

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (2010)

Coordinador: Francisco Pascual Vives¹

**Redactores: Björn Arp²; Fernando Lozano Contreras³; Millán Requena
Casanova⁴; e Irene Vázquez Serrano⁵**

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

I. INTRODUCCIÓN

La presente “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” centra su análisis en el arbitraje de inversiones desarrollado durante el año 2010 y tiene como objeto aproximarse a aquellas cuestiones jurídicas sustanciales que se han venido discutiendo en tales litigios desde la perspectiva del Derecho Internacional (DI) público. Resulta indiscutible que estos procedimientos arbitrales, si bien presentan una naturaleza jurídica particular y distinta del tradicional arbitraje interestatal, emplean y recurren frecuentemente a instituciones propias del DI público. Se trata de litigios que generalmente tienen su base en el incumplimiento de un tratado internacional de carácter bilateral o multilateral y en los que un particular solicita que se declare responsable internacionalmente al Estado receptor de la inversión extranjera. Así las cosas, parece conveniente e incluso necesario examinar la aplicación, entre otras, de las normas generales del derecho de los tratados o de la responsabilidad internacional en este ámbito

¹ Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es).

² Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (bjorn.arp@uah.es).

³ Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (jfernando.lozano@uah.es).

⁴ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es).

⁵ Profesora Asociada de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad Miguel Hernández de Elche (ivazquez@umh.es).

concreto del DI económico. En definitiva, la crónica indaga sobre el impacto de la sectorialización del DI público en la jurisprudencia internacional que resuelve controversias relativas al arbitraje de inversiones y, por tanto, se circunscribe a un expediente de plena actualidad en el DI contemporáneo.

La sección que iniciamos en este número de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* se concentra exclusivamente en el arbitraje de inversiones relacionado con los intereses de España, bien porque este arbitraje se refiere al incumplimiento de un acuerdo bilateral sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrado por España, bien porque se basa en un tratado donde participa algún Estado con quien España mantiene este tipo de relaciones convencionales. En este segundo caso la relevancia del arbitraje de inversiones para España reside en una eventual y posterior invocación de tal caso como precedente también en el marco de las relaciones que mantenga España con dicho Estado.

La crónica se ocupa principalmente del arbitraje de inversiones dictado por los Tribunales constituidos en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Asimismo se refiere a las controversias resueltas por otros Tribunales arbitrales, como por ejemplo los creados en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América, Centroamérica y la República Dominicana (CAFTA), así como aquellos arbitrajes administrados conforme a las reglas de la Conferencia de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) por otras entidades tales como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y los que se resuelven por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), siempre que afecten a los intereses de España.

Debemos considerar asimismo que la promoción y la protección de las inversiones extranjeras directas constituye una materia recientemente comunitarizada por el Tratado de la Unión Europea (TUE), en particular en el Artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Las instituciones de la Unión Europea, por una parte, están explorando las vías normativas para hacer efectiva esta nueva competencia de la Unión y en los documentos preparatorios hasta ahora publicados no se descarta que la Unión Europea acceda al sistema de solución de controversias relativas a inversiones del CIADI. Por otra parte, en estos momentos muchos arbitrajes están dirimiendo eventuales incumplimientos de un APPRI por parte de un Estado miembro; incumplimientos que tales Estados justifican apelando a la necesidad de respetar sus compromisos en el subsistema de integración de la Unión. Así pues, no cabe descartar que en próximas ediciones de esta crónica se incluyan arbitrajes que afecten a algún Estado miembro de la Unión Europea y en los que se dirima la eventual aplicación del derecho de esta organización de integración en sede arbitral.

Para una mejor presentación de los problemas que este tipo de arbitrajes plantean desde la óptica del DI público, esta sección se articula conforme a una serie de epígrafes donde se desarrollan las principales cuestiones relativas a la jurisdicción del Tribunal arbitral y

al fondo del litigio, así como también otras más específicas relacionadas con la revisión y ejecución de los laudos y que presentan un evidente interés desde la perspectiva del DI. Interesa advertir que la crónica no pretende realizar un examen exhaustivo de todos los problemas jurídicos planteados en estos arbitrajes, sino que se limita únicamente a exponer los argumentos invocados por las partes y la decisión tomada por el Tribunal para resolver en virtud del DI público los diversos problemas planteados por aquellas.

Durante el año 2010 y hasta el momento de cerrar esta sección han sido varios los laudos arbitrales que merecen nuestra atención. En primer lugar, con carácter preliminar y por orden cronológico, resulta necesario presentar una serie de cuestiones de carácter fáctico y procesal que nos permitirán conocer mejor las circunstancias en las que se plantearon y resolvieron todas las controversias analizadas en la presente crónica. Se trata, en suma, de repasar muy brevemente las partes que intervinieron, los principales hechos, el tratado internacional cuyo incumplimiento se invocó, las normas procesales aplicadas al arbitraje y la composición del Tribunal arbitral en cada uno de los litigios que serán analizados posteriormente.

En el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales de 26-2-2010), se invocó el incumplimiento del APPRI Bolivia/Chile, mediante las normas procesales del CIADI, ante un Tribunal compuesto por la Profra. Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente) (suiza); el Hon. Marc Lalonde, Q.C. (canadiense) y la Profra. Brigitte Stern (francesa). La decisión referida en esta crónica se refiere a la solicitud de medidas provisionales interpuesta por la demandante como consecuencia de las medidas penales iniciadas por Bolivia contra algunos particulares que ejercen la condición de demandantes o de asesores jurídicos de los demandantes. El Tribunal entró a valorar si la apertura de tales procedimientos internos podría poner en riesgo la integridad procesal del arbitraje internacional.

Por otra parte, en el caso *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/08/15, Decisión sobre medidas provisionales de 3-3-2010), se invocó el APPRI Holanda/Venezuela de conformidad con las normas del CIADI. El Tribunal estaba compuesto por el Juez Gilbert Guillaume (Presidente) (francés); el Prof. Georges Abi-Saab (egipcio) y el Sr. Robert B. von Mehren (estadounidense). El arbitraje de inversiones fue instituido a resultas del proceso de expropiaciones y nacionalizaciones emprendido por Venezuela respecto a múltiples sectores económicos hasta ahora controlados por inversores extranjeros. En su decisión, aplicando una tesis desarrollada previamente por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Tribunal consideró que no era necesario dictar medidas que tuvieran como objeto proteger los derechos de las partes, ni tampoco otras medidas de distinta naturaleza al no concurrir los criterios necesarios.

El caso *Nova Scotia Power Incorporated (NSPI) c. Venezuela* (Caso CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción de 22-4-2010) se decidía un incumplimiento del APPRI Canadá/Venezuela, con arreglo a las normas de la CNUDMI, también a propósito de las nacionalizaciones emprendidas por Venezuela en el sector de los hidrocarburos. El

Tribunal estaba formado por el Prof. Juan Fernández-Armesto (Presidente) (español); el Sr. John Beechey (británico) y el Prof. Philippe Sands, Q.C. (británico). En su decisión sobre jurisdicción el Tribunal estaba llamado a dirimir, a la luz del citado APPRI, si el procedimiento podía entablarse bajo las normas del CIADI (o de su Mecanismo Complementario) o de la CNUDMI. Este caso establece un interesante precedente en lo que respecta a la presentación de solicitudes de arbitraje a través del Mecanismo Complementario del CIADI.

El caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/3, Laudo de 19-5-2010) estaba llamado a dirimir, bajo las normas del Mecanismo Complementario del CIADI, el incumplimiento del APPRI Canadá/Costa Rica y, en particular, la obligación de proteger plenamente la inversión que tiene el Estado receptor, así como la de conceder un trato justo y equitativo y no expropiar injustificadamente. En particular, los demandantes alegaban que Costa Rica no había actuado con la suficiente diligencia a la hora de supervisar las actividades financieras realizadas por una empresa costarricense dedicada a las inversiones financieras. En el laudo sobre jurisdicción el Tribunal entró a valorar si tales operaciones financieras constituían una inversión en los términos del APPRI. El Tribunal se conformó por la Dra. Sandra Morelli Rico (Presidente) (colombiana); el Prof. Jeswald W. Salacuse (estadounidense); y el Prof. Raúl E. Vinuesa (argentino).

En el caso *Mobil c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/27, Decisión sobre jurisdicción de 10-6-2010), la decisión se basó nuevamente en el APPRI Holanda/Venezuela, así como en las reglas de procedimiento del CIADI. El órgano arbitral lo componían el Juez Gilbert Guillaume (Presidente) (francés), la Profra. Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza) y el Dr. Ahmed Sadek El-Kosheri (egipcio). En su decisión sobre jurisdicción el Tribunal tuvo que afrontar diversas objeciones interpuestas por Venezuela, entre las que destaca la interpretación del Artículo 22 de la Ley venezolana sobre inversiones. En virtud de tal precepto Venezuela argumentó que su consentimiento a un arbitraje internacional debe quedar siempre recogido expresamente en los APPRI y no puede deducirse de esta disposición nacional. El Tribunal, pese a admitir su jurisdicción sobre otras bases, concluyó afirmando que aquella disposición normativa no constituye una base jurídica suficiente para admitir el consentimiento de Venezuela a un arbitraje internacional de inversiones.

El caso *Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) c. Ecuador* (Caso CNUDMI, Laudo parcial sobre el fondo de 30-3-2010) fue administrado por la CPA bajo las reglas de la CNUDMI y tenía como objeto un incumplimiento del APPRI Ecuador/Estados Unidos de América. Los miembros del Tribunal fueron el Prof. Karl-Heinz Böckstiegel (Presidente) (alemán); el Hon. Charles N. Brower (estadounidense) y el Prof. Albert Jan van den Berg (holandés). En este litigio el Tribunal estaba llamado a decidir una serie de incumplimientos del citado acuerdo bilateral, en particular los relacionados con la obligación de garantizar un trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad de las inversiones extranjeras. El Tribunal señaló que se había producido un incumplimiento del APPRI como consecuencia de una serie de retrasos injustificados en la administración de justicia ecuatoriana que habían perjudicado a las

empresas demandantes.

El caso *Burlington Resources Inc. y otros c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)* (Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre jurisdicción de 2-6-2010) tiene su origen en un supuesto incumplimiento del APPRI Ecuador/Estados Unidos de América. El arbitraje fue sometido a las normas procesales del CIADI y entre los miembros del Tribunal encargados de conocer del litigio figuraban la Profra. Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidenta) (suiza); la Profra. Brigitte Stern (francesa) y el Prof. Francisco Orrego Vicuña (chileno). Este arbitraje de inversiones tenía como objeto determinar si Ecuador había protegido convenientemente las actividades de exploración y explotación de *Burlington*, a raíz tanto de la oposición de grupos indígenas locales como de la promulgación por parte de Ecuador de medidas que, supuestamente en violación de sus obligaciones bajo los contratos de participación y el APPRI, aumentaron unilateralmente su participación en tales contratos y perjudicaron jurídica y económicamente a la demandante.

En cuanto al caso *Sempra Energy International c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/16, Decisión sobre la solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina de 29-6-2010), se trata de un arbitraje de inversiones iniciado conforme al APPRI Estados Unidos de América/Argentina y sometido a las reglas procesales sobre anulación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 18-3-1965 (Convenio CIADI). Los miembros del Comité *ad hoc* encargado de resolver este asunto fueron el Sr. Christer Söderlund (Presidente) (sueco); Sir David A.O. Edward, QC (británico); y el Embajador Andreas J. Jacovides (chipriota). El Comité *ad hoc* anuló el laudo dictado por un Tribunal arbitral del mismo CIADI en el caso *Sempra Energy International c. Argentina*, de 28-9-2008, en el que se condenaba a Argentina a pagar 128 millones de dólares a la compañía estadounidense *Sempra Energy International*. El Comité resolvió que el Tribunal se había extralimitado en sus poderes al no aplicar la cláusula contenida en el Artículo XI del APPRI Estados Unidos de América/Argentina.

Por lo que respecta al caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo Presentada por la República Argentina de 30-7-2010), constituye un arbitraje también basado en el APPRI Estados Unidos de América/Argentina y sometido a las reglas del Convenio CIADI. Los miembros del Comité *ad hoc* fueron Gavan Griffith, QC (Presidente) (australiano); Patrick L. Robinson (jamaicano) y Per Tresselt (noruego). En este caso se anuló el laudo dictado el 22-5-2007 por un Tribunal arbitral en el que se condenaba a Argentina a pagar la cantidad de 106 millones de dólares estadounidenses a las compañías norteamericanas *Enron Corporation* y *Ponderosa Assets, LP*. El Comité concluyó, como en el caso *Sempra Energy International c. Argentina*, que el Tribunal se había extralimitado en sus poderes al no aplicar una cláusula contenida en el artículo XI del Tratado Bilateral de inversión entre Estados Unidos y Argentina de 1991.

En el caso *AWG Group Ltd. c. Argentina* (Caso CNUDMI, Laudo sobre responsabilidad de 30-7-2010) se dirimía, por las reglas de la CNUDMI pero bajo la administración del

CIADI, la aplicación del APPRI Argentina/Reino Unido. El Tribunal arbitral estaba compuesto por el Prof. Jeswald W. Salacuse (Presidente) (estadounidense); la Profra. Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza) y el Prof. Pedro Nikken (venezolano). El Tribunal llegó a la conclusión de que el comportamiento de Argentina respecto a los inversores extranjeros había violado la obligación de proteger el trato justo y equitativo. En cambio no suponía una violación de la obligación de plena protección y seguridad, ni tampoco de la obligación de no expropiar directa o indirectamente de manera injustificada. Asimismo, el Tribunal no aceptó la línea argumentativa de Argentina, según la cual, su actuación respecto de la parte demandante debía enmarcarse dentro de la compleja situación económica que atravesaba dicho Estado entre los años 1999 y 2001 y, al considerarse como un estado de necesidad, podía eximirse su responsabilidad internacional. La misma conclusión alcanzó el Tribunal arbitral de idéntica composición al anterior, llamado a resolver el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo sobre responsabilidad de 30-7-2010). En esta ocasión, no obstante, el litigio se planteó con arreglo a las normas procesales del CIADI y sobre la base de los APPRI Argentina/Francia y Argentina/España, respectivamente. Asimismo, este mismo Tribunal también se ocupó de resolver sobre la base de estos últimos instrumentos internacionales de carácter bilateral el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Laudo sobre responsabilidad de 30-7-2010), llegando a una conclusión idéntica.

