por consiguiente, rechazará esas afirmaciones de Argentina.

208. En cuanto a la causalidad, Argentina dijo que El Paso no reclamó por los efectos acumulativos de las medidas, y que, no puede considerarse que la valoración cumpla con el requisito de causalidad (...).

(...)

209. El Comité reitera que no puede decidir sobre el asunto al que se refiere Argentina en el párrafo transcrito; esa valoración le corresponde, exclusivamente al tribunal de arbitraje.

210. El Comité no encuentra que el Tribunal incurriera en un exceso manifiesto de facultades al decidir sobre los daños como lo señaló Argentina, por lo que rechazará esta causal de anulación.

211. Según Argentina, hay un exceso manifiesto de facultades por parte del Tribunal, al tomar en cuenta en el párrafo 704 del Laudo, para efectos de la compensación, los “valores proyectados en el 2003”, fecha posterior a los alegados incumplimientos de Argentina (subpárrafo (c) del párrafo 204 anterior), “dejando a El Paso en una situación diferente a la existente con anterioridad a las alegadas ‘medidas progresivas’”.

(...)

213. La decisión sobre cuáles valores debían considerarse para definir el monto de la condenatoria que se le impondrá a Argentina la puede tomar únicamente el Tribunal; que conoció los hechos y las pruebas aportadas por las Partes. El Comité no puede valorar los datos ni las probanzas presentadas al proceso. Tampoco encuentra el Comité que existiera un exceso manifiesto de facultades por haber tomado en cuenta el Tribunal los datos del 2003 u otros; por lo tanto rechazará este alegato de anulación.

214. Argentina argumentó que el Tribunal excedió manifiestamente en sus facultades al haber utilizado el caso *Chorzów* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (...) para establecer el estándar de compensación, sin tener en cuenta que la jurisprudencia no es fuente de derecho. Por ese motivo, según Argentina, el Tribunal no estableció cuál fue el derecho que aplicó para fijar los daños.

215. El Tribunal emitió sus consideraciones sobre el estándar de indemnización que usó y en el párrafo 700 del Laudo expresó su razonamiento. Se refirió al silencio del TBI en esta materia, al caso *Chorzów* y consideró lo que otros tribunales arbitrales habían decidido sobre los daños provocados por la violación del estándar de trato justo y equitativo. Señaló además las razones por las que consideró el valor justo de mercado para fijar la indemnización.

216. Según dispone el Artículo 42(2) del Convenio CIADI, si la norma primaria no da una solución a un asunto que deba resolver un tribunal de arbitraje, ese silencio no es excusa para que ese órgano no resuelva. Los tribunales de arbitraje deben recurrir a diferentes métodos de interpretación para decidir la disputa, según el mandato que recibieron de las partes. El hecho de que en este caso el Tribunal acudió al caso *Chorzów*, como auxiliar de interpretación no implica un exceso manifiesto de facultades. Si bien la jurisprudencia no es fuente de derecho como bien lo afirmó Argentina, ello no impide que sea la base del razonamiento de un tribunal de arbitraje en cuando a una decisión. Por lo dicho, el Comité también rechazará este argumento de anulación».

La segunda causa de anulación que examinó la comisión consistió en la falta de expresión de motivos en los que se funda el laudo. Un estándar que fue definido ajustándose a los parámetros establecidos por anteriores comisiones de anulación:

«217. (...) El Comité coincide con otros comités que han resuelto repetidamente de esta manera, pues las razones no convincentes no equivalen a una falta de ellas. A los comités de anulación les corresponde determinar la existencia de un razonamiento y no su corrección, contenido o el hecho de que sea adecuado o no. Salvo que las conclusiones del tribunal no estén basadas en el razonamiento expresado en el laudo, no hay base para su anulación. Las razones del tribunal no necesitan detallarse pero deben ser suficientes para

que un lector común entienda cómo, fundado en la prueba y en los argumentos presentados por las partes, el tribunal llegó a sus conclusiones.

(...)

220. (...) Como lo han señalado otros Comités, la exigencia de expresar los motivos tiene el objetivo de asegurar que las partes puedan comprender el razonamiento del tribunal y también que un lector informado entienda los hechos y el derecho, mediante el cual el tribunal llegó a sus conclusiones.

221. De igual manera, a este Comité le resulta obvio que no puede anular un laudo porque a una de las partes involucradas en el caso, no está de acuerdo con las razones que expuso el tribunal de arbitraje. La casual establecida en el Artículo 52(e) del Convenio CIADI es muy clara: se trata de la falta, es decir de la ausencia de expresión de motivos al analizar las pretensiones de las partes en el proceso arbitral. Dar razones que sean contradictorias a un grado de neutralizarse recíprocamente también cae en esta categoría».

A tenor de este concepto tan restrictivo, que tiene por objeto evitar que el recurso de anulación se convierta en una apelación, la comisión *ad hoc* de anulación descartó que el tribunal arbitral hubiera incurrido en esta causa de anulación:

«225. En relación con el alegato de falta de expresión de motivos en el párrafo 175 del Laudo (...), en concreto en la frase “[e]l hecho de que la pérdida del valor de las acciones esté asociado a la apropiación de los derechos pertenecientes a la sociedad local parece obvio”, el Comité señala el hecho que este párrafo forma parte de la sección en la que el Tribunal definió lo que entendía por “inversión” a la luz del artículo I (1) (a) del TBI. El Tribunal relacionó expresamente la oración transcrita con el párrafo 204 del Laudo. Explicó en ambos párrafos que no cabe una doble compensación para El Paso. El Comité entiende que esa oración y la expresada en el 204 constituyen parte de la expresión de motivos de la conclusión a la que llega el Tribunal unos párrafos más adelante (213 y 214 del Laudo). En ellos el Tribunal determina que los contratos y las licencias no son parte de la inversión protegida por el TBI, sino solo las acciones de El Paso en las Sociedades Argentinas.

(...)

232. (...) transcrito en los párrafos 228, 229 y 231 anteriores el Comité concluye que, en realidad, lo que esa Nación pretende es que el Comité haga un análisis del fondo del asunto, con el fin de anular el Laudo. El fundamento de esa pretensión sería que “Argentina no adoptó medidas que repercutieran en los derechos de El Paso como accionista en las sociedades argentinas” para concluir que el Tribunal otorgó una “compensación por medidas que sólo afectaron a esos contratos y licencias de las Sociedades Argentinas”. Como se ha dicho reiteradamente, el Comité no puede analizar el fondo del asunto ni corregir los supuestos errores sobre el fondo en los que pudiera haber incurrido un tribunal de arbitraje en un laudo.

(...)

235. El Comité considera (...) que el Tribunal sí expresó sus motivos en una forma muy detallada. No tiene facultades para valorar si esos motivos fueron insuficientes o inadecuados ya que la causal expresada en el Artículo 52(e) del Convenio CIADI es la falta de expresión de motivos, no si estos fueron inadecuados o insuficientes.

236. El Comité concluye entonces que el Tribunal sí analizó por qué consideraba que las medidas fueron la razón fundamental de la venta de las acciones.

(...)

238. El Comité analizó cuidadosamente los párrafos a los que aludió Argentina y el análisis que hizo el Tribunal de las medidas tomadas por esa Nación. A su juicio, la lectura de esos párrafos debe hacerse en conjunto con otros: particularmente los números 84, 98 y 408. En el primero el Tribunal describió las acciones que Argentina tomó para atraer inversión a las áreas de energía. Argentina hizo seminarios y “road shows” en los cuales enfatizó, entre otros aspectos, que los pagos por capacidad serían en dólares. En el párrafo 98 del Laudo el Tribunal detalló las medidas tomadas por Argentina en el sector eléctrico que afectaron los valores contemplados en el Marco Regulatorio de la Electricidad y en el 408 señaló el objeto principal de los pagos por potencia. De lo anterior, el Comité concluye que en lo expresado por el Tribunal en los párrafos 512 y 514 no existe contradicción alguna que permita concluir que el Laudo esté falta de expresión de motivos sobre este tema.

(...)

242. Para comprender este alegato de Argentina, el Comité revisó cuidadosamente el párrafo 588 del Laudo. El Comité no puede ni debe revisar si las pruebas que presentó Argentina referentes al artículo XI del TBI se relacionan o no con los “intereses esenciales de seguridad”. Además considera que fue sobre esa prueba que el Tribunal afirmó que “[d]e ello se podría inferir que, en todo caso, la naturaleza auto-juzgable del Artículo XI se limita a los ‘intereses esenciales de seguridad’ y no se puede extender a otros elementos, en especial al mantenimiento del orden público”. El Tribunal en la primera parte de ese párrafo manifestó que, antes de analizar el artículo en cuestión a la luz de la Convención de Viena, era necesario indicar que las pruebas sobre el carácter auto-juzgable que presentó Argentina se referían solo a un aspecto de los tres que conforman el artículo XI (intereses esenciales de seguridad, mantenimiento del orden público y cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto del mantenimiento o la restitución de la paz o seguridad internacionales). El Tribunal además manifestó al final de ese párrafo “[n]o obstante ello, a primera vista, el caso no parece referirse de seguridad (externos) sino, posiblemente, al mantenimiento de orden público (interno), que no sería una materia dentro del alcance de la naturaleza auto-juzgable del Artículo XI del TBI”. Esas manifestaciones del Tribunal fueron hechas, basadas en sus consideraciones sobre las pruebas aportadas por Argentina. No encuentra entonces el Comité que en este tema existiera falta de expresión de motivos.

(...)

245. A juicio del Comité, el Laudo es claro y para el análisis que hizo el Tribunal en los párrafos 588 al 610, en los que se refirió a las pruebas aportadas por las Partes, utilizó diferentes métodos de interpretación de un tratado y consideró lo que otros tribunales de arbitraje habían resuelto sobre el tema. El razonamiento del Tribunal es claro, permite entender la conclusión a la que llegó el Tribunal y sus fundamentos. No encuentra el Comité que la ausencia de una mención concreta a la carta Sofaer, afecte el razonamiento del Laudo en esta materia. Además, el hecho de que el Tribunal no se refiriera a una prueba concreta, que según Argentina, era fundamental, no puede ser analizado por este Comité, que no tiene potestad para hacer ninguna valoración sobre las pruebas presentadas en el proceso arbitral.

(...)

248. El Comité considera que los párrafos 555 y 613 del Laudo a los cuales Argentina se refirió en la cita anterior, no se pueden analizar separadamente del resto. El Tribunal, en los párrafos 613 a 624 explicó por qué motivo consideró el grado de contribución de Argentina en la situación que se presentó en ese país, para efectos del concepto de estado de

emergencia, con el fin de definir si al caso concreto, aplicaba el artículo XI del TBI (que contiene la cláusula sobre medidas no prohibidas). En esos párrafos se refirió a la Convención de Viena, a la finalidad del TBI, a la doctrina sobre la responsabilidad de los Estados, a lo dicho por otros tribunales de arbitraje en los casos *LG&E* y *Continental* y a los principios UNIDROIT. No encuentra el Comité que el Tribunal hiciera esa “equiparación” infundadamente; por el contrario, considera que el Tribunal explicó de manera amplia los motivos que tuvo para considerar la “no contribución” en este tema. No hay por tanto falta de expresión de motivos en los párrafos que alegó Argentina.

(...)

250. En los párrafos 557 y 558 del Laudo, el Tribunal resumió la posición de las Partes sobre la interpretación del artículo IV (3) del TBI y en el 559 interpretó esa norma con base en su “significado llano” y se apoyó en lo dicho sobre ese mismo artículo por el tribunal de arbitraje del caso *CMS*. El hecho de que exista una interpretación diferente, (la de *L.E.S.I.*), que señaló Argentina, o alguna otra, no significa que el Laudo no esté motivado. La decisión que tomó el Tribunal sobre el artículo IV (3) del TBI es muy clara y no constituye una causal de anulación basada en la falta de expresión de motivos.

(...)

253. El hecho de que exista un voto disidente no significa que el voto de mayoría es infundado y que, por lo tanto, deba ser anulado. En este caso concreto, además la disidencia no es sobre los estándares legales aplicables, ni sobre el significado de la ‘no contribución’, sino que consiste en una valoración diferente de la prueba, tema sobre el cual el Comité no puede intervenir de ninguna manera.

254. El Comité estudió cuidadosamente los párrafos 613 al 626 del Laudo los cuales están basados en la afirmación no controvertida que el Artículo XI del TBI debe ser analizado de primero pues es *lex specialis* en relación con otras normas (párrafo 550 del Laudo): en el 613 el Tribunal indicó cuál norma consideraba útil para interpretar el artículo XI del TBI. En los párrafos 614 y 615 el Tribunal sostuvo que, al considerar el fin y el objeto del TBI, conforme lo señala la Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados, era posible determinar el rol de la contribución de un Estado a una crisis o estado de necesidad. En el párrafo 618 señaló, con base en un sector de la doctrina, qué clase de contribución estatal debía considerarse a estos efectos. En los párrafos 619 y 620 el Tribunal consideró lo resuelto en otros dos casos (*LG&E* y *Continental*) respecto al mismo artículo del TBI que analizaba. En los párrafos 621 al 623 consignó lo que otras normas del Proyecto de la CDI y los principios *Unidroit* disponen sobre la exclusión de responsabilidad y el grado de contribución a un estado de necesidad para concluir, en el párrafo 624, que existe un principio del derecho internacional relacionado con la exclusión de responsabilidad y la no contribución; de esa manera explicó cuál principio aplicaría al caso.

255. En el párrafo 611 del Laudo, el Tribunal manifestó que un estado de emergencia puede ser de naturaleza económica. En los párrafos 651 al 665 analizó las pruebas presentadas en relación con la crisis sufrida por Argentina. Consideró, lo que expresaron los peritos de las Partes, los informes del Fondo Monetario Internacional, las declaraciones de autoridades argentinas, y las opiniones de economistas e investigadores. Concluyó en el párrafo 665 que Argentina contribuyó sustancialmente a la crisis, por lo que, en opinión del Tribunal, esa parte no podía invocar el artículo XI del TBI a su favor.

256. De lo observado por el Comité en el Laudo, es imposible concluir que el Tribunal no definió los estándares legales que aplicó ni que dejó de indicar qué significaba, en su criterio, la ‘no contribución’; tampoco es posible concluir que el Tribunal sólo se refirió a argumentos económicos y no jurídicos. No encuentra, pues el Comité que Argentina lleve

razón alguna en sus argumentos. El Tribunal fue claro en sus análisis, fundamentó y explicó ampliamente las decisiones que tomó sobre este tema.

(...)

259. En cuanto a la relación causal entre las medidas y las pérdidas supuestamente sufridas por El Paso, el Tribunal valoró la posición de Argentina, en el sentido de que para que exista la relación causal, el hecho internacionalmente ilícito debe ser la causa próxima entre las medidas y las pérdidas. El Tribunal concluyó que en este caso no se daba la “causa próxima” y, con base en lo que otros tribunales resolvieron utilizó el método de la conexión suficiente. Es decir, el Tribunal analizó dos maneras posibles para valorar la relación de causalidad, concluyó que El Paso no había contribuido a los daños y luego remitió a la conclusión a la que había llegado en el párrafo 507 del Laudo, en el sentido de que las medidas tomadas por Argentina fueron la razón principal de la venta de las acciones que tenía El Paso en las Sociedades Argentinas».

La tercera causa de anulación defendida por Argentina consistió en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Esta causa de anulación, prevista en el artículo 52.1.d) del Convenio CIADI, fue definida por la comisión *ad hoc* de anulación de la siguiente forma:

«268. El Comité considera que hay una conclusión lógica de lo transcrito: al ser tan amplio el concepto de “quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”, la parte que alega la existencia de esa causal, debe indicar cuál es la norma fundamental afectada y definir con claridad cuál es el quebrantamiento grave que alega para que sea analizado por el Comité.