En cuanto al caso *Piero Foresti y otros c. Sudáfrica* (Caso CIADI ARB(AF)/07/1, Laudo de 4-8-2010) se trataba de dilucidar, bajo las normas procesales del CIADI, si el Estado demandado había incumplido las obligaciones dimanantes de los APPRI Sudáfrica/Unión Belgo-luxemburguesa y Sudáfrica/Italia. El Tribunal arbitral estaba compuesto por el Prof. Vaughan Lowe, QC (Presidente) (británico); el Hon. Charles N. Brower (estadounidense) y el Sr. Joseph M. Matthews (estadounidense). En este litigio los demandantes abandonaron su reclamación y solicitaron que el Tribunal dictara un laudo declarando la terminación del procedimiento. A petición del Estado demandado, en dicho laudo el Tribunal se pronunció también sobre las costas procesales, imponiendo a los demandantes el pago de 400 mil euros.

Por último, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación del Laudo emitido el 20-8-2007 presentada por la República Argentina de 10-8-2010) se ventilaba un incumplimiento del APPRI Argentina/Francia, sobre la base de las reglas procesales del CIADI. Los miembros del Comité *ad hoc* fueron el Dr. Ahmed Samed El Kosheri (Presidente) (egipcio); el Profesor Jan Hendrik Dalhuisen (holandés) y el Embajador Andreas J. Jacovides (chipriota). En este asunto, iniciado en 1996, se resolvía una controversia entre la República Argentina y la *Compagnie Générale des Eaux* (posteriormente *Vivendi Universal*) y Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., filial argentina de aquella francesa. Un primer laudo, denominado *Vivendi I*, fue dictado en noviembre de 2000 a favor de ambas sociedades. Sin embargo, a petición de Argentina, dicho laudo fue anulado parcialmente en julio de 2002. El

Comité *ad hoc* permitió, sin embargo, la presentación de un nuevo arbitraje de inversiones por parte de la demandante, aunque únicamente respecto de la parte anulada por el primer laudo de anulación. Un procedimiento arbitral (*Vivendi II*) que concluyó condenando a Argentina el 20-8-2007 a pagar 105 millones de dólares a Aguas del Aconquija. Argentina solicitó de nuevo una segunda anulación en diciembre de 2007 del laudo de *Vivendi II* que no fue aceptada finalmente por el Comité *ad hoc*.

Una vez realizada esta sucinta presentación de todos los laudos y decisiones referidos en la presente crónica, pasamos a analizar los aspectos jurídicos sustanciales de los mismos en las siguientes páginas.

II. EL ARREGLO DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

El Laudo sobre jurisdicción de 2-6-2010 dictado por el Tribunal arbitral CIADI en el caso *Burlington Resources c. Ecuador y PetroEcuador*, aborda ciertas cuestiones relativas a los requisitos del consentimiento del inversor al arbitraje CIADI. En particular, la tercera objeción de Ecuador a la jurisdicción del Tribunal, dirigida contra la reclamación por protección y seguridad plenas de *Burlington* por la falta de seguridad física en los Bloques 23 y 24 debido a la oposición de comunidades indígenas, ha planteado dos cuestiones en relación con el consentimiento al arbitraje, a saber: si *Burlington* cumplió con los requisitos del Artículo VI del APPRI antes de someter la controversia al arbitraje; y si la demandante perfeccionó el consentimiento al arbitraje para someter su reclamación antes de que Ecuador retirase su oferta arbitral conforme al Artículo 24.5 del Convenio CIADI.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, de conformidad con el Artículo VI del APPRI, para que un inversor pueda someter una controversia a arbitraje CIADI deben cumplirse tres condiciones de manera cumulativa: que exista una controversia; que el inversor notifique la controversia alegando la violación del APPRI; y que transcurran seis meses desde la fecha en la que surgió la controversia, esto es, desde la fecha en que se alegó una violación del APPRI.

En cuanto a la existencia de una controversia jurídica, el Tribunal examinó esta cuestión analizando si la conducta de la demandante expresaba un desacuerdo sobre los derechos y obligaciones de las partes y si dicho desacuerdo había sido manifestado:

“316. A la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal encuentra que, antes del registro de la Solicitud de Arbitraje, no había una controversia, suficientemente expresada en términos jurídicos, entre la Demandante y la Demandada en relación con la obligación de esta última de proporcionar protección y seguridad plenas en el Bloque 24 debido a la oposición de las comunidades indígenas. Y si bien sí había una controversia una vez registrada la Solicitud de Arbitraje, el momento era ya tardío para que la Demandante

pudiese cumplir a su respecto con el período de espera de seis meses que establece el Artículo VI.

317. En consecuencia, la Demandante no cumplió con las condiciones de aceptación de la oferta de arbitraje CIADI que establece el Artículo VI (3) (a) del Tratado con respecto al reclamo de protección y seguridad plenas para el Bloque 24, y este reclamo es en consecuencia inadmisibile.

318. Por lo tanto, el Tribunal hace lugar a la objeción de la Demandada y declara que carece de jurisdicción para entender en el reclamo, basado en el Tratado, de la Demandante por la alegada falta de proporcionar la debida protección y seguridad plenas en el Bloque 24 a raíz de la oposición de las comunidades indígenas locales”.

En consecuencia, la demandante no cumplió con la condición de manifestar la existencia de una controversia con respecto a la reclamación de protección y seguridad plenas para el Bloque 24, por lo que el Tribunal procedió a admitir la objeción y a declarar la falta de jurisdicción para conocer del reclamo sobre el Bloque 24.

En cambio, la objeción de Ecuador respecto a la existencia de una controversia en relación al Bloque 23 fue rechazada por el Tribunal arbitral, el estimar que la carta enviada por la Demandante el 4 de diciembre de 2002 sí expresaba un inequívoco desacuerdo con el modo en que la Demandada había cumplido sus obligaciones convencionales respecto a la falta de seguridad en el Bloque 23. En particular, el énfasis empleado por la demandante sobre las obligaciones de proporcionar seguridad por parte de Ecuador, y la petición de medidas compensatorias indican inequívocamente la existencia de una controversia jurídica en el sentido del Artículo VI.3 del APPRI:

“320. En opinión del Tribunal, la carta del 4 de diciembre de 2002 es suficiente para suscitar una “controversia” en el sentido del Artículo VI (3) del Tratado. Si bien el objetivo principal de la carta es solicitar ayuda a PetroEcuador con respecto a los episodios de violencia y la oposición que se presentaron en el Bloque, el tono y el contexto de la carta expresan indudablemente un desacuerdo sobre derechos y obligaciones.

321. De acuerdo a la descripción de los hechos que fundamentan el pedido de ayuda, CGC, el operador del Bloque, “insiste” que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deben actuar para asegurar la liberación de los rehenes y para que puedan cotinuar las operaciones en el Bloque. El mismo uso de la palabra “insiste” sugiere que el pedido había sido hecho con anterioridad sin éxito.

322. Asimismo, hacia el final de la carta se recuerda a la Demandada que es su “deber” “garantizar la seguridad de las operaciones”. Este recordatorio, en un contexto que sugiere que no fueron escuchados pedidos de seguridad previos, indica un desacuerdo con respecto a derechos y obligaciones”.

Por otra parte, el Tribunal arbitral se pronunció respecto a la objeción a la jurisdicción alegada por la demandada a causa de la “falta de notificación adecuada” de la controversia. El Tribunal examinó el Artículo VI.1.c) del APPRI que define “diferencia en materia de inversión” como “una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”, lo que supone que la existencia de una controversia exija la alegación de una supuesta violación del APPRI. Puesto que una diferencia según el Artículo VI.3.a) surge una vez se alega una violación del APPRI, el plazo de seis meses sólo comienza a partir de ese momento. En este caso, como *Burlington* no efectuó alegaciones de violación del APPRI con respecto a la oposición indígena en los Bloques 23 y 24 antes de someter su solicitud de arbitraje, el plazo de seis meses para resolver la diferencia mediante negociaciones no llegó a activarse. Como resultado, la Demandante no cumplió el plazo de seis meses antes de registrar su solicitud de arbitraje, por lo que la reclamación arbitral de la Demandante por el Bloque 23 resulta inadmisibile:

“337. Si bien el Tribunal coincide con la Demandante en que el Artículo VI no impone un requisito formal de notificación, considera que el Artículo VI requiere algún tipo de evidencia de que se formularon alegaciones de violación del Tratado. A modo de ejemplo, bastarían actas de reuniones que contengan evidencia de que se formularon alegaciones de violación del Tratado. Sin embargo, la Demandante no presentó ninguna evidencia del género.

338. El Artículo VI no requiere que el inversor articule en detalle sus argumentos legales durante el proceso de negociación inicial; el Artículo VI ni siquiera exige que el inversor invoque a ese punto disposiciones específicas del Tratado. Más bien, el Artículo VI simplemente requiere que el inversor informe al Estado receptor que está de frente a alegaciones de violación del Tratado que podrán eventualmente comprometer su responsabilidad ante un tribunal internacional. En otras palabras, requiere que el inversor le avise al Estado receptor de las posibles consecuencias que se producirían si las negociaciones fracasan”.

Al declarar inadmisibles las reclamaciones de *Burlington* respecto a la falta de protección y seguridad plenas en los Bloques 23 y 24, el Tribunal descartó abordar la segunda cuestión que planteaba la tercera objeción de Ecuador, esto es, si la retirada de su oferta de arbitraje al CIADI antes de que *Burlington* la aceptara había impedido a la Demandante perfeccionar su consentimiento al arbitraje.

En otro orden de cosas, el Laudo sobre jurisdicción de 22-4-2010 en el caso *Nova Scotia Power Incorporated (NSPI) c. Venezuela*, plantea la cuestión relativa al cumplimiento de ciertas exigencias procesales que limitan el consentimiento al arbitraje, en particular las previstas en la cláusula contenida en el Artículo XII.4 del APPRI Canadá/Venezuela. Por lo que se refiere a su competencia, el Tribunal arbitral debía decidir si en la fecha en que la demandante inició este procedimiento arbitral estaba “disponible” un arbitraje alternativo bajo el Mecanismo Complementario del CIADI conforme al Artículo XII.4 del APPRI. Si dicha opción estuviera “disponible”, el Tribunal debería rechazar su

competencia y la Demandante tendría que ser remitida al foro arbitral adecuado. Si, por el contrario, el Tribunal decidiera que no había un procedimiento alternativo disponible bajo el Mecanismo Complementario, el Tribunal sí podría ejercer su competencia conforme al Artículo XII.4 del APPRI. En este sentido, el Tribunal procede a determinar si el arbitraje bajo CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba disponible a fecha de 1-10-2008:

“116. Los argumentos ante el Tribunal, según están respaldados por los materiales relevantes, señalan decisivamente en una dirección, permitiendo al Tribunal concluir que es una práctica bien arraigada en CIADI que la Secretaría General, actuando bajo los artículos 4 (1) y 4 (2) del Reglamento del Mecanismo Complementario, apruebe un acuerdo arbitral tras la solicitud de un inversor demandante que actúa sin el apoyo del Estado demandado. La práctica de CIADI ha interpretado continuamente el artículo 4 (1) del Reglamento del Mecanismo Complementario, que exige que “[l]as partes pueden solicitar [la] aprobación”, en el sentido de que una solicitud por cualquiera de las partes sola sería suficiente. No hay pruebas ante el Tribunal que indiquen que CIADI haya requerido que una solicitud de aprobación bajo los artículos 4 (1) y 4 (2) sea hecha conjuntamente por el inversor y el Estado. El fundamento de esto parece ser que la entrada en vigor de un TBI que contiene una sumisión expresa a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI constituye una aceptación de la posibilidad de tal arbitraje entre ambas partes.

117. Existe un argumento adicional: la anterior conclusión concuerda con el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que claramente prevé y permite que se presenten, a instancia del demandante únicamente, las solicitudes para iniciar procedimientos arbitrales bajo el Mecanismo Complementario. (...)

119. El Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) expresa claramente que bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario las solicitudes de registro de un arbitraje pueden ser realizadas individualmente por un inversor sin la necesidad de participación del Estado demandado.

120. Una vez presentada por el inversor demandante, la solicitud debe ser aprobada por la Secretaría General cuando “determine que a su juicio la solicitud se ajusta en su fondo y forma” a los requisitos dispuestos en el Reglamento del Mecanismo Complementario.

121. En la práctica, los demandantes frecuentemente juntan la solicitud de aprobación con la solicitud de arbitraje en un mismo documento que luego se presenta ante la Secretaría General de CIADI. Eso es lo que ocurrió en el caso *Vannessa Ventures*, donde la carta inicial del demandante fechada el 8 de julio de 2004, incluía las solicitudes de aprobación y registro. CIADI aprobó ambas solicitudes en una única decisión el 28 de octubre de 2004.

122. Una vez que la Secretaría General ha registrado la solicitud, y que se han superado los últimos trámites administrativos, el procedimiento arbitral habrá comenzado formalmente y se iniciará el proceso de constitución del Tribunal. El procedimiento arbitral bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario de CIADI se habrá puesto en marcha, y la disponibilidad del procedimiento se habrá confirmado finalmente”.

En síntesis, el Tribunal concluye que en la fecha en que la demandante inició el procedimiento arbitral –el 1-10-2008– el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario estaba, conforme al significado del Artículo XII.4 del APPRI Canadá/Venezuela, “disponible” para la demandante, siendo éste el foro adecuado para presentar la reclamación. Por esta razón, el Tribunal arbitral rechazó su competencia sobre la reclamación presentada por la demandante. Resulta significativo que a la hora de enfocar la cuestión preliminar como un asunto de competencia y no de admisibilidad el Tribunal arbitral asuma plenamente la jurisprudencia consolidada por la CIJ sobre esta cuestión en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, sobre el alcance y límites de ciertas cláusulas compromisorias como título habilitador de su jurisdicción al señalar que:

“La Corte recuerda a este respecto que su jurisdicción está basada en el consentimiento de las partes y se circunscribe al alcance aceptado por éstas. Cuando el consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un acuerdo internacional, cualquier condición a la que se sujete ese consentimiento debe considerarse como los límites de ésta. Por consiguiente, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones se refieren a su competencia y no a la admisibilidad de la solicitud” [ICJ, *Reports 2006*, p. 39, pár. 88].

Esta decisión sobre jurisdicción demuestra la interdependencia entre las decisiones sobre jurisdicción de los Tribunales CIADI y las decisiones de la CIJ en la materia. Esta consideración de la jurisprudencia de la CIJ manifiesta que la sectorialización del DI –a la que como indicamos en la Introducción contribuye el DI de las inversiones– no representa un riesgo de fragmentación del DI derivada de una jurisprudencia contradictoria consecuencia de la multiplicación de tribunales internacionales.

En otro orden de cosas, en el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* los demandantes solicitaban del Tribunal que, conforme al Artículo 47 del Convenio CIADI, ordenara medidas provisionales destinadas a preservar los derechos de los inversores que podrían verse perjudicados a raíz del proceso penal iniciado contra ellos por Bolivia. Para los demandantes el proceso penal iniciado por Bolivia era meramente instrumental y una forma de boicotear el proceso arbitral ante el CIADI pues su objetivo no era otro que negar la condición de inversores extranjeros de los demandantes conforme al APPRI Bolivia/Chile, debiendo ser considerado como “otro recurso” prohibido a los efectos del Artículo 26 del Convenio. A tal fin, los demandantes alegan que en el caso *CSOB c. Eslovaquia* el Tribunal arbitral CIADI afirmó que no era necesario que el proceso penal trate sobre la misma materia que el proceso CIADI para que constituya “otro recurso”, sino que basta con que dicho proceso

se refiera a cuestiones bajo la consideración del Tribunal. Por el contrario, Bolivia rechaza este argumento señalando que el objeto del arbitraje ante el CIADI (determinar si Bolivia incumplió con sus obligaciones en virtud del APPRI y los demandantes tienen derecho a la reparación solicitada) es distinto al objeto del proceso penal (investigar y sancionar delitos conforme las leyes bolivianas). Por lo tanto, el proceso penal no interfiere con el ámbito de la jurisdicción del Tribunal no siendo un proceso paralelo al proceso arbitral ante el CIADI. Para la demandada, la solicitud de medidas provisionales tendría como objeto menoscabar su derecho soberano a iniciar acciones penales dentro de su territorio.

El Tribunal afirma que la continuación del proceso penal en Bolivia no pone en peligro la exclusividad del arbitraje ante el CIADI, pues dicha exclusividad sólo se aplica a controversias en materia de inversiones. Sobre esta cuestión, en el pár. 129, el Tribunal se pronunció afirmando que:

“la exclusividad del arbitraje ante el CIADI no se extiende a procesos penales. Los procesos penales versan sobre responsabilidad penal y no sobre controversias relacionadas con inversiones, y por definición caen fuera del alcance de la jurisdicción del Centro y de la competencia de este Tribunal. Ni el convenio del CIADI ni el TBI contienen normas que prohíban a un Estado ejercer la jurisdicción penal, ni eximen a presuntos delincuentes de ser procesados por tener calidad de inversionistas”.

En definitiva, esta decisión arbitral recoge una práctica arraigada del CIADI que considera que otros procesos son paralelos a los efectos del Artículo 26 del Convenio CIADI cuando versan sobre el mismo objeto que la controversia incoada ante el CIADI, criterio establecido en el caso *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales de 8-5-2009, pár. 61).

La decisión sobre medidas provisionales dictada el 3-3-2010 en el caso *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela*, por otra parte, ha planteado diversas cuestiones procesales relativas a la jurisdicción *prima facie* del Tribunal; en particular, los requisitos para adoptar medidas provisionales conforme al Artículo 47 del Convenio CIADI y las condiciones para activar el mecanismo del Artículo 26 del Convenio CIADI.

En cuanto a los requisitos para activar el Artículo 47, el demandado afirmó que las medidas provisionales deben estar basadas en circunstancias de necesidad y urgencia para evitar un “daño irreparable”. En cambio, en opinión de Venezuela los demandantes ignoraban tales criterios legales basándose exclusivamente en el principio general de “no agravación” para justificar las medidas solicitadas. Al mismo tiempo, los demandantes admitían que el único daño causado a los mismos era de naturaleza económica. Además, el “principio de no agravación” no podía suplantar los requisitos de necesidad, urgencia y perjuicio irreparable y no compensable como presupuesto para adoptar medidas provisionales. En su respuesta, el Tribunal arbitral recordó la decisión en el caso *Víctor*

Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile, referente al contenido del Artículo 47 del Convenio al afirmar que:

“is not an innovation in the history of international jurisdiction; it is directly inspired by Article 41 of the Statute of the International Court of Justice, hence the particular importance that can be accorded to the judgements given in the past by the Court” [*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende v. Chile*, (Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre medidas provisionales de 25-9-2001, pár. 2)].

El Tribunal, presidido por el Juez Guillaume, hizo referencia a la jurisprudencia de la CIJ que ha utilizado esta facultad de adoptar medidas provisionales condicionando su ejercicio a ciertos requisitos, en particular a la necesidad urgente de evitar un “daño irreparable” a los derechos de las partes antes de que la Corte emita una decisión final sobre la cuestión [*Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Auto de 23-1-2007, *ICJ Reports 2007*, p. 11, párs. 31-32]. En opinión de este Tribunal arbitral debe utilizarse el criterio “perjuicio irreparable”, estándar generalmente aceptado por la jurisprudencia de la CIJ. Así, las medidas provisionales fueron denegadas por el Tribunal debido a la ausencia de un “daño irreparable”:

“58. The Tribunal observes that this request for provisional measures is based on the fact that Venezuela’s efforts to seize the Vessels or other former assets will, if they succeed, “increase the Claimants’ damages” to be awarded by the Tribunal. According to the Claimants themselves, the only consequence for them of those seizures would be a financial loss. Such a loss could be readily compensated by a damages award. Thus, the alleged harm is not “irreparable” and there is neither necessity, nor urgency to grant the requested provisional measures”.

En definitiva, el Tribunal no ve razones para no mantener en este caso el estándar generalmente aceptado de “daño irreparable” como criterio para determinar la “necesidad” exigida por el Artículo 47 del Convenio para adoptar medidas provisionales.

Por otra parte, los demandantes solicitaban que el Tribunal ordenara medidas requiriendo a Venezuela que, *inter alia*, cesara en sus esfuerzos de apoderarse de los buques y cualquier otro activo de *CEMEX* Venezuela, en particular a través de los litigios entablados en Panamá, Venezuela o cualquier otro país. En su respuesta, el Tribunal estimó que la única consecuencia para los demandantes del apoderamiento de buques y otros activos financieros consistía en una “pérdida económica”, fácilmente compensable:

“59. The Claimants, however, request the same measures on another ground. They submit that Venezuela’s action “that increases damages by an eight-figure sum is conduct that aggravates the dispute.” They add that the dispute is also being aggravated by actions brought by Venezuela in its own Administrative Courts, in order to “adjudicate the legality of the Respondent’s efforts to seize...

the Vessels...” The Claimants conclude that those facts warrant the issuance of provisional measures to avoid the seizure of the vessels and of other assets.

60. The International Court of Justice and ICSID Tribunals have on several occasions issued provisional measures directing the parties not to take any actions which could aggravate or extend the dispute or render more difficult their settlement

61. However, the measures requested by the Claimants to avoid the seizure of the Vessels or of other former assets of CEMEX Venezuela do not meet the requirements of urgency and necessity of Article 47 of the ICSID Convention. They could not be granted for these reasons (...). The so-called principle of non-aggravation cannot supplant the requirements of Article 47. The measures relating to the Vessels cannot be granted on the basis of the principle of non-aggravation alone”.

Respecto a la alegación relativa a la facultad del Tribunal arbitral de dictar otras medidas provisionales dirigidas a evitar la extensión o agravación de la disputa, el Tribunal recordó que el Artículo 47 del Convenio concede el poder de adoptar medidas dirigidas a preservar los derechos de las partes. En ejercicio de dicho poder, los Tribunales arbitrales pueden recomendar otras medidas en orden a evitar la extensión o el empeoramiento de la disputa. En este sentido, el Tribunal arbitral hizo suyo el planteamiento de la CIJ [*Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*], Auto de 23-1-2007, *ICJ Reports*, p. 16, pár. 49], señalando que este tipo de medidas eran de naturaleza “auxiliar”, no pudiendo ser recomendadas en ausencia de medidas dirigidas a proteger los derechos de las partes:

“62. In their request for provisional measures, the Claimants also ask the Tribunal, in more general terms, to enjoin Venezuela from taking any action further prejudicing, aggravating the dispute before this Tribunal, or rendering this dispute more difficult of solution.

63. This request raises the question whether, under Article 47 of the ICSID Convention, a tribunal has an independent power to recommend provisional measures relating to a dispute. In other words, when, in the opinion of a Tribunal, there is no urgency or necessity to adopt provisional measures directed at the preservation of the rights of the parties, is it still possible for it to recommend other provisional measures in order to avoid the aggravation or extension of the dispute?

64. This question has recently been examined by the International Court of Justice in the *Pulp Mills* case. The Court recalled that it “has on several occasions issued provisional measures directing the parties not to take any actions which could aggravate or extend the dispute or render more difficult its settlement.” It also observed that “in those cases, provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the

dispute or to render more difficult its settlement were also indicated.” Then the Court noted that: “it has not found that at present there is an imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Uruguay in dispute.” In the absence of provisional measures indicated on that basis, the Court decided it had no power to indicate provisional measures relating to the “aggravation or extension of the dispute.”

65. This Tribunal sees no reason to take a different position. It recalls that Article 47 of the ICSID Convention does give ICSID Arbitral Tribunals power to recommend measures directed at the preservation of the rights of the parties. In exercising this power, ICSID Tribunals may recommend measures in order to avoid the aggravation or extension of the dispute. But those “non-aggravation” measures are ancillary measures which cannot be recommended in the absence of measures of a purely protective or preservative kind.

66. For these reasons, the Tribunal concludes that it must dismiss the request of the Claimants relating, in very general terms and without any further specification, to the “non- aggravation” of the dispute”.

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

En el marco de procedimiento de anulación del Laudo *Sempra Energy International c. Argentina*, Argentina esgrimió varios argumentos en relación con la falta de *jus standi* de *Sempra Energy International* (la demandante), rechazando su legitimación para iniciar una reclamación indirecta por los daños causados a su inversión debido a las pérdidas causadas en dos sociedades gasísticas de nacionalidad argentina (“las Licenciatarias”), en las que el inversor (*Sempra Energy International*) había adquirido una posición accionarial minoritaria.

Como cuestión preliminar, el Comité *ad hoc* del CIADI constituido para resolver sobre las causales de anulación planteadas por Argentina se pronunció sobre su jurisdicción. De hecho, la jurisdicción fue cuestionada por Argentina en el procedimiento arbitral previo, sobre la base de que la demandante carecía de *jus standi* ya que sus reclamaciones se referían a las pérdidas sufridas por las Licenciatarias y no directamente en su inversión. En su Decisión sobre jurisdicción de 11-5-2005, el Tribunal concluyó que un accionista minoritario también tiene una causa de pedir, y que tal causa estaba subyacente al APPRI Estados Unidos de América/Argentina. Por tanto, para el Tribunal las reclamaciones de la Demandante tenían relación “tanto con el contrato como con el TBI”, por lo que la diferencia quedaba dentro de la jurisdicción del Centro:

En su solicitud de anulación Argentina esgrimió entre sus causales que el Tribunal no había expresado los motivos en base a los cuales aceptó la jurisdicción del CIADI, por lo que su Decisión sobre jurisdicción estaría falta de fundamentación, lo que podría implicar la anulación del Laudo. En su respuesta, el Comité *ad hoc* de anulación señaló que la jurisdicción del Centro se determina por el Artículo 25 del Convenio CIADI y por

los términos del instrumento convencional que expresa el consentimiento de las partes a someterse a arbitraje (en el caso, el APPRI y la solicitud de arbitraje). Como el Artículo 25 del Convenio CIADI no define el término “inversión”, la cuestión de determinar si una inversión particular resulta merecedora de protección se infiere del instrumento sobre protección de inversiones pertinente que funda la jurisdicción, en este caso el APPRI Estados Unidos de América/Argentina. En su análisis del APPRI, el Comité *ad hoc* señala que el lenguaje empleado por las partes contratantes demuestra el amplio significado del término “inversión”, el cual incluye expresamente:

“a los contratos de inversión”, “acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos”, y “todo derecho conferido por ley o por contrato”, “que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra parte” (párs. 101-102).

En función de esta amplia definición, el Comité *ad hoc* de anulación considera que la demandante tiene derecho a iniciar una reclamación arbitral con respecto al daño supuestamente causado a la “inversión” de la demandante en el Estado huésped, es decir, sus participaciones accionariales indirectas y minoritarias en las sociedades locales a través de las que operaba. Así pues, el Comité entiende que:

“103. El Comité claramente opina que Sempra tiene derecho a iniciar una reclamación con arreglo al Convenio del CIADI contra Argentina con respecto al daño supuestamente causado a la “inversión” de Sempra en Argentina, es decir, sus participaciones accionarias indirectas y minoritarias en las sociedades locales. El caso *Barcelona Traction* y el principio que confirma el reconocimiento del derecho internacional de la personalidad de entidades legales en virtud del derecho local son irrelevantes en el contexto del presente TBI. Los accionistas pueden reclamar, en virtud del TBI – a diferencia de lo que sucedió en el caso *Barcelona Traction* – simplemente porque este TBI extiende esos derechos a los “inversores”, según la definición que proporciona el tratado, un derecho que no existe en virtud del derecho internacional consuetudinario.