269. También es necesario indicar que para que exista esta causal de anulación, según lo establece claramente el Convenio CIADI, se requieren dos requisitos básicos: tiene que ser un quebrantamiento grave y de una norma fundamental de procedimiento, no de cualquier norma procesal. Además este Comité comparte lo dicho por otros comités de que, para que sea causal de anulación, el quebrantamiento tiene que tener un impacto material sobre el resultado del laudo».

En este contexto, la comisión descartó la violación de esta causa de anulación concluyendo que los argumentos expresados por Argentina no habían sido fundamentados suficientemente:

«275. El Comité señala que su función concreta es la de analizar si en el Laudo o en el proceso arbitral, existen causales que permitan anular el Laudo parcial o totalmente. Específicamente, el deber del Comité con respecto a la causal de anulación que aquí analiza, es el de garantizar la integridad del proceso arbitral. Argentina en este caso no explicó por qué considera que existió un supuesto exceso manifiesto de facultades ni señaló cuál fue la norma fundamental de procedimiento de la que el Tribunal se apartó gravemente; por esas razones el Comité rechazará este argumento.

(...)

277. El Comité señala, una vez más, que Argentina no indicó cuál norma fundamental del procedimiento se vio afectada por lo que resolvió el Tribunal, ni argumentó sobre la gravedad del quebrantamiento. Adicionalmente es importante retomar lo dicho en los párrafos 180 al 182 anteriores en los que el Comité concluyó que el Tribunal no creó un

nuevo estándar ni aplicó un derecho diferente; por lo tanto, también rechazará este argumento de anulación.

(...)

281. El Comité observa que el Tribunal analizó individualmente las medidas tomadas por Argentina y también se refirió al “entramado jurídico”, al “orden jurídico” y al “marco jurídico” y que en el párrafo 519 del Laudo concluyó que las consecuencias de las medidas, por sus efectos acumulativos, constituyeron una violación al estándar de trato justo y equitativo.

(...)

284. De las citas transcritas, el Comité concluye que durante el proceso arbitral las Partes sí discutieron si las medidas de Argentina constituyeron un apartamiento del marco jurídico regulatorio. El Tribunal analizó cada medida por separado pero, en diversos párrafos del Laudo se refirió a los efectos generales sobre ese marco jurídico, para llegar a la conclusión expresada en el párrafo 519 del Laudo. A juicio del Comité, el Tribunal formó su opinión en el curso de las presentaciones escritas y orales de las partes y en las discusiones que se suscitaban durante el proceso, asistido por varias opiniones de expertos. Argentina participó activamente en esas discusiones, tuvo amplia oportunidad de defenderse y de atacar todos los argumentos presentados por la demandante y sus expertos. El Comité estudió cuidadosamente los memoriales de las partes posteriores a la audiencia y los comparó con las presentaciones que ellas hicieron durante el proceso original. Concluyó que la esencia del problema que guió el razonamiento del tribunal y finalmente condujo a su decisión se expuso con claridad: que el efecto acumulativo de una serie de medidas que pueden ser legales e inofensivas individualmente, puede alterar la situación global y el marco legal en una forma que el inversionista no pudo haber legítimamente esperado. Del debate el Tribunal concluyó que las medidas combinadas causaron una violación ilegal del estándar de trato justo y equitativo aun cuando cada una de ellas, valorada individualmente, fuera legal. No le corresponde a este Comité determinar si el razonamiento del Tribunal fue correcto. En el proceso de determinar si el Tribunal violó una norma fundamental de procedimiento, el Comité tuvo que valorar si el Tribunal le impidió a la Demandada presentar su argumento en el sentido de que un grupo de medidas legales, consideradas en conjunto, no pueden constituir una violación ilegal del TBI. El Comité está convencido de que el Tribunal no le impidió a Argentina presentar este argumento. El hecho de que el Tribunal usó la expresión “progresiva” con la intención de resumir su línea de razonamiento por medio de ella no cambia el criterio del Comité. Ese vocablo fue una manera de sintetizar el razonamiento del Tribunal pero no agregó nada a su argumentación. Se basó en los materiales que fueron aportados en el proceso y en consideraciones legales que se discutieron sustancialmente.

285. El Tribunal decidió enriquecer la expresión de su pensamiento utilizando, respecto al trato justo y equitativo, un concepto propio de la expropiación; no necesitaba acudir a ese proceso académico para justificar su razonamiento pero decidió hacerlo de esa manera. Ese proceder no perjudicó en nada a la Demandada, quien defendió vigorosamente a lo largo del proceso arbitral, cada una de las medidas que tomó y los efectos de esas acciones en el entorno jurídico general en el que la Demandante hizo su inversión. No importa como se mire, la elaboración hecha por el Tribunal de los efectos acumulativos de las acciones de la Demandada es, simplemente una manera de expresar el razonamiento que lo condujo a sus conclusiones y como tal, de ninguna forma puede constituir una causal de anulación del Laudo.

286. Por las razones consignadas en los párrafos precedentes, el Comité considera que en este caso no hubo ninguna violación del debido proceso ni del derecho de defensa, como

normas fundamentales del procedimiento. Argentina tuvo oportunidad para defenderse y para expresar su punto de vista sobre el efecto de las medidas que tomó durante la crisis, sobre el marco jurídico general. Por ese motivo el Comité rechazará la petición de anulación de Argentina, basada en esta y en sus demás argumentaciones».

En cuanto a la distribución de las costas y honorarios de abogados, la comisión *ad hoc* de anulación decidió imponer las primeras a la parte perdedora (Argentina), mientras que cada una de las partes debería sufragar sus gastos de representación letrada.

VI. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹²

Del lado de la intervención judicial sobre laudos derivados de arbitrajes de inversión resulta relevante la sentencia de la Corte Suprema (*Supreme Court*) de los Estados Unidos de América dictada el 5-3-2014 en el asunto *BG Group Plc c. Argentina*.

El origen del caso es un Laudo dictado el 24-12-2007 por un tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento de la CNUDMI, que determinó que Argentina había incumplido su deber de brindar al inversor un tratamiento justo y equitativo recogido en el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Argentina (firmado el 11-12-1990). La demandante participaba en una sociedad local titular de una licencia de distribución de gas en Buenos Aires que se vio duramente afectada por las medidas tomadas por el Gobierno argentino para paliar la emergencia económica de 2001-2002. Como consecuencia de esa violación del DI el tribunal arbitral condenó a Argentina a indemnizar a la demandante mediante el pago de 185.000.000 dólares estadounidenses más intereses y costas (pár. 467 del Laudo).

El debate sobre el Laudo, analizado posteriormente por tres instancias judiciales estadounidenses como veremos seguidamente, estriba en que el tribunal arbitral, siguiendo los argumentos de la demandante, aceptó una interpretación particular del artículo 8 del APPRI, que contiene una cláusula de solución de controversias entre inversores y Estados. Según el tenor literal de la cláusula, en caso de disputa los inversores británicos en Argentina (y, por reciprocidad plena, los inversores argentinos en Reino Unido) tienen en primer lugar que comenzar acciones judiciales ante los tribunales locales del Estado receptor de la inversión (artículo 8.1). Si pasados 18 meses desde el inicio de las acciones locales no se ha resuelto la disputa (bien porque no ha habido resolución o porque la ha habido pero la disputa aún persiste), el artículo 8.2.a) del APPRI faculta al inversor afectado a que inicie un arbitraje internacional (sea ante el CIADI o, como en el caso de autos, ante un tribunal arbitral *ad hoc* bajo el Reglamento de la CNUDMI. Fue un tanto llamativo que el inversor optara por la vía CNUDMI en vez de la más común de CIADI, que ha administrado la gran mayoría de reclamaciones de inversión contra Argentina en el contexto de la emergencia económica de 2001-2002.