104. En opinión del Comité, los argumentos esgrimidos por Argentina para justificar su excepción a la jurisdicción confunden dos cuestiones diferentes. La primera cuestión consiste en determinar si Sempra tiene derecho a iniciar una reclamación en virtud del Convenio del CIADI y el TBI por un supuesto daño a su inversión a través de la pérdida causada a las sociedades locales de las que sea propietaria de forma parcial o indirecta, es decir, CGP y CGS, debido al perjuicio provocado a las Licencias y otros derechos con valor de esas subsidiarias. La segunda cuestión consiste en determinar si las acciones u omisiones de parte de Argentina con respecto a CGP o CGS han efectivamente causado un daño a la inversión de Sempra y, en tal caso, cuál es la medida adecuada de dicho daño. La primera cuestión es de jurisdicción, mientras que la segunda se relaciona con la cuestión de fondo de la diferencia. En este caso, si se resolviera que Sempra tiene derecho a una indemnización por el daño a su inversión, la medida de los daños y perjuicios no sería necesariamente

proporcional a cualquier pérdida pecuniaria o déficit sufrido por CGP o CGS. Puesto que esa cuestión trata sobre el fondo de la diferencia, el Comité no efectuará ningún análisis adicional”.

En definitiva, el Comité *ad hoc* de anulación rechazó la excepción a la jurisdicción planteada por Argentina, al entender que el Tribunal arbitral no omitió expresar los motivos sobre la cuestión del *jus standi* de *Sempra*.

La Decisión sobre jurisdicción dictada el 2-6-2010 en el arbitraje *Burlington Resources Inc y otros c. Ecuador y PetroEcuador* plantea un interesante debate entre el concepto de “inversión” –que el Tribunal considera desde una perspectiva esencialmente económica– y el significado del término “acuerdo de inversión”, referido al APPRI, que el Tribunal entiende como una cuestión jurídica. Conforme al Artículo VI.1 del APPRI Ecuador/Estados Unidos de América, existe jurisdicción sobre las reclamaciones en la medida que éstas se refieren a la observancia y al cumplimiento de un “acuerdo de inversión”. Sin embargo, las partes discrepan sobre la existencia de un acuerdo de inversión aportando distintos enfoques de esta noción dado que el APPRI no define qué se entiende por “acuerdo de inversión”. Para la demandante existe acuerdo de inversión puesto que, sobre la base de un enfoque económico *Burlington* sería el verdadero inversor. En cambio, para la demandada no hay un acuerdo de inversión, en la medida que los contratos de participación no se celebraron entre ambas partes sino que fueron las Subsidiarias de *Burlington* incorporadas en un tercer Estado (Bermudas) las que celebraron los contratos de participación. Por tanto, el inversor no sería un nacional “de la otra parte” del APPRI (Estados Unidos). La demandada propone un “enfoque económico” para dilucidar el concepto de “acuerdo de inversión”.

En su respuesta, el Tribunal entiende que estas decisiones arbitrales no son pertinentes en este contexto pues se refieren más bien al concepto “inversión”, y no al concepto más restringido de “acuerdo de inversión”. Por ello, el Tribunal considera en el párrafo 238 del laudo que:

“(…) si bien tiene sentido adoptar un enfoque económico con relación al concepto de “inversión”, el concepto de “acuerdo” se presta más naturalmente a ser analizado desde un enfoque jurídico. Esto no significa que las consideraciones económicas sean completamente ajenas a la noción de “acuerdo de inversión”.

Este enfoque jurídico de la noción “acuerdo de inversión” encuentra apoyo en las decisiones del CIADI dictadas en los casos *Duke Energy* y *EnCana*, en las que se adoptó un enfoque jurídico al sostener que la falta de elementos relevantes como la firma, la celebración del contrato y las obligaciones asumidas bajo el mismo suponía la ausencia de un acuerdo de inversión entre las partes. Sobre la base de este enfoque, el Tribunal concluye que:

“248. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que la Demandante y la Demandada no celebraron un acuerdo de inversión de acuerdo

con el Artículo VI (1) (a) del Tratado, y por lo tanto los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington no se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión en el sentido del Artículo X (2) (c).

249. Puesto que los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación de Burlington no se relacionan a la observancia y al cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión, el Tribunal no puede sino concluir que no tiene jurisdicción sobre los reclamos por la Ley 42 aparte de expropiación que suscitan "cuestiones tributarias" en el sentido del Artículo X del Tratado".

El Laudo sobre Jurisdicción de 10-6-2010 dictado por el Tribunal arbitral en el caso *Mobil c. Venezuela* tiene como objeto resolver las objeciones a la jurisdicción del Tribunal CIADI planteadas por la demandada. Con carácter general, el Tribunal señaló en el pár. 64 que el consentimiento a su jurisdicción se puede expresar a través de un acuerdo directo entre el Estado huésped y el inversor pues:

“Under ICSID law, consent may also result form a unilateral offer by host State, expressed in its legislation or in a treaty, which is subsequently accepted by the investor”.

En cuanto a las cuestiones adjetivas relacionadas con la jurisdicción, en el presente caso el Tribunal tuvo que dilucidar en la parte operativa del Laudo si el consentimiento expresado en la cláusula del Artículo 9.1 del citado APPRI representaba una base jurisdiccional suficiente para llevar la controversia ante el Tribunal CIADI. Sobre la base de esta cláusula arbitral, el Tribunal se pronunció sobre dos objeciones destinadas a impugnar su jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae*.

Por lo que respecta a su jurisdicción *ratione personae*, se alegó por la demandada que algunos demandantes no tenían la nacionalidad de un Estado contratante, por lo que sus reclamaciones no podían ser objeto de protección bajo dicha cláusula arbitral. En cuanto a su jurisdicción *ratione materiae*, se argumentó que las inversiones realizadas en el Estado huésped por la sociedad holandesa (*Venezuela Holdings*) no se habían llevado a cabo de manera directa sino a través de sus filiales o empresas subsidiarias. Asimismo, aun sin cuestionar que la sociedad *Venezuela Holdings* tenía la nacionalidad de una parte contratante, sí se alegó que aquélla era una “corporation of convenience” creada antes de iniciar el litigio con el único propósito de conseguir el acceso a la jurisdicción del CIADI.

Por lo que se refiere a la nacionalidad de algunos de los demandantes, Venezuela entendía que las subsidiarias de la sociedad holandesa habían sido constituidas bajo las leyes de Estados Unidos y de Bahamas, no siendo nacionales del Estado del inversor y, por tanto, beneficiarias de la protección dispensada por el APPRI. En cambio, los demandantes alegaban que estas sociedades subsidiarias estaban controladas completamente por la sociedad holandesa, por lo que debían ser consideradas como nacionales del Estado del inversor conforme al APPRI. Al efecto de definir lo que se

entiende por “nacional” de un Estado contratante, el Artículo 1 del APPRI dispone que: “(b) The term “nationals” shall comprise with regard to either Contracting Party: (...) (iii) legal persons not constituted under the law of the Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above”. Considerando que la sociedad holandesa tenía el 100% de las acciones de sus subsidiarias radicadas en Estados Unidos y en Bahamas, el Tribunal observa que dichas subsidiarias están controladas directa o indirectamente por una persona jurídica constituida conforme al ordenamiento del Estado del inversor (Derecho holandés). Por tanto, según lo dispuesto en el Artículo 1.b.iii) del APPRI, tales sociedades deben considerarse “nacionales” del inversor.

No obstante, el demandado señaló que existía una incompatibilidad entre el Artículo 1.b.iii) del APPRI y el Artículo 25.2.b) del Convenio CIADI, pues esta última disposición excluye el uso de tests de control para determinar la nacionalidad de la sociedad. Sin embargo, el Tribunal entiende que la cláusula del Artículo 25 del Convenio CIADI fija los límites externos a la jurisdicción del Centro al objeto de que las partes consientan su jurisdicción. A su entender, el Artículo 1.b.iii) del APPRI es compatible con el Artículo 25 del Convenio CIADI puesto que:

“Under Article 25 (b) (i) does not impose any particular criteria of nationality (whether place of incorporation, *siège social* or control) in the case of juridical persons not having the nationality of the Host State. Thus the parties to the Dutch-Venezuela BIT were free to consider as national both the legal persons constituted under the law of the Parties and those constituted under another law, but controlled by such legal persons” (pár. 157).

Asimismo, Venezuela argumentó que la sociedad holandesa no ejercía control alguno sobre sus subsidiarias, por lo que en ausencia de tal control el APPRI era inaplicable a las inversiones realizadas por aquéllas. Sobre esta cuestión, el Tribunal se apoyó en el Protocolo anejo al APPRI, que forma parte integral del mismo, cuyo Artículo 1.b.iii), párrafo 1 aportaba una serie de elementos que se aceptaban como prueba de que el inversor ejercía un control efectivo sobre sociedades extranjeras para obtener la protección brindada por el APPRI. En particular, el párrafo 1.c) del citado Protocolo enumera, entre otros criterios, como prueba aceptable del control efectivo: “[t]hat the percentage of its capital owned by national or legal persons of the other contracting Party makes it possible for them to exercise control”. En función de ello, el Tribunal rechazó la primera objeción a su jurisdicción presentada por la demandada señalando sobre el particular que:

“Under paragraph 1 (c) of the Protocol, those subsidiaries must be considered as national of the Netherlands benefiting of the provisions of the BIT” (pár. 160).

Por otro lado, la demandada presentó una segunda objeción a la jurisdicción dirigida a descartar cualquier protección sobre la base del APPRI a las reclamaciones de las sociedades holandesas. Tales inversiones se referían a intereses indirectos de la sociedad holandesa en sus subsidiarias en Bahamas, por lo que no se trataba de inversiones en “el

territorio de Venezuela” protegidas por el APPRI. Por el contrario, la demandante entendía que el APPRI no restringe el concepto de “inversión” a las inversiones directas. Más bien el concepto de inversión utilizado protege a las inversiones realizadas por sociedades holandesas a través de sus subsidiarias al margen de que éstas últimas se constituyan en Holanda o en un tercer país. Además, tampoco se requiere que la reclamación vaya referida a una inversión directa “en el territorio de Venezuela”. Así, el APPRI observa que la amplia definición del término “inversión” utilizado en el Artículo 1 del APPRI no distingue entre inversiones directas o indirectas. Dicha definición incluye toda clase de activos, ejemplificando como categorías específicas de inversiones las “acciones, bonos y otra clase de intereses en compañías y empresas mixtas”. El significado de esta disposición es que las acciones y otra clase de intereses que los inversores holandeses pudieran tener en una sociedad o empresa mixta que hubiera realizado una inversión en territorio venezolano quedan protegidas por el APPRI. Por tanto, el Tribunal concluyó que:

“(…) a literal reading of the BIT does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments. Investments, as defined in Article 1 could be direct or indirect as recognized in similar cases by ICSID Tribunals” (pár. 165).

El Laudo de 19-5-2010 en el caso *Alasdair Ross Anderson y otros c. Costa Rica* define el alcance de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal a los efectos del APPRI Canadá/Costa Rica. El caso fue introducido ante la Secretaría del Centro mediante demanda de arbitraje firmada por 137 nacionales canadienses conforme al Artículo 4 del Mecanismo Complementario del CIADI. Para afirmar la jurisdicción del Tribunal sobre la disputa, los demandantes debían demostrar que sus depósitos y su relación jurídica con la sociedad local “Villalobos Brothers Money Exchange”, dedicada al cambio de divisas, constituía una “inversión” en los términos del APPRI. Para ello debía demostrar que sus depósitos cumplieran tres características: 1) que los depósitos constituirían “activos” conforme al APPRI; 2) que los demandantes tenían la propiedad o el control de dichos activos en el territorio de Costa Rica “de acuerdo a la legislación de este país”; y 3) que tales depósitos no estaban incluidos en las categorías de activos que el APPRI excluía expresamente de la definición de “inversión”.

Respecto a la primera cuestión, el APPRI no define la palabra “activo”. Considerando que la versión española del APPRI (auténtica junto a la francesa) se refería a “cualquier tipo de activo”, el Tribunal entendió que los depósitos efectuados por los demandantes constituirían un activo, pues tenían como contraprestación la obligación del nacional costarricense de pagar un interés más el principal. Este activo prometía un interés concreto cada mes y el derecho a retornar el depósito principal en las condiciones pactadas. Para el Tribunal, las obligaciones asumidas por Villalobos con los demandantes resultante de sus depósitos constituía un “activo” propiedad de aquéllos en los términos del APPRI:

“48. The Canada-Costa Rica BIT does not define the meaning of the word “asset.” The French version of the BIT refers to “les avoirs de toute nature” and

the official Spanish version refers to “cualquier tipo de activo. The French word “avoirs” is usually translated into English as “asset” and the Spanish word “activo” is also translated in English as asset. In English, the ordinary meaning of the word “asset” is “anything of value” or a “valuable item that is owned.” The Oxford English Dictionary defines “asset” as “an item of value owned” and Webster’s Deluxe Unabridged Dictionary (2nd ed.) defines asset as “anything owned that has exchange value” or a “valuable or desirable thing to have.”

49. On the basis of these definitions, one can say that a Claimant’s deposit of funds resulting in an obligation of Enrique Villalobos to pay interest and principal was an asset since it constituted a thing of value owned by that Claimant. As a result of transferring their funds to Villalobos, the Claimants obtained a promise from Enrique Villalobos to repay the principal amount under certain conditions and further to pay the Claimants a specific amount of interest each month. That asset, embodied in an agreement with Villalobos, promised them a specific return each month according to a pre-determined interest rate and the right to the repayment of their principal deposit upon stated conditions including notice. In fact, many of the Claimants received and withdrew periodic payments of funds from their accounts with the Villalobos brothers.

50. That being so, it is clear to the Tribunal that the obligations of Enrique Villalobos to the Claimants as a result of their deposit of funds constituted “assets” owned by the Claimants within the meaning of the Canada-Costa Rica BIT”.

En cuanto a la segunda cuestión, los demandantes debían demostrar que tenían la propiedad o el control de tales activos “*de acuerdo con la legislación de Costa Rica*” (en la versión española del APPRI). El Tribunal señaló que no todos los APPRI exigen en su articulado que las inversiones sujetas a la protección se realicen conforme a la legislación del Estado huésped. Para el Tribunal:

“53. The fact that the contracting Parties to the Canada-Costa Rica BIT specifically included such a provision is a clear indication of the importance that they intention that their laws with respect to investments be strictly followed”.

Así, el Tribunal constata que el compromiso de los hermanos Villalobos como intermediarios financieros se produjo sin autorización del Banco Central ni de otra agencia gubernamental, como requería la legislación interna. Los demandantes no emplearon la debida diligencia de un inversor razonable para asegurar que sus depósitos en la sociedad local fueran conformes con las leyes nacionales de Costa Rica:

“55. By actively seeking and accepting deposits from the Claimants and several thousand other persons, the Villalobos brothers were engaged in financial intermediation without authorization by the Central Bank or any other government body as required by law. The courts of Costa Rica after a lengthy and extensive legal process determined that Osvaldo Villalobos, because of his

involvement in the scheme, committed aggravated fraud and illegal financial intermediation. In securing investments from the Claimants, the Villalobos brothers were thus clearly not acting in accordance with the laws of Costa Rica. The entire transaction between the Villalobos brothers and each Claimant was illegal because it violated the Organic Law of the Central Bank. If the transaction by which the Villalobos acquired the deposit was illegal, it follows that the acquisition by each Claimant of the asset resulting from that transaction was also not in accordance with the law of Costa Rica. Although the Claimants may not have committed a crime by entering into a transaction with the Villalobos, the fact that they gained ownership of the asset in violation of the Organic Law of the Central Bank means that their ownership was not in accordance with the laws of Costa Rica and that therefore each of their deposits and resulting relationships with Villalobos did not constitute an “investment” under the BIT.

56. Claimants’ counsel argued that in judging whether the Claimants’ deposits were owned in accordance with the laws of Costa Rica, this Tribunal should look only to whether the Claimants ownership rights in their claim to be paid the agreed-upon interest and principal were legal obligations under Costa Rican law. By accepting the deposits under the conditions outlined earlier in this decision, Enrique Villalobos clearly became subject to that legal obligation. However, this Tribunal believes that the approach suggested by Claimants’ counsel is too narrow and not a correct interpretation of the treaty language “owned ... in accordance with the law” of Costa Rica.

57. The ordinary dictionary meaning of the verb “own” is “to have or hold a property” or “to have or possess a property.” In order to determine whether the ownership of a property is in accordance with the law of a particular country, one must of necessity examine how the possession or ownership of that property was acquired and in particular whether the process by which that possession or ownership was acquired complied with all of the prevailing laws. In the present case, it is clear that the transaction by which the Claimants obtained ownership of their assets (*i.e.* their claim to be paid interest and principal by Enrique Villalobos) did not comply with requirements of the Organic Law of the Central Bank of Costa Rica and that therefore the Claimants did not own their investment in accordance with the laws of Costa Rica. That being the case, the obligations of the Villalobos brother held by the Claimants do not constitute “investments” under the Canada-Costa Rica BIT and therefore this Tribunal lacks jurisdiction to hear the Claimants’ claims against Costa Rica under the BIT.

58. The Tribunal’s interpretation of the words “owned in accordance with the laws” of Costa Rica reflects both sound public policy and sound investment practice. Costa Rica, indeed any country, has a fundamental interest in securing respect for its law. It clearly sought to secure that interest by requiring investments under the BIT to be owned and controlled according to law. At the

same time, prudent investment practice requires that any investor exercise due diligence before committing funds to any particular investment proposal. An important element of such due diligence is for investors to assure themselves that their investments comply with the law. Such due diligence obligation is neither overly onerous nor unreasonable. Based on the evidence presented to the Tribunal, it is clear that the Claimants did not exercise the kind of due diligence that reasonable investors would have undertaken to assure themselves that their deposits with the Villalobos scheme were in accordance with the laws of Costa Rica.

59. On the basis of the foregoing analysis, the Tribunal concludes that the Respondent's objection to jurisdiction on the ground that the Claimants did not own or control investments in accordance with the law of Costa Rica is established and that this Tribunal is therefore without jurisdiction to hear and decide the Claimants' claims".

Al estimar la primera objeción a la jurisdicción y rechazar su jurisdicción *ratione materiae*, el tribunal no consideró necesario pronunciarse sobre las otras objeciones a la jurisdicción y a la admisibilidad de la demanda propuestas por el demandado.

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

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

En primer lugar, en los casos *AWG Group Ltd. c. Argentina*; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, el Tribunal arbitral encargado de resolver las demandas interpuestas contra Argentina con motivo del incumplimiento de los contratos sobre el abastecimiento de agua potable y saneamiento en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, realizó en el marco de sus decisiones sobre responsabilidad un análisis sobre el alcance y contenido de la cláusula de plena protección y seguridad de las inversiones articulada en los APPRI celebrados entre Francia/Argentina, España/Argentina y Reino Unido/Argentina. Dicho examen, realizado a la luz del Derecho Internacional y de la jurisprudencia más reciente, le condujo a diferenciar esta cláusula del estándar de trato justo y equitativo de la siguiente forma en el caso *AWG Group Ltd. c. Argentina*:

"159. At the outset, it should be noted that whereas the Claimants' pleadings refer to these treaty provisions as guaranteeing "full protection and security," a term found in many bilateral investment treaties, that specific phrase appears nowhere in the three BITs applicable to these cases. The Argentina-France BIT promises that investments will be "fully and completely protected and safeguarded..."; the Argentina-Spain BIT promises only that the Contracting Parties "shall protect" investments; and the Argentina-United Kingdom BIT

promises “protection and constant security.” It remains to be seen whether these three BITs are in effect promising differing levels of protection and whether the level of protection they provide is different from that offered by the many treaties employing the terminology of “full protection and security”. (...)

162. Traditionally, courts and tribunals have interpreted the content of this standard of treatment as imposing a positive obligation upon a host State to exercise due diligence to protect the investor and his property from physical threats and injuries, not as imposing an obligation to protect covered investments and investors from all injuries from whatever sources. In the *ELSI* case, in which the United States brought a claim against Italy on grounds that the requisition of a U.S. investor’s factory by the Mayor of Palermo, Italy, violated Article V (1) of the United States-Italy FCN treaty obligating the Contracting Parties to provide investors “the most constant protection and security,” the International Court of Justice Chamber stated that: “The reference in Article V to the provision of ‘constant protection and security’ cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed.” (...)

164. The fact that the “full protection and security” standard implies only an obligation of due diligence, as opposed to strict liability, has also been widely recognized in more recent arbitral case decisions. On the other hand, there seems to exist no consensus as to the extent to which the full protection and security standard may exceed the State’s obligation to provide mere physical security to the investor and his assets. (...)

173. In this respect, this Tribunal is of the view that the stability of the business environment and legal security are more characteristic of the standard of fair and equitable treatment, while the full protection and security standard primarily seeks to protect investment from physical harm. This said, this latter standard may also include an obligation to provide adequate mechanisms and legal remedies for prosecuting the State organs or private parties responsible for the injury caused to the investor. (...)

175. As far as this Tribunal is concerned, it is inclined to think that the absence of the word “full” or “fully” in the full protection and security provisions in the Argentina Spain and the Argentina-U.K. BITs supports this view of an obligation limited to providing physical protection and legal remedies for the Spanish and U.K. Claimants and their assets.

176. The importance of the precise legal formulation used in a BIT provision is further illustrated in the *Siemens* award. In that case, the investor initiated the arbitration under the German-Argentina BIT, alleging *inter alia* that Argentina breached its obligation to accord full protection and security through the conduct that led to the frustration of the investor’s contract. The respondent and the claimant had opposing positions on the scope of the protection under the

BIT standard. According to Argentina, “security” implied only physical security, while the investor attributed to this term a wider meaning, in particular because the Treaty referred to “legal security.” Thus, the tribunal had to interpret whether “security” referred merely to physical security or to security in a wider sense. Having noted that the definition of investment included tangible and intangible assets, the tribunal said that “the obligation to provide full protection and security is wider than ‘physical’ protection and security.”

177. While strict textual interpretation of the treaty language would lead this Tribunal to conclude that the applicable BITs in the present cases do not have the expansive scope on which the Claimants are basing their claim, there is another reason for the Tribunal not to follow the interpretation made in, *inter alia*, *CME* and *Azurix*. Neither the *CME* nor *Azurix* awards provide a historical analysis of the concept of full protection and security or give any clear reason as to why it was departing from the historical interpretation traditionally employed by courts and tribunals and expanding that concept to cover non-physical actions and injuries.

178. A few awards since *CME* have maintained the more traditional approach to interpreting the notion of full protection and security. In *Saluka*, the tribunal determined that the Czech Republic did not violate the Czech Republic-Netherlands BIT which promised investors “full security and protection” when it took measures to stop trading in the claimant’s securities. The tribunal stated: “The practice of arbitral tribunals seems to indicate however that the ‘full protection and security clause’ is not 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 the use of force.” More recently, a similar rationale has been applied by arbitral tribunals in *BG v. Argentina*, *PSEG v. Turkey* and *Rumeli v. Kazakhstan*.

179. Having considered the specific language of each of the three applicable BITs and the historical development of the “full protection and security” standard under international law, as well as the recent jurisprudence, this Tribunal is not persuaded that it needs to depart from the traditional interpretation given to this term. Consequently, the Tribunal concludes that under all the applicable BITs, Argentina is obliged to exercise due diligence to protect investors and investments primarily from physical injury, and that in any case Argentina’s obligations under the relevant provisions do not extend to encompass the maintenance of a stable legal and commercial environment. As a result, in the instant cases Argentina has not violated its obligations under the respective BIT provisions”.

En el mismo sentido se pronuncian los párs. 153-173 del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y los párs. 158-179 del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*.

2. El trato justo y equitativo

En los casos *AWG Group Ltd. c. Argentina*; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, el Tribunal arbitral encargado de resolver las demandas interpuestas contra Argentina, llevó a cabo en el marco de sus decisiones sobre responsabilidad un análisis sobre el alcance y contenido del estándar de trato justo y equitativo articulado en los APPRI celebrados entre Francia/Argentina, España/Argentina y Reino Unido/Argentina, utilizando para ello las reglas sobre interpretación de los tratados internacionales establecidas en el Artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. Así se expresó el Tribunal arbitral en el caso *AWG Group Ltd. c. Argentina*:

“189. In interpreting this vague, flexible, basic, and widely used treaty term, this Tribunal has the benefit of decisions by prior tribunals that have struggled strenuously, knowledgeably, and sometimes painfully, to interpret the words “fair and equitable” in a wide variety of factual situations and investment relationships. Many of these cases arose out of Argentina’s economic crisis of 2001-2003. Although this tribunal is not bound by such prior decisions, they do constitute “a subsidiary means for the determination of the rules of [international] law.” Moreover, considerations of basic justice would lead tribunals to be guided by the basic judicial principle that ‘like cases should be decided alike,’ unless a strong reason exists to distinguish the current case from previous ones. In addition, a recognized goal of international investment law is to establish a predictable, stable legal framework for investments, a factor that justifies tribunals in giving due regard to previous decisions on similar issues. Thus, absent compelling reasons to the contrary, a tribunal should always consider heavily solutions established in a series of consistent cases. (...)”

211. In order to evaluate the arguments of the Claimants and the Respondent, this Tribunal must interpret and apply the above-quoted BIT provisions concerning Argentina’s obligations to accord covered investments fair and equitable treatment. In this task, it is guided by Article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties pursuant to which: “(1) [a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the *ordinary meaning* to be given the terms of the treaty *in their context* and in *light of its object and purpose*” (emphasis added). Thus three elements are of particular importance in interpreting the relevant treaty provisions: (1) the ordinary meaning of the term “fair and equitable,” (2) the context in which the term “fair and equitable” is used; and (3) the object and purpose of the three BITs.

218. When one examines the stated purposes of the three BITs, one sees that they all have broader goals than merely granting specific levels of protection to individual investors. In the case of the Argentina-France BIT and the Argentina-

Spain BIT, the Contracting States are seeking to further economic cooperation between them. The protection and promotion of foreign investment, while important to attaining that goal, are only a means to that end. Similarly, the Argentina-U.K. BIT is seeking to increase the prosperity of the two States. Through these treaties, the Contracting States pursue the broader goals of heightened economic cooperation between the two States concerned with a view toward achieving increased economic prosperity or development. The Tribunal must take those broader goals into consideration when it interprets and applies the term “fair and equitable treatment” in these cases.

219. The Tribunal considers that the goal of “economic cooperation,” stated in the Argentina-France and the Argentina-Spain BITs, reaffirms and indeed strengthens, rather than diminishes, the importance of “fair and equitable treatment” in the treaty structure created by the Contracting Parties [...] Thus, this Tribunal considers that fair and equitable treatment of investors is the *sine qua non* of the economic cooperation envisaged by France, Spain, and Argentina in two of the BITs applicable to this case.

220. Although the Argentina-U.K. BIT does not refer to economic cooperation as a stated goal, the emphasis that it places on the desire “to create favorable conditions for investment” and “the stimulation of individual initiative” implicitly emphasizes the importance of fair and equitable treatment of investments, for none of these goals could be achieved if a Contracting Party granted investments from the other Contracting Party anything less than treatment that is fair and equitable”.

Con el objeto de ponderar la existencia de una violación del trato justo y equitativo, el Tribunal apeló al principio de confianza legítima, esto es, pasó a valorar si el comportamiento de las autoridades argentinas había frustrado las legítimas expectativas creadas a los inversiones extranjeros en el momento en que realizaron su inversión en Argentina:

“222. In an effort to develop an operational method for determining the existence or nonexistence of fair and equitable treatment, arbitral tribunals have increasingly taken into account the legitimate expectations that a host country has created in the investor and the extent to which conduct by the host government subsequent to the investment has frustrated those expectations. When an investor undertakes an investment, a host government through its laws, regulations, declared policies, and statements creates in the investor certain expectations about the nature of the treatment that it may anticipate from the host State. The resulting reasonable and legitimate expectations are important factors that influence initial investment decisions and afterwards the manner in which the investment is to be managed [...]