¹² Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

Llegados a este punto los términos del debate serán conocidos para el lector experimentado en arbitraje de inversiones, dada la cantidad de precedentes (a cada cual más crítico con los anteriores) sobre si un inversor puede o no saltarse de alguna manera esa exigencia de litigación local de algunos tratados de protección de inversiones (v.gr., los APPRI celebrados por Argentina con Alemania, España, Italia o Reino Unido). En la mayoría de los casos la cuestión se ha zanjado permitiendo o impidiendo al inversor de turno usar la cláusula de la nación más favorecida que contiene el APPRI base para importar o no cláusulas de solución de conflictos en tratados del Estado receptor de la inversión que no contuvieran esa exigencia de litigación local (sin ánimo de exhaustividad, a favor: *Emilio Agustín Maffezini c. España* (caso CIADI n° ARB/97/7, Decisión del tribunal sobre objeciones a la jurisdicción de 25-1-2000); en contra: *ICS Inspection y Control Services Limited c. Argentina* (caso CNUDMI/CPA n° 2010-9, Laudo sobre jurisdicción, 10-2-2012).

No fue el debate, sin embargo, en el caso *BG c. Argentina*. Aquí el tribunal arbitral optó por la futilidad de los recursos internos en Argentina debido, por un lado, a la presión legal ejercida por las autoridades argentinas para suspender las acciones entabladas por quienes se sintieran afectados por las medidas anti-emergencia económica (Decretos 214/02 y 320/02) y, por otro lado, a la actitud del Gobierno argentino de excluir del proceso de renegociación de contratos y licencias de empresas privatizadas a quienes iniciaran acciones judiciales (Resolución 308/02 y Decreto 1090/02) (párs. 147-157 del Laudo). Merece la pena en este punto transcribir el pár. 155 del Laudo:

«...the Tribunal is also persuaded that under the dire circumstances surrounding the emergency measures, the Executive Branch sought to prevent the collapse of the financial system by (i) directly interfering with the normal operation of its courts, and (ii) by excluding litigious licensees from the renegotiation process».

Teniendo en cuenta, además pero no principalmente, que según el Ministro argentino Sr. Rosatti un procedimiento judicial en Argentina habría durado unos seis años (pár. 156 del Laudo), el tribunal arbitral entendió que la reclamación de la demandante era admisible sin necesidad de haber cumplido con el requisito de inicio de acciones locales en Argentina. Por otro lado, no entró a valorar el argumento del uso de la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3 del APPRI (pár. 157 del Laudo).

Al tratarse de un arbitraje no CIADI el sistema de recursos frente al Laudo se sujeta a los mismos cauces que en el arbitraje comercial internacional. Puesto que la sede del arbitraje fue Washington, DC, Argentina presentó su solicitud de anulación del Laudo ante la *US District Court for the District of Columbia*, mientras que la empresa *BG* solicitó al mismo tribunal la confirmación del Laudo bajo la Convención de Nueva York (firmada el 10-6-1958) para su posterior ejecución forzosa en el territorio de los Estados Unidos de América.

En primera instancia la *US District Court for the District of Columbia* denegó la solicitud de anulación el 7-6-2010 (715 F. Supp. 2d 108 (DC 2010)) y poco después, el 21-1-2011, confirmó el laudo a efectos de su ejecución (764 F. Supp. 2d 21 (DC 2011)). En cambio, el 17-1-2012 la *United States Court of Appeals for the District of Columbia*

Circuit revocó en apelación la sentencia de instancia de la *District Court* y declaró la nulidad del laudo (665 F. 3d 1363 (2012)). Para la *Court of Appeals*, no existían razones para que la demandante no hubiera cumplido con el requisito de acudir a los tribunales locales argentinos y, por tanto, tenía que haber esperado 18 meses para poder iniciar el arbitraje. De este modo la *Court of Appeals* consideró que podía analizar *de novo* la decisión del tribunal arbitral en materia de competencia para resolver el caso.

La demandante presentó un recurso de *certiorari* (equivalente a una casación), cuyo análisis y posterior resolución por la *Supreme Court* suscitó la atención de gran parte del mundo académico y forense no solo de los Estados Unidos de América. De hecho, la *Supreme Court* registró varias peticiones solicitando la presentación de escritos de *amicus curiae* tanto a favor como en contra de la solicitud de casación de la sentencia de la *Court of Appeals*; destaquemos en este punto los *amici curiae* de los Estados Unidos de América de 3-9-2013 (a favor de la casación) y de Ecuador de 1-11-2013 (rechazándola).

En la sentencia aquí referenciada la *Supreme Court* (por mayoría de 7 a 2) acabó casando la sentencia de apelación de una manera bastante heterodoxa y en varias ocasiones con poca precisión jurídica internacional.

Para empezar, la *Supreme Court* reafirmó su decisión de analizar el caso en *certiorari* «*given the importance of the matter for international commercial arbitration*», extendiendo de manera laxa el concepto de «arbitraje comercial internacional» al «arbitraje de inversiones». A continuación la *Court* estableció que la pregunta que debía responder era a quién le correspondía (al tribunal arbitral o a los tribunales estatales) la interpretación del cumplimiento de uso de los recursos internos contenido en el artículo 8 del APPRI y, por tanto, si los tribunales de justicia debían o no «*interpret and apply the local litigation requirement de novo, or with the deference that courts ordinarily owe arbitration decisions*». Para llegar a la respuesta la *Court* partió de analizar la cuestión como si se tratara de un contrato («*we shall initially treat the document before us as if it were an ordinary contract between private parties*»), lo que la llevó a responder a la susodicha pregunta en el sentido de que correspondía al tribunal arbitral; posteriormente acabaría indicando que la respuesta era la misma en el caso concreto en el que lo que estaba involucrado era un tratado internacional.

Dejaremos a un lado los argumentos de la *Court* basados en considerar, *arguendo*, que la disputa tuviera una dimensión contractual (Parte III de la sentencia). Baste señalar que la *Court* aplicó sin más jurisprudencia interna estadounidense para llegar a la conclusión de que el requisito del uso previo de los recursos internos era una «*procedural condition precedent to arbitration*». Es interesante señalar que los dos *amici curiae* de Ecuador y los Estados Unidos de América se mostraron razonablemente contrarios al uso indiscriminado de jurisprudencia interna estadounidense a un caso como el presente.

Una vez centrado el caso en el marco del DI (Parte IV), la *Court* volvió a su teoría contractual (Parte IV.A) en la medida en que, para ella, «*a treaty is a contract, though*

between nations» y recitó otra vez jurisprudencia interna estadounidense sobre la interpretación de tratados incluso muy anterior a la codificación sobre la materia efectuada en el CVDT. La *Court* no dudó en separarse de las indicaciones que el *Solicitor General* estadounidense le hizo en su escrito de *amicus curiae* sobre el modo de interpretar un tratado internacional:

«The Solicitor General does not deny that the presumption discussed in Part III, supra (namely, the presumption that parties intend procedural preconditions to arbitration to be resolved primarily by arbitrators), applies both to ordinary contracts and to similar provisions in treaties when those provisions are not also ‘conditions of consent.’ (...) And, while we respect the Government’s views about the proper interpretation of treaties (...), we have been unable to find any other authority or precedent suggesting that the use of the “consent” label in a treaty should make a critical difference in discerning the parties’ intent about whether courts or arbitrators should interpret and apply the relevant provision.

While we leave the matter open for future argument, we do not now see why the presence of the term “consent” in a treaty warrants abandoning, or increasing the complexity of, our ordinary intent-determining framework».

Para acabar concluyendo que, a la luz del tratado, no era necesario acudir a las categorías del Derecho interno estadounidense para resolver la cuestión:

«In any event, the treaty before us does not state that the local litigation requirement is a “condition of consent” to arbitration. Thus, we need not, and do not, go beyond holding that, in the absence of explicit language in a treaty demonstrating that the parties intended a different delegation of authority, our ordinary interpretive framework applies. We leave for another day the question of interpreting treaties that refer to “conditions of consent” explicitly. (...) And we apply our ordinary presumption that the interpretation and application of procedural provisions such as the provision before us are primarily for the arbitrators».