223. Where a government through its actions subsequently frustrates or thwarts those legitimate expectations, arbitral tribunals have found that such host

government has failed to accord the investments of that investor fair and equitable treatment. (...)

226. In examining the various cases that have justifiably considered the legitimate expectations of investors and the extent to which the host government has frustrated them, this Tribunal finds that an important element of such cases has not been sufficiently emphasized: that investors, deriving their expectations from the laws and regulations adopted by the host country, *acted in reliance upon those laws and regulations and changed their economic position as a result*. Thus it was not the investor's legitimate expectations alone that led tribunals to find a denial of fair and equitable treatment. It was the existence of such expectations created by host country laws, coupled with the act of investing their capital in reliance on them, and a subsequent, sudden change in those laws that led to a determination that the host country had not treated the investors fair and equitably. (...)

229. Of course, a Contracting Party under a BIT's fair and equitable treatment standard is not required to satisfy all of an investor's expectations. It is required to respect only those expectations that are legitimate and reasonable in the circumstances. What specifically are the characteristics of such expectations? The tribunal in *LG&E v. Argentina* tried to answer that question. It stated: "It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regulatory patterns".

En virtud de este análisis del principio de confianza legítima, el Tribunal consideró que los compromisos suscritos entre las demandantes y las autoridades argentinas habían creado una serie de legítimas expectativas a aquellas:

"231. The Concession Contract and the legal framework of the Concession described above clearly meet the conditions proposed in the cases just referred to. They set down the conditions offered by Argentina at the time that Claimants made their investment; they were not established unilaterally but by the agreement between Argentina and the Claimants; and they existed and were enforceable by law [...] In view of the central role that the Concession Contract and legal framework placed in establishing the Concession and the care and attention that Argentina devoted to the creation of that framework, the Claimants' expectations that Argentina would respect the Concession Contract throughout the thirty-year life of the Concession was legitimate, reasonable, and justified. It was in reliance on that legal framework that the Claimants invested substantial funds in Argentina. And Argentina certainly recognized at the time it

granted the Concession to the Claimants that without such belief in the reliability and stability of the legal framework the Claimants – indeed no investor – would ever have agreed to invest in the water and sewage system of Buenos Aires”.

La Decisión finalmente declaró que Argentina no concedió un trato justo y equitativo, si bien el Tribunal afirmó que a la hora de determinar tal incumplimiento se había ponderado previamente entre las legítimas expectativas del inversor y la capacidad del Estado para ejercer su soberanía y tomar medidas legislativas o administrativas relativas a la inversión extranjera:

“237. There is no question that under the legal framework Argentina had the right to regulate the activities of the Concession concerning a broad range of matters, including the tariff structure, investment standards, and performance. But AASA and the Claimants, as participants in any regulated industry, had the legitimate expectation that the Argentine authorities would exercise that regulatory authority and discretion within the rules of the detailed legal framework that Argentina had established for the Concession. But when faced with the crisis, Argentina refused to do this. It still refused once the crisis had abated. Indeed, it enacted various measures directing the regulatory authorities not to respect important elements of the legal framework. Such actions were outside the scope of its legitimate right to regulate and in effect constituted an abuse of regulatory discretion.

238. For the foregoing reasons, this Tribunal finds that Argentina’s persistent and rigid refusal to revise the tariff in accordance with the Concession Contract and the regulatory framework, particularly once the crisis had abated and economic growth returned, violated its commitments under the three BITs to treat the Claimants’ investments fairly and equitably. (...)

243. The Tribunal finds that Argentina’s treatment of AASA and the Claimants during the renegotiation process that began in 2002 was a breach of its promise of fair and equitable treatment under the three BITs in question. It finds support for this conclusion in the decision in *BG Group v. Argentina*, in which the Tribunal noted, in this regard, that “Argentina also breached the international minimum standard in relation to UNIREN’s authorization to renegotiate the Government agreements with public service providers. As stated at paragraph 80 above, the Emergency Law and subsequent legislation were enacted to promote a new deal with the licensees, impeding the application and execution of the original Regulatory Framework. Also, Argentina enhanced the violation of the standard of fair and equitable treatment under the BIT by formalizing in Resolution 308/02 and Decree 1090/02 the exclusion from the imposed renegotiation process of any licensee that sought redress in an arbitral or other forum”.

En los párrafos 174-228 del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y 180-248 del caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina* se aprecia una posición similar. Esta misma postura se mantiene por parte del Comité *ad hoc* en el caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, quien afirmó en este orden de cosas que:

“304. The Committee considers that to this point in its reasoning, the Tribunal in effect said no more than that the standard of “fair and equitable treatment” in the BIT is not necessarily the same as the customary international law minimum standard, and that the content of the “fair and equitable treatment” clause in Article II (2) (a) of the BIT was a question of interpretation of the BIT in accordance with normal principles of treaty interpretation. The Committee considers this obvious. (...)”

311. The Committee considers it clear from the terms of paragraphs 260 to 263 of the Award that the Tribunal was in these paragraphs stating what it considered to be the correct interpretation of the fair and equitable treatment clause contained in Article II (2) (a) of the BIT, and that the Tribunal undertook this interpretation in accordance with the principles of treaty interpretation embodied in the Vienna Convention, under which it gave weight to the preamble of the BIT as well as to previous case law dealing with the same or similar provisions.

312. The Committee further considers it clear that the Tribunal then proceeded to apply the fair and equitable treatment clause in Article II (2) (a), as so interpreted, to the facts of this case as found by the Tribunal [...]

314. The Committee is satisfied that the Tribunal, in finding that there was a breach of the fair and equitable treatment clause in Article II (2) (a) of the BIT, purported to interpret that provision in accordance with general international law treaty interpretation principles and to apply it to the facts of the case as found. In so doing, the Tribunal applied the applicable law, whether or not it did so correctly”.

3. El trato nacional

4. El trato de nación más favorecida

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

También en los casos *AWG Group Ltd. c. Argentina*; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, el Tribunal, realizó en el marco de sus decisiones sobre responsabilidad un análisis sobre el alcance y contenido de la cláusula prevista en los APPRI celebrados por

Francia/Argentina, España/Argentina y Reino Unido/Argentina que prohíbe al Estado receptor de la inversión adoptar injustificadamente cualquier medida, directa o indirecta, de expropiación o nacionalización. Para fundamentar y reforzar su decisión el Tribunal utilizó algunos precedentes clásicos y otros mucho más recientes de la jurisprudencia internacional y arbitral. Así se expresó el Tribunal, en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, con relación al carácter directo o indirecto de la expropiación:

“129. (T)his Tribunal must find, guided by the interpretation rules set forth in Articles 31 and 32 of the VCLT, that such losses resulted from “*measures*” (“*mesures*” in French or “*medidas*” in Spanish) taken by Argentina that resulted in the expropriation of Claimants’ investment or had the effect of such expropriation. The application of the above-quoted treaty provisions therefore requires the existence of three elements: 1) an expropriable investment of a Claimant; 2) a measure taken by Argentina; and 3) an expropriation of that investment as a result of that measure. (...)”

132. The treaty provisions quoted above cover both direct expropriations and indirect expropriation. In the former situation, a host government uses its sovereign powers to seize assets by depriving an investor of its title to or control over those assets. In case of an indirect expropriation, sometimes referred to as a “regulatory taking” host states invoke their legislative and regulatory powers to enact measures that reduce the benefits investors derive from their investments but without actually changing or canceling investors’ legal title to their assets or diminishing their control over them. While determining the existence of a direct expropriation is usually not difficult because of the usually obvious physical manifestations that come with depriving an investor of title and control, identifying an indirect expropriation is often a much more complicated matter which requires an inquiry into whether a regulatory measure has the effect of an expropriation on an investment or is a valid exercise of a State’s regulatory power”.

Una vez admitida la posibilidad de que las medidas atacadas por la demandante pudieran constituir una expropiación directa o indirecta, el Tribunal analizó si tales medidas suponían un incumplimiento de las obligaciones convencionales. En este análisis, en suma, nuevamente se ponderaban los límites a la capacidad normativa de Argentina sobre las inversiones establecidas en su territorio, en un momento donde el país atravesaba gravísimas dificultades financieras:

“133. An initial problem in applying the above-quoted treaty provisions to these cases is that none of the three BITs specifically define the term “expropriation.” [...] Each of the BIT articles quoted above specifically refers to the “effects” of an expropriation measure and thus affirms the importance of evaluating the effects of a measure on the investment in determining whether an expropriation has taken place.

134. International tribunals treat the severity of the economic impact caused by a regulatory measure as an important element in determining if the measure constitutes an expropriation requiring compensation. One question often asked is whether the challenged governmental measure resulted in “substantial deprivation” of the investment or its economic benefits. Thus, the tribunal in *Occidental v. Ecuador* applied “the criterion of substantial deprivation” in determining whether the imposition of an Ecuadorian tax constituted an indirect expropriation. In *CMS v. Argentina*, which also relates to the Argentine crisis of 2001-2003, the claimant, an investor in a gas transportation company, alleged that Argentina’s decision to suspend a tariff adjustment formula for gas transportation during the crisis constituted an indirect expropriation. In evaluating this claim, the tribunal, after reviewing the relevant arbitral jurisprudence, stated that ‘the essential question is to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized,’ because ‘the standard where indirect expropriation is contended is that of *substantial deprivation*.’ (emphasis added) Moreover, such deprivation must have permanent or lasting results. For example, in *LG&E v. Argentina*, the tribunal found that the effects of Argentina’s measures on the claimants’ investment were not permanent, stating that such measures could not constitute expropriation “without a permanent, severe deprivation of LG&E’s rights with regard to its investment, or almost complete deprivation of the value of LG&E’s investment.” Thus, in applying the provisions of the three BITs applicable to these cases, this Tribunal will have to determine whether they effected a substantial, permanent deprivation of the Claimants’ investments or the enjoyment of those investments’ economic benefits.

135. The Claimants in their pleadings complained against Argentina’s “Measures,” referring collectively to numerous actions taken by Argentina from the time that the crisis began to emerge in 1999 until the Concession was terminated in 2006. In order to evaluate the expropriatory nature of these numerous measures, the Tribunal must examine them individually. Basically, the measures of which the Claimants complain fall into three categories: 1) acts of a general legal or regulatory nature, not directed specifically at AASA or the Claimants, enacted to cope with the financial crisis and its aftermath; 2) the failure of the Argentine government in response to AASA’s repeated requests to revise the tariff charged to users by the Concession during and after the crisis; and 3) the actions taken by the Argentine government at the time of the termination of the Concession. The Tribunal will examine the nature of these three categories of measures to determine whether they constituted measures of expropriation under the applicable BITs. (...)

138. Claimants in several other investor-State arbitrations arising out of the 2001-2003 crisis have alleged that Argentina’s measures to deal with the crisis constituted acts of indirect expropriation. In nearly all of those cases, the tribunals rejected that claim on the grounds that those measures did not amount to a permanent, substantial deprivation of the economic substance of the

investment. In only one case, *Siemens v. Argentina* did a tribunal find that Argentina's actions constituted expropriation. In that case, the tribunal did not find that general measures enacted by Argentina to deal with the crisis were expropriations but rather that a specific government decree terminating Siemens' contract with the Argentine government was an expropriation.

139. As numerous cases have pointed out, 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. The *American Law Institute's Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* underscores this point when it states that "... a State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from *bona fide* general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action that is commonly accepted as within the police power of States, if it is not discriminatory..." In the context of investment disputes, the doctrine of police powers has been referred to, for instance, in *Methanex v. United States* and *Saluka v. the Czech Republic*. In this latter decision, the tribunal noted that "the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are 'commonly accepted as within the police power of States' forms part of customary law today".

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal llegó a la conclusión de que las medidas adoptadas por Argentina no constituían una expropiación y, por tanto, no suponían una violación de las obligaciones contraídas convencionalmente por dicho Estado, sin perjuicio de que pudieran resultar contrarias a otros preceptos del APPRI y engendrar responsabilidad para Argentina por esta causa:

"140. In analyzing the measures taken by Argentina to cope with the crisis, the Tribunal finds that, given the nature of the severe crisis facing the country, those general measures were within the general police powers of the Argentine State, and they did not constitute a permanent and substantial deprivation of the Claimants' investments. Although they may have negatively affected the profitability of the AASA Concession, they did not take or reduce the property rights of AASA or its investors and did not affect the ability of AASA to hold the Concession and to direct its operations and activities. The Tribunal therefore concludes that such measures did not violate the above quoted BIT articles with respect to direct or indirect expropriation. (...)

144. In support of its expropriation claims arising out of Argentina's exercise of its regulatory powers or failure thereof, the Claimants rely particularly on the cases of *CME* and *Vivendi II*. In both of those cases, the Claimants had lost their investments as a result of State measures, and the tribunals in both cases found that expropriations had taken place. With respect to the former case, the present Tribunal notes that *Lauder v. Czech Republic*, which the Claimants did not

discuss in their pleadings, dealt with identical facts to those of the *CME case* and a similar BIT, but concluded that the Czech government's measures in that case did not constitute an expropriation, thus significantly diminishing the precedential value of *CME*. Moreover, in *CME*, the challenged Czech government action was an affirmative action by the government whereas in the present cases the Claimants are complaining of Argentina's failure to exercise its regulatory powers affirmatively in favor of AASA. With respect to *Vivendi II*, which did not arise out of the Argentine crisis of 2001-2003, the provincial government undertook a series of deliberate actions, such as forbidding the collection of unpaid waters and sewage bills in the courts, which had the effect of depriving the concessionaire of the means of enforcing legitimate monetary claims necessary for the economic viability of its enterprise. In the present case, the governmental authorities took no such similar actions against AASA or the Claimants.