En cuanto al texto del artículo 8 del APPRI (Parte IV.B), la *Court* entendió que la exigencia de litigación local era, desde el punto de vista sistemático, una «*procedural condition precedent to arbitration – a sequential step that a party must follow before giving notice to arbitration*». La *Court* señaló entonces que el APPRI autoriza para la resolución de las disputas el uso de «*international arbitration associations*» (incluido como tal el CIADI [sic]) cuyas reglas establecen que sean los árbitros quienes tengan la autoridad para interpretar estas disposiciones. En consecuencia:

«The upshot is that our ordinary presumption applies and it is not overcome. The interpretation and application of the local litigation provision is primarily for the arbitrators. Reviewing courts cannot review their decision de novo. Rather, they must do so with considerable deference».

En cuanto al análisis de los argumentos esgrimidos por Argentina para la casación de la sentencia (Parte V), la *Court* destacó tres consideraciones efectuadas por el tribunal arbitral en el Laudo para rechazar con facilidad la petición del Estado.

En primer lugar, ante la afirmación del tribunal arbitral de que la exigencia de litigación ante los tribunales locales no puede ser considerada un impedimento absoluto al arbitraje, la *Court* señaló:

«The first determination lies well within the arbitrators' interpretive authority. Construing the local litigation provision as an "absolute" requirement would mean Argentina could avoid arbitration by, say, passing a law that closed down its court system indefinitely or that prohibited investors from using its courts. Such an interpretation runs contrary to a basic objective of the investment treaty».

En segundo lugar, ante las constataciones de los obstáculos puestos por las autoridades argentinas a los inversores para litigar ante los tribunales locales la *Court* recordó que Argentina no había negado los hechos y, por tanto, los consideró válidos.

Y, en tercer lugar, a la determinación del tribunal arbitral de que, en esas circunstancias, sería «*absurd and unreasonable*» entender que el artículo 8 del APPRI aún exige al inversor acudir a los tribunales locales, la *Court* se mostró más cauta. No obstante, aun sopesando la defensa de Argentina, terminó entendiendo que el tribunal arbitral no se había extralimitado; parafraseando de nuevo jurisprudencia local:

«The arbitrators did not "stra[y] from interpretation and application of the agreement" or otherwise "effectively "dispens[e]" their "own brand of... justice"».

VII. CONSIDERACIONES FINALES¹³

En este epígrafe se comentan diversos acontecimientos de interés que durante el año 2014 se han desarrollado en el contexto de la política de promoción y protección de las inversiones extranjeras de la UE y España.

1. Desarrollos en la práctica europea en materia de protección de las inversiones extranjeras

En el ámbito de la UE pueden señalarse varias novedades tanto en lo que respecta al ejercicio *ad intra* de la competencia sobre protección de inversiones, como en su dimensión *ad extra*.

Desde la primera perspectiva, destaca la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23-7-2014 (*DO L 257*, de 28-8-2014, p. 121), una disposición normativa que no sólo prevé un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con la resolución de controversias entre inversores y Estados nacidas de los acuerdos internacionales en los que sea parte la UE, sino que introduce novedades de interés en otros aspectos procesales de estas controversias como, por ejemplo, la intervención de la Comisión y de los Estados miembros en estos procedimientos arbitrales. Para un análisis de este interesante

¹³ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives.

reglamento, sin embargo, nos remitimos a nuestro comentario en la sección de información y documentación de la *Revista Española de Derecho Internacional*¹⁴.

Otro expediente que, también en el ámbito *ad intra*, merece nuestra atención son los desarrollos que se han producido a propósito de las interacciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones en el caso *Ioan Micula y otros c. Rumanía*. Como ya informamos en nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 33-39 y 53-58), en este precedente un tribunal del CIADI declaró la responsabilidad internacional de Rumanía al haber violado el estándar del trato justo y equitativo y estableció una indemnización de alrededor de 178.000.000 euros a favor del inversor extranjero.

En la actualidad el litigio pende de un recurso de anulación interpuesto ante una comisión de anulación del CIADI. Sin embargo, tras la publicación del Laudo arbitral declarando la responsabilidad internacional de Rumanía, la Comisión Europea reaccionó informando a Rumanía que cualquier medida que adoptara para cumplir el Laudo sería considerada como una nueva ayuda de Estado y, por tanto, sometida al correspondiente procedimiento administrativo de investigación y determinación de la existencia de un incumplimiento del Derecho de la UE. En este sentido, Rumanía informó a la Comisión el 20-2-2014 que había procedido a cumplir parte del Laudo condonando 76.000.000 euros que uno de los demandantes debía a la hacienda pública rumana en concepto de impuestos atrasados. Los demandantes solicitaron la completa ejecución del Laudo en Rumanía y un tribunal civil de Bucarest concluyó que el mismo era directamente ejecutable, en virtud de los compromisos internacionales que Rumanía había asumido en el marco del CIADI y, en particular, a la luz de lo establecido por el Artículo 54 del Convenio CIADI.

Acto seguido, el 26-5-2014, la Comisión Europea informó sobre su decisión de solicitar la suspensión de cualquier medida que pudiera tomar dicho Estado para cumplir la parte del Laudo que todavía quedaba pendiente mientras se resolvía su consideración como ayuda de Estado, con arreglo al artículo 11.1 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22-3-1999 (*DO L 89*, de 1-4-1999, p. 19)¹⁵. Cabe advertir que ante la oposición a la ejecución del Laudo encontrada en Rumanía, a resultas de la conducta de la Comisión Europea, los demandantes también han solicitado la ejecución del Laudo en los Estados Unidos de América¹⁶. Tanto en los procedimientos judiciales ventilados en Rumanía como en los Estados Unidos de América la Comisión ha solicitado intervenir

¹⁴ PASCUAL VIVES, F., “La responsabilidad financiera y la participación en el arbitraje de inversiones de la Unión Europea y sus Estados Miembros a la luz del Reglamento (UE) núm. 912/2014”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVII, n° 1 (2015) (en prensa).

¹⁵ *State aid SA.38517(2014/NN) – Romania (Micula v Romania (ICSID arbitration award) ordering Romania to suspend any action which may lead to the execution or implementation of the award of 11 December 2013 rendered by an Arbitral Tribunal established under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes in the case Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20))*, Doc. C (2014) 3192 final, de 26-5-2014.

¹⁶ *Case No.1-14-cv-600 Viorel Micula v. Government of Romania in the United States District Court for the District of Columbia – Petition to confirm ICSID award and enter judgment*.

para informar a los tribunales de las cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho de la UE que este litigio contempla.

La posición que mantiene la Comisión Europea puede resumirse de la siguiente forma. En primer lugar, entiende la Comisión que el APPRI celebrado entre Suecia y Rumanía (firmado el 1-4-2003), acuerdo en virtud del cual se sometió la controversia al arbitraje internacional de inversiones, no puede subsumirse bajo el ámbito de aplicación del Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) porque este APPRI, en todo caso, es un acuerdo celebrado entre dos Estados miembros y el citado precepto del TFUE se refiere únicamente a los acuerdos celebrados entre un Estado miembro de la UE y un tercer Estado. En otras palabras, Rumanía no puede servirse este precepto para invocar su obligación de mantener y respetar los compromisos internacionales convenidos con anterioridad a su adhesión a la UE. En otro lugar ya hemos explicado el carácter impreciso e incompleto del artículo 351 del TFUE¹⁷, unos atributos que han generado problemas de adecuación normativa y de conflicto entre tratados sucesivos relativos a la misma materia en cada proceso de adhesión. En efecto, en dicho precepto se dejan al margen los tratados celebrados entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la UE de uno de ellos y los que se refieren a materias que todavía no han sido ejercidas efectivamente por la UE. Estas exclusiones, en definitiva, permiten a la Comisión reforzar sus exigencias de homogeneización normativa a los Estados miembros y garantizar la unidad del subsistema de integración europea¹⁸.

En segundo lugar, la Comisión entiende que la ejecución del Laudo arbitral dictado por el tribunal del CIADI constituiría, a la luz del Derecho de la UE, una nueva ayuda de Estado que sólo podría concederse previa autorización de la Comisión. En este sentido, la Comisión ha declarado que dicha ayuda resulta incompatible con el TFUE¹⁹:

«(64) At the outset, the Commission recalls that when assessing the compatibility of a measure with the internal market according to Articles 107(2) and 107(3) of the Treaty, the burden of proof is the responsibility of the Member State. In this context, the Commission also recalls that a State aid measure cannot be declared compatible with the internal market, if it entails a non-severable violation of other specific provisions of the Treaty. In the present case, it seems that the repayment of duties may violate other provisions of the Treaty. At present, Romania has presented no arguments that could justify the measure under Articles 107(2) and 107(3) of the Treaty. Nevertheless, the Commission considers it appropriate to undertake a preliminary compatibility assessment.

Regional aid

¹⁷ PASCUAL VIVES, F., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant, Valencia 2009, pp. 273-289.

¹⁸ PASCUAL VIVES, F., “Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 40 (2011), 441-489, p. 455.

¹⁹ *State aid SA.38517(2014/C) (ex 2014/NN) – Romania (Implementation of Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013)*, Doc. C (2014) 6848 final, de 1-10-2014.

(65) On the basis of Article 107(3)(a) and 107(3)(c) of the Treaty, the Commission may consider compatible with the internal market State aid to promote the economic development of certain disadvantaged areas within the European Union. The conditions under which aid to promote regional development can be considered compatible with the internal market are set out in the Guidelines on regional State aid for 2007-2013 for aid granted – subject to prior Commission approval – before 1 July 2014 and in the Guidelines on regional aid for 2014 – 2020 for aid granted after 30 June 2014.

(66) In these guidelines, the Commission sets-out that regional aid aimed at reducing the current expenses of an undertaking constitutes operating aid and will not be regarded as compatible with the internal market, unless it is awarded in exceptional circumstances to tackle specific handicaps faced by undertakings in disadvantaged regions falling within the scope of Article 107(3)(a) of the TFEU.

(67) In the present case, the current expenses and lost profits to be reimbursed to the claimants pursuant to the Award of 11 December 2013 refer to an economic activity which is located in an area falling within the scope of Article 107(3)(a) of the TFEU, as established by the Commission in the decision of the regional aid map for Romania for 2007-2013 and for 2014-2020. However, the beneficiaries of the potential unlawful aid do not seem to be a SME in the meaning of the Commission Recommendation of 6 May 2003. Therefore, it is doubtful that the operating aid resulting from the implementation of the Award of 11 December 2013 and which seems to benefit a large company is tackling specific handicaps faced by undertakings in the area concerned.

(68) In addition to the foregoing, and as established in the 2014 Regional Aid Guidelines, the Commission will consider an aid measure compatible with the internal market only if it satisfies each of the following criteria:

- a) contribution to a well-defined objective of common interest: a State aid measure must aim at an objective of common interest in accordance with Article 107(3) of the Treaty;
- b) need for State intervention: a State aid measure must be targeted towards a situation where aid can bring about a material improvement that the market cannot deliver itself, for example by remedying a market failure or addressing an equity or cohesion concern;
- c) appropriateness of the aid measure: the proposed measure must be an appropriate policy instrument to address the objective of common interest;
- d) incentive effect: the aid must change the behaviour of the undertaking(s) concerned in such a way that it engages in additional activity which it would not carry out without the aid or it would carry out in a restricted or different manner or location;
- e) proportionality of the aid (aid to the minimum): the aid amount must be limited to the minimum needed to induce the additional investment or activity in the area concerned;
- f) avoidance of undue negative effects on competition and trade between Member States: the negative effects of aid must be sufficiently limited, so that the overall balance of the measure is positive;

g) transparency of the aid: Member States, the Commission, economic operators, and the public, must have easy access to all relevant acts and to pertinent information about the aid awarded thereunder.

(69) The Commission has serious doubts that the execution of the Award of 11 December 2013 would fulfil these cumulative criteria. Most centrally, the Commission is concerned that a retroactive reimbursement of normal operating expenses that were incurred between 2005 and 2009, profits lost during that period, and interest on these amounts, cannot be qualified as contributing to a well-defined objective of common interest, as responding to a need for State intervention, as being appropriate or as having an incentive effect:

a) Execution of the award would pursue the objective of complying with Romania's obligations under the ICSID Convention, which is not one of the objectives of common interest recognised under Article 107(3) of the Treaty.

b) Even if considered to aid at contributing to an objective of common interest, the execution of the Award of 11 December 2013 would be extremely unlikely to induce additional activity of the claimants; it is not clear how a retroactive payment could be an appropriate policy instrument to serve an objective of common interest.

(70) In view of the above, the Commission has serious doubts that the measure can be declared compatible with the internal market pursuant to the Regional Aid Guidelines for 2007-2013 and to the Regional Aid Guidelines for 2014-2020. As no other basis of compatibility seems to be applicable either, the Commission has serious doubts that any compatibility can be established».

Los inversores extranjeros han reaccionado a este escenario tanto en el plano comunitario como en el internacional. Así, por una parte, han impugnado judicialmente la decisión de 26-5-2014 ante el Tribunal General de la UE por medio de un recurso de anulación interpuesto el 2-9-2014 (caso T-646/14)²⁰, donde alegan que el Derecho de la UE no resulta aplicable, reclaman el cumplimiento de los compromisos internacionales convenidos por Rumanía en virtud del artículo 351 del TFUE y afirman que el laudo arbitral del CIADI no puede concebirse como una nueva ayuda de Estado y que la conducta de las autoridades rumanas supone una violación de sus legítimas expectativas. Por otra parte, cabe advertir que los inversores han iniciado un nuevo arbitraje de inversiones contra Rumanía ante el CIADI (*Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumanía* (caso CIADI n° ARB/14/29)).

Desde la perspectiva *ad extra*, el año 2014 ha significado asimismo importantes novedades en lo que respecta a la progresiva ejecución de la política de protección de las inversiones extranjeras directas por parte de la UE. Con el objeto de desarrollar la vertiente internacional de esta política la Comisión Europea negocia (o ha manifestado su interés en negociar) acuerdos comerciales y/o de inversión con Armenia, Azerbaiyán, Canadá, China, Egipto, Estados Unidos de América, Georgia, India, Japón, Jordania, Kazajistán, Marruecos, Moldavia, Singapur, Tailandia y Túnez.

En este contexto, como ya apuntamos en nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 85-88), el acuerdo de comercio celebrado entre la UE y Canadá se ha firmado y se

²⁰ *DO C 439*, de 8-12-2014, p. 29.

encuentra pendiente de ratificación. El 26-9-2014 la Comisión Europea hizo público el texto final convenido por las partes, después de repetidas y sucesivas filtraciones de los diversos documentos preparatorios durante las negociaciones²¹. En las siguientes líneas se transcriben algunos de los preceptos más importantes que ambas partes han convenido a propósito de la protección de las inversiones extranjeras y del mecanismo arbitral previsto para resolver las controversias resultantes:

«Article X.6: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.

2. The treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or, with respect to a government of or in a European Member State, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded, in like situations, by that government to investors of that Party in its territory and to investments of such investors.

Article X.7: Most-Favoured-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like situations, to investors and to their investments of any third country with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, the operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.

2. For greater certainty, the treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a government in Canada other than at the federal level, or, with respect to a government of or in a European Member State, treatment accorded, in like situations, by that government to investors in its territory, and to investments of such investors, of any third country.

3. Paragraph 1 shall not apply to treatment accorded by a Party providing for recognition, including through arrangements or agreements with third parties recognising accreditation of testing and analysis services and service suppliers or repair and maintenance services and service suppliers, as well as the certification of the qualifications of or the results or work done by such accredited services and service suppliers.

4. For greater certainty, the “treatment” referred to in Paragraph 1 and 2 does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this article, absent measures adopted by a Party pursuant to such obligations.

Article X.9: Treatment of Investors and of Covered Investments

²¹ Véase http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (consultada el 28-3-2015).

Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 6.

A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:

Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;

Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings.

Manifest arbitrariness;

Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;

Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or

A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.

The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment may develop recommendations in this regard and submit them to the Trade Committee for decision.

When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.