145. An indirect expropriation requires a substantial deprivation of an investment. No such substantial deprivation occurred as a result of Argentina's refusal to revise the tariffs to be applied by AASA. Throughout the period 1999-2006, AASA remained in control of the Concession and its authority to manage and direct the operation of the water and sewage system was undiminished. The Tribunal therefore concludes that Argentina's failure to revise the tariff, despite AASA's repeated requests during this period, did not constitute either a direct or indirect expropriation of the Claimants' investment in AASA.

146. On March 21, 2006, Argentina abruptly took measures to terminate the Concession granted to AASA in 1993 and to retake possession of the water distribution and waste water systems that had been the subject of the Concession. Moreover, Argentina also liquidated the performance bond which AASA and the Claimants had established to guarantee their performance under the Concession. Did such measures constitute either a direct or indirect expropriation of the Concession? (...)

148. In order to determine whether an expropriation has taken place as a result of Argentina's termination of the Concession, the Tribunal must examine and analyze the rights held by AASA in the Concession. Neither AASA nor its shareholders owned or had any property rights in the physical assets of the water and sewage system of Buenos Aires. Had they owned the system, a seizure of that system by the Argentine government would have constituted an expropriation and the Claimants would have been entitled to protection under the expropriation provisions of the BITs applicable to these cases. Instead, AASA held contractual rights as a Concessionaire to operate that system and to derive income from that operation. That Concession gave AASA certain rights, which included the right to collect revenues generated by tariffs paid by consumers during a period of thirty years. But AASA's rights to that revenue and to continue to operate the water and sewage system of Buenos Aires were by no means absolute, as the Claimants seem to suggest in their pleadings.

Those rights were subject to various conditions concerning such matters as efficiency, adequacy of service, and achievement of investment commitments for improvement and expansion of the system, among others. Moreover, as discussed above, the Concession Contract specifically granted the Argentine government the right to terminate the Concession due to the fault of the Concessionaire and to retake possession of the water and sewage system.

149. In September 2005, AASA itself had sought to abandon the Concession. Argentina denied that request. AASA's request placed a certain pressure on Argentina to plan for the eventuality of AASA's unilateral withdrawal. Subsequently, faced with a deteriorating situation and confronted with the overwhelming need and public duty to assure the continued provision of water and waste water services to millions of people in a vast urban area, the Argentine government invoked its rights under the Concession Contract and terminated the Concession, alleging various deficiencies of the Concessionaire, in particular excessive levels of nitrates in the water being delivered by the Concessionaire. Argentina argues that under the Concession Contract it had the right to terminate the Concession for serious fault and that alleged high levels of nitrates constituted such a serious fault. During the attempt to renegotiate the Concession Contract, the Argentine regulatory authorities had also imposed various high fines on AASA for certain deficiencies in operation.

152. Under that legal framework, Argentina had a right to terminate the Concession Contract upon certain conditions, mentioned above. In January 2006, it purported to exercise its contractual rights when it terminated the Concession with AASA. In this regard, the situation was different from that existing in the *Norwegian Shipowners Claims Case*, the *Chorzów Factory Case*, and the *CME v. Czech Republic Case*, on which the Claimants rely. In those cases, the respondent State was interfering in a contract between the claimants and a third party. In the present case, the Respondent was taking action with respect to a contract to which it was a party and whose terms gave it a right to terminate under certain conditions. The Tribunal also notes that *Lauder v. Czech Republic*, which the Claimants did not discuss in their pleadings, dealt with identical facts to those of the *CME case* and a similar BIT, but which concluded that the Czech government's measures in that case did not constitute an expropriation.

153. In investor-State arbitrations which involve breaches of contracts concluded between a claimant and a host government, tribunals have made a distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis*, that is to say, actions by a State in exercise of its sovereign powers and actions of a State as a contracting party. It is the use by a State of its sovereign powers that gives rise to treaty breaches, while actions as a contracting party merely give rise to contract claims not ordinarily covered by an investment treaty [...]

156. In its assessment of the existence of a treaty breach, the Tribunal has taken into account, insofar as relevant, the contractual conduct of Argentina. It concludes, however, that measures taken by Argentina to terminate the Concession were ostensibly an exercise of its contractual rights but not measures of expropriation. Therefore, irrespective of the conclusions that the dispute settlement processes applicable to the Concession Contract and the Performance Bond may yield, the Tribunal concludes that Argentina's conduct in this regard was not in breach of the expropriation clauses of the BITs".

Una posición similar mantienen los Tribunales encargados de resolver el caso *AWG Group Ltd. c. Argentina* (párs. 128-157); y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina* (párs. 117-145).

6. La compensación por pérdidas en caso de conflictos armados

7. La libre transferencia de los capitales

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

En los casos *AWG Group Ltd. c. Argentina*; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*; y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, el Tribunal arbitral encargado de resolver las demandas interpuestas contra Argentina con motivo del incumplimiento de los contratos sobre abastecimiento de agua potable y saneamiento en las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, rechazó la defensa de estado de necesidad alegada por Argentina basándose en el Artículo 25 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y las cláusulas de limitación de responsabilidad previstas en los APPRI celebrados entre Francia/Argentina, España/Argentina y Reino Unido/Argentina para casos de pérdidas derivadas de conflicto armado, disturbios civiles y/o emergencia nacional.

En esta ocasión nos vamos a referir al laudo dictado en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina*, si bien podemos encontrar posiciones similares tanto en el caso *AWG Group Ltd. c. Argentina* (párs. 249-271), como en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. Argentina* (párs. 249-271):

"146. Argentina asserts that the actions of the Province of Santa Fe with respect to APSF and the Claimants were a legitimate exercise of its police powers both under international law and Argentine law and that such police powers are therefore a complete defense to any alleged treaty violations, not only with respect to the Claimants' expropriation claims but also with respect to their claims of Argentina's denial of full protection and security and fair and

equitable treatment. In making this argument, it relies particularly on Article 10 (5) of the Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States For Injuries to Aliens, particularly its provision that an “uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property which results from ... a general change in the value of currency....shall not be considered wrongful...” if such measure is non- discriminatory, not the result of a violation of Draft provisions on the right to a fair trial, not an unreasonable departure from generally recognized principles of justice, and not an abuse of powers.

147. While this Tribunal does not pronounce on the legal authority of the Draft, it does acknowledge that States have a legitimate right to exercise their police powers to protect the public interest and that the doctrine of police powers, as the above-quoted excerpt from the Draft clearly states, has been particularly pertinent in cases of expropriation where tribunals have had to balance an investor’s property rights with the legitimate and reasonable need for the State to regulate. Those cases and the police powers doctrine are inapplicable in the present dispute because the Tribunal has already ruled that the Claimants have not suffered an expropriation because they have not been deprived of their property rights by Argentina’s measures.

148. The police powers doctrine is a recognition that States have a reasonable right to regulate foreign investments in their territories even if such regulation affects investor property rights. In effect, the doctrine seeks to strike a balance between a State’s right to regulate and the property rights of foreign investors in their territory. However, the application of the police powers doctrine as an explicit, affirmative defense to treaty claims *other* than for expropriation is inappropriate, because in judging those claims and applying such principles as full protection and security and fair and equitable treatment, both of which are considered in subsequent sections of this Decision, a tribunal must take account of a State’s reasonable right to regulate. Thus, if a tribunal finds that a State has violated treaty standards of fair and equitable treatment and full protection and security, it must of necessity have determined that such State has exceeded its reasonable right to regulate. Consequently, for that same tribunal to make a subsequent inquiry as to whether that same State has exceeded its legitimate police powers would require that tribunal to engage in an inquiry it has already made. In short, a decision on the application of the police powers doctrine in such circumstance would be duplicative and therefore inappropriate. (...)

232. Argentina argues that it adopted the measures in order to safeguard the human right to water of the inhabitants of the country. Because of its importance to the life and health of the population, Argentina states that water cannot be treated as an ordinary commodity. Because of the fundamental role of water in sustaining life and health and the consequent human right to water, it maintains that in judging the conformity of governmental actions with treaty obligations this Tribunal must grant Argentina a broader margin of discretion in

the present case than in cases involving other commodities and services. In order to judge whether a treaty provision has been violated, for example the provision on fair and equitable treatment, Argentina argues that this Tribunal must take account of the context in which Argentina acted and that the human right to water informs that context. (...)

236. The severity of a crisis, no matter the degree, is not sufficient to allow a plea of necessity to relieve a state of its treaty obligations. The customary international law, as restated by Article 25 of the ILC Articles, quoted above, imposes additional strict conditions. The reason of course is that given the frequency of crises and emergencies that nations, large and small, face from time to time, to allow them to escape their treaty obligations would threaten the very fabric of international law and indeed the stability of the system of international relations. It is for this reason that the International Court of Justice, other tribunals, and scholars have warned of the defense's exceptional nature and of the strict conditions surrounding its application. (...)

242. The Tribunal finds that a combination of endogenous and exogenous factors contributed to the Argentine crisis at the beginning of this century. Among Argentina's contributing factors to the crisis were excessive public spending, inefficient tax collection, delays in responding to the early signs of the crisis, insufficient efforts at developing an export market, and internal political dissension and problems inhibiting effective policy making. In listing these factors, the Tribunal does not by any means intend to minimize the substantial external forces that were buffeting the Argentine economy. Its intent is to show that Argentina itself contributed to its situation of emergency. In this regard, this Tribunal must agree with the tribunal in *CMS v. Argentina*, which stated that "[t]he issue, however, is whether the contribution to the crisis by Argentina has or has not been sufficiently substantial. The Tribunal, when reviewing the circumstances of present dispute, must conclude that this was the case. The crisis was not of the making of one particular administration and found its roots in the earlier crisis of the 1980s and evolving governmental policies of the 1990s that reached a zenith in 2002 and thereafter. Therefore, the Tribunal observes that government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter." One might also suggest if external, global factors alone had created Argentina's crisis, it is surprising that other countries did not experience a crisis of equal magnitude at the time.

243. In sum then, the Tribunal denies Argentina's plea of the defense of necessity against the Claimants' claims of BIT violations, because Argentina's and the Province's measures in violation of the BITs were not the only means to satisfy its essential interests and because Argentina itself contributed to the emergency situation that it was facing in 2001-2003".

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

Durante el período de referencia para la presente crónica se han adoptado dos laudos sobre el fondo y dos decisiones sobre la responsabilidad, que tienen muy en cuenta sectores normativos pertenecientes al ordenamiento internacional y distintos al DI de las inversiones en sentido estricto.

El primer caso que debemos comentar es *Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) c. Ecuador*. El razonamiento del Tribunal arbitral en este litigio llega hasta cuestionarse el contenido de lo que son los “effective means of asserting claims and enforcing rights”, que constituyen un elemento de la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras. En este caso el Tribunal empleó el DI de los derechos humanos para contestar a la pregunta de los estándares aplicables para los “medios efectivos”. En concreto, se trataba de interpretar el Artículo II.7 del APPRI Estados Unidos de América/Ecuador, donde se establece la obligación del Estado de ofrecer “effective means of asserting claims and enforcing rights”. El Tribunal señaló lo siguiente:

“241. The Tribunal recalls the text of Article II (7) of the BIT: Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations. BIT provisions such as this one are relatively rare. They appear only in U.S. BITs, the Energy Charter Treaty, and a handful of other BITs. Only three cases considering such provisions have been brought to the attention of this Tribunal, those of *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, *Amto v. Ukraine*, *Duke Energy v. Ecuador*.

242. The obligations created by Article II (7) overlap significantly with the prohibition of denial of justice under customary international law. The provision appears to be directed at many of the same potential wrongs as denial of justice. The Tribunal thus agrees with the idea, expressed in *Duke Energy v. Ecuador*, that Article II (7), to some extent, “seeks to implement and form part of the more general guarantee against denial of justice.” Article II (7), however, appears in the BIT as an independent, specific treaty obligation and does not make any explicit reference to denial of justice or customary international law. The Tribunal thus finds that Article II (7), setting out an “effective means” standard, constitutes a *lex specialis* and not a mere restatement of the law on denial of justice. Indeed, the latter intent could have been easily expressed through the inclusion of explicit language to that effect or by using language corresponding to the prevailing standard for denial of justice at the time of drafting. [...]

244. In view of the above considerations and the language of Article II (7), the

Tribunal agrees with the Claimants that a distinct and potentially less-demanding test is applicable under this provision as compared to denial of justice under customary international law. The test for establishing a denial of justice sets, as the Respondent has argued, a high threshold. While the standard is objective and does not require an overt showing of bad faith, it nevertheless requires the demonstration of “a particularly serious shortcoming” and egregious conduct that “shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”. By contrast, under Article II (7), a failure of domestic courts to enforce rights “effectively” will constitute a violation of Article II (7), which may not always be sufficient to find a denial of justice under customary international law. Given the related genesis of the two standards, the interpretation and application of Article II (7) is informed by the law on denial of justice. However, the Tribunal emphasizes that its role is to interpret and apply Article II (7) as it appears in the present BIT. [...]

253. Therefore, all cases had been pending for at least 13 years at the time of commencement of the present arbitration. Thirteen years is a significant period, but the Tribunal does not find that a specific amount of delay alone results in an automatic breach of Article II (7) of the BIT. The Tribunal must also consider evidence regarding the reasons for the 13 or more years of delay in each of the seven court cases to ascertain whether the delay was undue.

254. The Tribunal considers that neither the complexity of the cases, nor the Claimants’ behavior justify this delay. These cases involve very significant sums of money, but are in essence straightforward contractual disputes. At most, these cases may be considered cases of average complexity due to the submission of expert reports and laborious calculations required for the assessment of damages. The cases, however, cannot be considered so complex as to justify many years of delay in deciding them. Indeed, the recent court decisions on the merits of two of TexPet’s cases do not make mention of or otherwise demonstrate the existence of any extraordinary complexity encountered in the resolution of these disputes. The fact that all seven cases have suffered similar delays, including the most simple and straightforward amongst them (i.e., the Refinancing Agreement case), further convinces the Tribunal that this factor does not justify the delay. [...]