For greater certainty, 'full protection and security' refers to the Party's obligations relating to physical security of investors and covered investments.

For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international Agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

Article X.11: Expropriation

1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except:

(a) for a public purpose;

(b) under due process of law;

(c) in a non-discriminatory manner; and

(d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X.11 on the clarification of expropriation.

2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.

3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.

4. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').

6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.

Article X.20: Determination of the respondent for disputes with the European Union or its Member States

If the dispute cannot be settled within 90 days of the submission of the request for consultations, the request concerns an alleged breach of the Agreement by the European Union or a Member State of the European Union and the investor intends to initiate arbitration proceedings pursuant to Article X.22 (Submission of a claim to arbitration), the investor shall deliver to the European Union a notice requesting a determination of the respondent.

The notice shall identify the measures in respect of which the investor intends to initiate arbitration proceedings.

The European Union shall, after having made a determination, inform the investor as to whether the European Union or a Member State of the European Union shall be the respondent.

If the investor has not been informed of the determination within 50 days of the notice referred to in paragraph 1:

where the measures identified in the notice are exclusively measures of a Member State of the European Union, the Member State shall be respondent.

where the measures identified in the notice include measures of the European Union, the European Union shall be respondent.

The investor may submit a claim to arbitration on the basis of the determination made pursuant to paragraph 3, and, if no such determination has been communicated, on the basis of the application of paragraph 4.

Where either the European Union or the Member State is the respondent, pursuant to paragraph 3 or 4, neither the European Union, nor the Member State may assert the inadmissibility of the claim, lack of jurisdiction of the tribunal or otherwise object to the claim or award on the ground that the respondent was not properly determined pursuant to paragraph 3 or identified on the basis of the application of paragraph 4.

The tribunal shall be bound by the determination made pursuant to paragraph 3 and, if no such determination has been communicated, the application of paragraph 4.

Article X.21: Procedural and Other Requirements for the Submission of a Claim to Arbitration

An investor may submit a claim to arbitration under Article X.22 (Submission of a Claim to Arbitration) only if the investor:

delivers to the respondent, with the submission of a claim to arbitration, its consent to arbitration in accordance with the procedures set out in this Chapter;

allows at least 180 days to elapse from the submission of the request for consultations and, where applicable, at least 90 days to elapse from the submission of the notice requesting a determination of the respondent;

fulfils the requirements of the notice requesting a determination of the respondent;

fulfils the requirements related to the request for consultations;

does not identify measures in its claim to arbitration that were not identified in its request for consultations;

where it has initiated a claim or proceeding seeking compensation or damages before a tribunal or court under domestic or international law with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in its claim to arbitration, provides a declaration that:

a final award, judgment or decision has been made;

or it has withdrawn any such claim or proceeding;

The declaration shall contain, as applicable, proof that a final award, judgment or decision has been made or proof of the withdrawal of any such claim or proceeding; and waives its right to initiate any claim or proceeding seeking compensation or damages before a tribunal or court under domestic or international law with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in its claim to arbitration.

Where the submission of a claim to arbitration is for loss or damage to a locally established enterprise or to an interest in a locally established enterprise that the investor owns or controls directly or indirectly, both the investor and the locally established enterprise shall provide a declaration pursuant to subparagraph 1(f) and a waiver pursuant to subparagraph 1(g). The requirements of subparagraphs 1(f), (g) and paragraph 2 do not apply in respect of a locally established enterprise where the respondent or the investor's host State has deprived an investor of control of the locally established enterprise, or has otherwise prevented the locally established enterprise from fulfilling such requirements.

Upon request of the respondent, the Tribunal shall decline jurisdiction where the investor or, as applicable, the locally established enterprise fails to fulfil any of the requirements of paragraphs 1 and 2.

The waiver provided pursuant to subparagraph 1(g) or paragraph 2 as applicable shall cease to apply:

where the Tribunal rejects the claim on the basis of a failure to meet the requirements of paragraphs 1 or 2 or on any other procedural or jurisdictional grounds;

where the Tribunal dismisses the claim pursuant to Article X.29 (Claim manifestly without legal merit) or Article X.30 (Claims Unfounded as a Matter of Law); or

where the investor withdraws its claim, in conformity with applicable arbitration rules, within 12 months of the constitution of the tribunal.

Article X.22: Submission of a Claim to Arbitration

If a dispute has not been resolved through consultations, a claim may be submitted to arbitration under this Section by:

an investor of the other Party on its own behalf; or

an investor of the other Party, on behalf of a locally established enterprise which it owns or controls directly or indirectly.

A claim may be submitted under the following arbitration rules:

the ICSID Convention;

the ICSID Additional Facility Rules where the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply;

the UNCITRAL Arbitration Rules; or

any other arbitration rules on agreement of the disputing parties.

In the event that the investor proposes arbitration rules pursuant to sub-paragraph 2(d), the respondent shall reply to the investor's proposal within 20 days of receipt. If the disputing parties have not agreed on such arbitration rules within 30 days of receipt, the investor may submit a claim under the arbitration rules provided for in subparagraphs 2(a), (b) or (c).

For greater certainty, a claim submitted under subparagraph 1(b) shall satisfy the requirements of Article 25(1) of the ICSID Convention.

The investor may, when submitting its claim, propose that a sole arbitrator should hear the claim. The respondent shall give sympathetic consideration to such a request, in particular where the investor is a small or medium-sized enterprise or the compensation or damages claimed are relatively low.

The arbitration is governed by the arbitration rules applicable under paragraph 2 that are in effect on the date that the claim or claims are submitted to arbitration under this Section, subject to the specific rules set out in this Section and supplemented by rules adopted pursuant to Article X.42(3)(b) (Committee).

A claim is submitted to arbitration under this Section when:

the request for arbitration under Article 36(1) of the ICSID Convention is received by the Secretary-General of ICSID;

the request for arbitration under Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretariat of ICSID;

the notice of arbitration under Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules is received by the respondent; or

the request or notice of arbitration pursuant to other arbitration rules is received by the respondent in accordance with subparagraph 2(d).

Each Party shall notify the other Party of the place of delivery of notices and other documents by the investors relating to this Section. Each Party shall ensure this information is made publicly available.

Article X.23: Proceedings under different international agreements

Where claims are brought both pursuant to this Section and another international agreement and:

there is a potential for overlapping compensation; or

the other international claim could have a significant impact on the resolution of the claim brought pursuant to this Section,

a Tribunal constituted under this Section shall, as soon as possible after hearing the disputing parties, stay its proceedings or otherwise ensure that proceedings pursuant to another international agreement are taken into account in its decision, order or award.

Article X.24: Consent to Arbitration

The respondent consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with the procedures set out under this Agreement.

The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Chapter shall satisfy the requirements of:

Article 25 of the ICSID Convention and Chapter II (Institution of Proceedings) of the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the disputing parties; and,

Article II of the New York Convention for an agreement in writing.

Article X.27: Applicable Law and Interpretation

A Tribunal established under this Chapter shall render its decision consistent with this Agreement as interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, and other rules and principles of international law applicable between the Parties.

Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article X.42(3)(a), recommend to the Trade Committee the adoption of interpretations of the Agreement. An

interpretation adopted by the Trade Committee shall be binding on a Tribunal established under this Chapter. The Trade Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.

Article X.33: Transparency of Proceedings

The UNCITRAL Transparency Rules shall apply to the disclosure of information to the public concerning disputes under this Section as modified by this Chapter.

The request for consultations, the notice requesting a determination of the respondent, the notice of determination of the respondent, the agreement to mediate, the notice of intent to challenge, the decision on an arbitrator challenge and the request for consolidation shall be included in the list of documents referred to in Article 3(1) of the UNCITRAL Transparency Rules.

Exhibits shall be included in the list of documents mentioned in Article 3(2) of the UNCITRAL Transparency Rules.

Notwithstanding Article 2 of the UNCITRAL Transparency Rules, prior to the constitution of the tribunal, Canada or the European Union as the case may be shall make publicly available in a timely manner relevant documents pursuant to paragraph 2, subject to the redaction of confidential or protected information. Such documents may be made publicly available by communication to the repository.

Hearings shall be open to the public. The tribunal shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements to facilitate public access to such hearings. Where the tribunal determines that there is a need to protect confidential or protected information, it shall make the appropriate arrangements to hold in private that part of the hearing requiring such protection.

Nothing in this Chapter requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws. The respondent should endeavour to apply such laws in a manner sensitive to protecting from disclosure information that has been designated as confidential or protected information.

Article X.39: Enforcement of Awards

An award issued by a Tribunal pursuant to this Section shall be binding between the disputing parties and in respect of that particular case.

Subject to paragraph 3 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall recognize and comply with an award without delay.

A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

in the case of a final award made under the ICSID Convention:

120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award, or

enforcement of the award has been stayed and revision or annulment proceedings have been completed; and

in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules the UNCITRAL Arbitration Rules, or any other rules applicable pursuant to Article X. 22(2)(d) (Submission of a Claim to Arbitration):

90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside or annul the award, or

enforcement of the award has been stayed and a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside or annul the award and there is no further appeal.

Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force where such execution is sought.

A claim that is submitted to arbitration under this Chapter shall be deemed to arise out of a commercial relationship or transaction for the purposes of Article I of the New York Convention».

El otro acuerdo internacional que está acaparando la atención y el interés público durante los últimos tiempos es el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión que se negocia con los Estados Unidos de América, más conocido como «TTIP». Durante el año 2014 la Comisión Europea abrió un procedimiento de consultas que pretendía abrir un debate público sobre los contenidos del tratado y apaciguar las importantes críticas que la negociación de este acuerdo está planteando en parte de la opinión pública europea. Se trata, al margen de que las negociaciones entre las partes se conduzcan en el más absoluto secreto, de un avance en cuanto a la transparencia en el proceso de negociación de los acuerdos internacionales celebrados por la UE con terceros sujetos. El resultado obtenido del procedimiento de consultas realizado por la Comisión ha sido sistematizado y publicado en un interesante documento de trabajo publicado en enero de 2015²² y que, por tanto, será analizado en nuestra próxima crónica.

Asimismo, el 9-10-2014 la Comisión Europea hizo públicas las directrices de negociación del TTIP acordadas por el Consejo de la UE en su reunión de 14-6-2013. Se trata de un documento de trabajo que presenta un contenido muy genérico²³. Por lo que respecta a la materia que nos ocupa, sin embargo, pueden identificarse varias cuestiones de interés. Por ejemplo, entre los principios generales que deben presidir este tratado debe figurar:

«The right of the Parties to take measures necessary to achieve legitimate public policy objectives on the basis of the level of protection of health, safety, labour, consumers, the environment and the promotion of cultural diversity as it is laid down in the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, that they deem appropriate».

En cuanto al contenido de las disposiciones previstas en el tratado, merece la pena considerar las siguientes cuestiones:

²² Doc. SWB (2015) 3 final, de 13-1-2015.

²³ Doc. ST 11103/13 DCL 1, de 17-6-2013.

«After prior consultation with Member States and in accordance with the EU Treaties the inclusion of investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) will depend on whether a satisfactory solution, meeting the EU interests concerning the issues covered by paragraph 23, is achieved. The matter shall also be considered in view of the final balance of the Agreement.

(...)

and should be without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt and enforce, in accordance with their respective competences, measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, stability of the financial system, public health and safety in a non-discriminatory manner. The Agreement should respect the policies of the EU and its Member States for the promotion and protection of cultural diversity.

(...)

Enforcement: the Agreement should aim to provide for an effective and state-of-the-art investor-to-state dispute settlement mechanism, providing for transparency, independence of arbitrators and predictability of the Agreement, including through the possibility of binding interpretation of the Agreement by the Parties. State-to-state dispute settlement should be included, but should not interfere with the right of investors to have recourse to the investor-to-state dispute settlement mechanisms. It should provide for investors as wide a range of arbitration fora as is currently available under the Member States' bilateral investment agreements. The investor-to-state dispute settlement mechanism should contain safeguards against manifestly unjustified or frivolous claims. Consideration should be given to the possibility of creating an appellate mechanism applicable to investor-to-state dispute settlement under the Agreement, and to the appropriate relationship between ISDS and domestic remedies».

El 20-1-2015 trascendió un primer borrador de trabajo del capítulo de inversiones que negocian la UE y los Estados Unidos de América. Al tratarse de un documento preparatorio publicado en el año 2015 preferimos reservar nuestro comentario hasta nuestra próxima crónica, donde quizá dispongamos de nuevos materiales.

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 2014 han continuado presentándose arbitrajes de inversiones contra el Reino de España a propósito de las reformas introducidas en el régimen de promoción de las energías renovables.

En particular se han iniciado cinco arbitrajes de inversiones ante el CIADI, a saber: *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA c. España* (Caso CIADI n° ARB/14/01); *NextEra Energy Global Holdings BV y NextEra Energy Spain Holdings BV c. España* (Caso CIADI n° ARB/14/11); *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (Caso CIADI n° ARB/14/12); *RENERGY Sàrl c. España* (Caso CIADI n° ARB/14/18); y *RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa SAU c. España* (Caso CIADI n° ARB/14/34).

Durante este ejercicio se han desarrollado las audiencias sobre responsabilidad y determinación del montante de la indemnización correspondientes al caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/12/17), un arbitraje de inversión iniciado por inversores venezolanos que seguramente finalizará en el año 2015. Según los datos ofrecidos por el CIADI, el árbitro único encargado de resolver la controversia R. Oreamuno (costarricense) ha declarado cerrado el procedimiento con efectos desde el 21-4-2015, por lo que a lo largo del 2015 debería conocerse el resultado de este arbitraje de inversiones.

Por su parte, en el año 2014 han finalizado tres arbitrajes iniciados por inversores españoles, todos ellos sin necesidad de dictar un laudo, esto es, a través de la negociación entre las partes: *Isolux Corsán Concesiones S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/12/5); *Repsol, S.A. y Repsol Butano, S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/12/38); y *Cemusa - Corporación Europea de Mobiliario Urbano, S.A. y Corporación Americana de Equipamientos Urbanos, S.L. c. México* (caso CIADI n° ARB(AF)/13/2).

En nuestra cuarta crónica (*REEI*, vol. 27, pp. 84-85) se reprodujo el contenido del acuerdo firmado entre Argentina y *Repsol*, aprobado por la Junta General de Accionistas de la empresa española el 28-3-2014 y el Parlamento argentino el 24-2-2014. La Secretaría del CIADI confirmó la finalización del procedimiento con efectos desde el 19-5-2014. El caso *Cemusa - Corporación Europea de Mobiliario Urbano, S.A. y Corporación Americana de Equipamientos Urbanos, S.L. c. México* (caso CIADI n° ARB(AF)/13/2) se cerró mediante auto de la Secretaría del CIADI el 18-8-2014.

En cuanto al caso *Isolux Corsán Concesiones, S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/12/5), el tribunal arbitral dictó un Laudo de 25-3-2014 por el que se publicaba el acuerdo alcanzado por las partes para poner fin a esta controversia. Se trata de un litigio que tuvo como fundamento el APPRI celebrado entre Perú y España (firmado el 17-11-1994) (*BOE*, 8-3-1996), tramitado conforme al Convenio y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. El tribunal arbitral fue presidido por H. Perezcano Díaz (mexicano) y estuvo formado por los árbitros A. Moure (francés) y H. Grigera Naón (argentino). Las partes acordaron que Perú recibiría el pago de 36.750.000 dólares estadounidenses en concepto de indemnización, que se pagarían en cuatro cuotas a partir de la fecha de cierre (fecha de suscripción del acuerdo). Perú también recibiría la suma de 3.250.000 dólares estadounidenses por las costas y gastos derivados de este y otros dos procedimientos arbitrales relacionados: *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/11/9, Laudo de 15-4-2013) y *Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* (caso CIADI n° ARB/13/24, Orden de finalización dictada por la Secretaría del CIADI de 26-12-2013).