275. Accordingly, in view of the Tribunal’s decision that Article II (7) of the BIT constitutes a *lex specialis* with greater specificity than the customary law standard of denial of justice and that a breach of Article II (7) for undue delay was complete by the date of the Notice of Arbitration, prior to the issuance of any relevant decision by the Ecuadorian courts, further consideration of the Claimants’ allegations of denial of justice by undue delay or manifestly unjust decisions is unnecessary. Any additional breach of the BIT or – in view of Article VI (1) (a) – of customary international law is not relevant unless it leads to further damages”.

Como puede apreciarse a partir de la lectura de este fragmento, el Tribunal hizo un uso algo insólito de la noción de “denial of justice”, si se compara con el sentido en que viene siendo interpretado en el DI general y, en particular, con el que regula los derechos humanos. Aunque el Tribunal no lo aceptó como estándar para interpretar el sentido del Artículo II.7 del APPRI, reconoce al mismo tiempo que el “denial of justice” del DI general debe “informar” la aplicación del Artículo II.7. Es curioso que el Tribunal terminara empleando los estándares generales para declarar que se había producido una violación del Artículo II.7. Esto se debe a que, según el Tribunal, la duración de procedimientos ante la jurisdicción nacional por trece años, en casos en que ni la complejidad de esos casos ni la conducta del reclamante justifican tanta duración, ha causado una violación que tanto lo sería del DI general como de la norma especial contenida en el Artículo II.7 del APPRI.

El segundo arbitraje de inversiones que nos ocupa se refiere al laudo adoptado en *Piero Foresti y otros c. Sudáfrica*. Se trataba de una reclamación de ciudadanos italianos y empresas luxemburguesas contra el gobierno sudafricano por sus inversiones en empresas mineras sudafricanas. La reclamación argumentaba que la Ley sudafricana para el Desarrollo de los Recursos Minerales y de Petróleo del año 2002 tenía como efecto material la extinción de los derechos de los propietarios de las empresas, porque se preveía en esa ley que una cierta parte de la propiedad de las empresas debe estar en manos de personas de color. Los demandantes alegaban que dicha previsión violaba los APPRI que Sudáfrica había firmado tanto con Luxemburgo como con Italia.

Este caso resulta relevante porque es uno de los pocos donde un Tribunal del CIADI admitió formalmente una declaración presentada por una coalición de Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) en calidad de *amicus curiae*. Estas ONGs presentaron su declaración para poner de relieve la necesidad de que Sudáfrica cumpliera sus obligaciones internacionales en materia de inversiones de manera compatible con sus obligaciones generales en materia de derechos humanos. Además, el Tribunal aceptó por primera vez que se hicieran públicos todos los documentos del caso, a fin de que las organizaciones de derechos humanos los pudieran consultar para preparar sus declaraciones de *amicus curiae*. En el presente caso, el Tribunal se pronunció de manera favorable sobre la política sudafricana de apoderamiento de las personas de color mediante el sistema de cuotas. El Tribunal señaló:

“64. The Claimants argued that their shares in the Operating Companies have been expropriated by operation of the Black Economic Empowerment (“BEE”) equity divestiture requirements established by the twin operation of the Mining Charter and the MPRDA. The Claimants noted that the Mining Charter requires foreign investors to sell 26% of their shares in relevant mining companies to HDSAs. They also argued that, while the Mining Charter asserts that such shares are to be sold at fair market value, the reality is that such equity divestitures cannot take place at fair market value – even if that value is based on the diminished fair market value of the “new order mineral rights” held by the companies.

65. The Claimants argued that this equity divestiture scheme constitutes a direct and/or indirect and/or partial expropriation of the Claimants' shares in the Operating Companies, or measures of equivalent effect, with the first act of the expropriation being the announcement of the divestiture scheme in the Mining Charter.

66. The Claimants argued that the expropriation of their shares in the Operating Companies is unlawful on the following grounds: (i) failure to pay compensation; (ii) lack of due process; and (iii) discrimination. (...)

125. The Claimants forcefully submitted that the Government had imposed deadlines for applications for conversion of old to new order rights but was unprepared to answer the questions that the Claimants regarded as essential preliminaries to the filing of full, detailed applications. It is certainly evident from the papers that there was a considerable delay in the formulation and announcement of detailed governmental policies that would be applied under the BEE legislation to the dimension granite industry. Given the momentous scale of South Africa's social and economic reforms, it was plainly inevitable that legal processes might be slower than those associated with amendments to regulatory legislation in a longer-established economy. That said, it is also understandable that the Claimants, faced with reforms of great significance to their businesses, should be anxious and wishing fervently for a fuller engagement on the part of the Government with the Claimants' questions and problems and a swifter pace of decision-making".

Debido a la terminación anticipada de la controversia entre los inversores y el gobierno sudafricano, el Tribunal se limitó a poner de relieve los argumentos aportados de las partes en relación con la aplicación de la Ley de Apoderamiento de las Personas de Color al caso de la minería. Lejos de condenar esta ley por no garantizar plenamente la inversión en la producción industrial de piedras, en manos de ciudadanos italianos, el Tribunal mostró su comprensión por el proceso de transición política que vive la República de Sudáfrica.

Para finalizar conviene nuevamente referirse a algunos aspectos de los casos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c. Argentina* y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal c. Argentina*, ya comentados en el epígrafe III de esta crónica. A la hora de ponderar la responsabilidad internacional de Argentina en ambos casos, como ya se indicó *supra*, este Estado alegó como circunstancia que le exime de tal responsabilidad que se encontraba en un estado de necesidad. En este contexto, más en particular, el Tribunal analiza si el derecho humano al agua tenía alguna prioridad sobre las obligaciones contenidas en el APPRI.

En el primero de los casos citados, el Tribunal señala lo siguiente sobre la relación entre el derecho humano al agua y las obligaciones internacionales dimanantes del APPRI:

“240. *The third condition for the defense of necessity: Treaty obligation does not exclude the necessity defense.* The texts of the two BITs in question do not specifically exclude or allow the admissibility of a defense of necessity. The *LG&E* case, upon which Argentina relies, involved the application of the U.S.-Argentina BIT which contained a clause stating that nothing in the treaty precluded a Contracting Party from taking “...measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of own essential security interests”. Neither of the BITs applicable to the present case contains such a “non-precluded measures clause.” Argentina has suggested that its human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, *i.e.* human rights *and* treaty obligations, and must respect both of them. Under the circumstances of this case, Argentina’s human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as was discussed above, Argentina could have respected both types of obligations. Viewing each treaty as a whole, the Tribunal does not find that any of them excluded the defense of necessity. Therefore Argentina must be deemed to have satisfied the third condition for the defense of necessity”.

En la parte relevante del laudo correspondiente al caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A c. Argentina*, el Tribunal señaló sobre la relación entre ordenamientos:

“262. (...) Argentina and the *amicus curiae* submissions received by the Tribunal suggest that Argentina’s human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and that the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, *i.e.* human rights *and* treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina’s human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as discussed above, Argentina could have respected both types of obligations”.

Ambos casos confirman una cuestión que ya aparecía implícitamente en los dos asuntos previamente comentados presentados contra Ecuador y contra Sudáfrica: los Estados están obligados a respetar y cumplir todas sus obligaciones internacionales, con independencia de su origen. Además, las obligaciones en materia de derechos humanos no tienen ninguna posición jerárquica superior a las normas internacionales sobre

inversiones. Por tanto, en vez de regirse por un criterio de subordinación, estos sectores normativos se giren por un criterio de coordinación.

V. LA REVISIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

El primer litigio que debemos estudiar en este epígrafe es el caso *Sempra Energy International c. Argentina*. El 29-6-2010 se hacía pública la Decisión sobre la solicitud de anulación del Laudo presentada por la República Argentina ante un Comité *ad hoc* del CIADI en el que éste decidía anular en su totalidad el Laudo de 28-10-2007 por la extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal, de acuerdo con el Artículo 52.1.b) del Convenio CIADI. Un Laudo donde se condenaba a Argentina a pagar la cantidad de 128 millones de dólares.

El Comité *ad hoc* ha basado su decisión de anulación en la causal contemplada en el Artículo 52.1.b), “que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”, al no aplicar el Artículo XI contenido en el APPRI Estados Unidos de América/Argentina. Así, como ya se dijera anteriormente en varias ocasiones, entre otras, en el caso *Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1, traducción del Comité):

“El Comité *ad hoc* se limitará a determinar si el Tribunal aplicó, en efecto las normas de derecho que debía aplicar a la diferencia. La no aplicación de dichas normas de derecho, a diferencia de la sola mala interpretación de tales normas, constituiría una extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal y una causal de nulidad en virtud del Artículo 52 (1) (b) del Convenio”.

Además, el Comité *ad hoc* ha recordado que en el régimen del CIADI el consentimiento es la piedra angular del mismo y que éste se presta por el Estado normalmente en un tratado, mientras que en el caso de los inversores se suele llevar a cabo en la solicitud de inversión. Es el tratado, en este caso el APPRI Estados Unidos de América/Argentina, el que rige las relaciones entre el Estado y el inversor debiendo ser ésta la norma aplicable. El Artículo XI del APPRI Estados Unidos de América/Argentina señala que:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

La primera cuestión que pone de relieve el Comité *ad hoc* es precisamente la de determinar que el Tribunal arbitral decidió no aplicar este Artículo XI a la controversia surgida entre *Sempra Energy International* y Argentina porque, en su opinión, no contenía los elementos necesarios para saber si la crisis financiera alegada por Argentina suponía el contexto necesario básico para aplicar el estado de necesidad a que se hace referencia en este artículo y excluir, por tanto, un ilícito internacional y con ello la responsabilidad del Estado argentino. El Tribunal invocó el Artículo 25 del Proyecto de

artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, es decir, utilizó el DI consuetudinario como medio interpretativo del Artículo XI. En este sentido, señala el Comité *ad hoc* en su párrafo 199 que el contenido del Artículo 25 es muy distinto al contenido del Artículo XI:

“[...] el Artículo 25 se ocupa de la invocación de un Estado Parte de la necesidad “como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado”. El Artículo 25 presupone que se ha cometido un acto que es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y que es, por tanto, “ilícito”. El Artículo XI, por su parte, establece que “[e]l presente Tratado no impedirá” ciertas medidas a fin de que, cuando el Artículo XI resulte aplicable, la adopción de dichas medidas no sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y no sea, por tanto, “ilícita”. El Artículo 25 y el Artículo XI, en consecuencia se ocupan de situaciones muy diferentes. No se puede asumir, entonces, que el Artículo 25 defina el “estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio” a los efectos de interpretar el Artículo XI, y mucho menos que lo hace como norma imperativa del derecho internacional”.

Asimismo, señaló el Comité que:

“201. En tercer lugar, no resultan claras las observaciones del Tribunal del párrafo 378 en cuanto a que “el propio Tratado [es decir, el TBI] no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocación del estado de necesidad. La norma aplicable a dichas materias se encontrará por consiguiente en el derecho consuetudinario” (énfasis agregado). La invocación de un estado de necesidad en virtud de los términos de un tratado bilateral no tiene que ser necesariamente “legitimada” por una “norma” de derecho internacional. Puede no existir una regla que rijta tales cuestiones. Es todavía menos obvio que la regla debe encontrarse en una disposición de derecho consuetudinario que se ocupe de la invocación de necesidad como justificación del incumplimiento de una obligación internacional.

202. En cuarto lugar, nuevamente respecto del párrafo 378, incluso si consideramos que “el derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en lo que se refiere a principios básicos”, tampoco se desprende que: (i) tal “necesidad es sin duda alguna uno de dichos principios básicos” en el sentido de que debe interpretarse y aplicarse de la misma manera en todas las circunstancias, o (ii) que el derecho internacional puede “fragmentarse” si los Estados acordaran otra cosa. Si bien puede haber ciertas normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho consuetudinario, que podrían considerar ilícito que los Estados acuerden la adopción de una disposición inconsistente con dichas normas, este no es el caso. El *jus cogens* no requiere que las partes de un tratado bilateral de inversiones renuncien a la posibilidad de invocar la defensa del estado de necesidad bajo los términos que hayan acordado. Si bien los términos que hayan acordado pueden considerarse política

o económicamente imprudentes, dicha circunstancia no puede redundar en su ilicitud.

203. En quinto lugar, por las mismas razones, la afirmación del párrafo 388 de que “el control judicial debe ... [determinar] si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud” también trae a colación este asunto. La cuestión anterior consistía en determinar si había ilicitud. Como se destacó antes, el Artículo 25 se ocupa de una situación en la que un Estado Parte viola una obligación del Tratado y buscar justificar su incumplimiento mediante la defensa del estado de necesidad. El Artículo 25 esboza las condiciones restrictivas bajo las cuales se puede admitir tal defensa. El Artículo XI del TBI, por otra parte, expresamente establece que el TBI “no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias” con ciertos propósitos u objetivos.

204. Es cierto que el TBI no establece quién debe determinar si las medidas en cuestión son o fueron “necesarias” a los efectos invocados; en otras palabras, si el Artículo XI tiene o no de carácter auto-juzgable. Pero si se considera que las medidas en cuestión son “necesarias”, entonces no hay incumplimiento de obligación alguna del Tratado. No cabe sostener, entonces, que “el control judicial debe [determinar] si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud”.

Así pues, continúa el Comité, una vez que se ha determinado que nos encontramos ante un error de derecho del Tribunal arbitral, se ha de comprobar si tal error consiste bien en la no aplicación del derecho aplicable o bien en la aplicación errónea o incorrecta del derecho. Solamente en el supuesto de que se dé el primer caso se estaría ante el motivo de anulación contemplado en el Artículo 52.1.b) del Convenio CIADI: “que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”, concluyendo el Comité:

“El Tribunal ha sostenido, en efecto, que los criterios sustantivos del Artículo XI simplemente no pueden aplicarse cuando las normas de derecho internacional consuetudinario (...) no conllevan a la eximición en un caso de ilicitud, y que el Artículo 25 “supera” al Artículo XI al proporcionar la norma imperativa a ser aplicada. De esta manera, el Tribunal adoptó el Artículo 25 de los Artículos de la CDI como derecho primario a aplicarse en lugar del Artículo XI del TBI, y al hacerlo, cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable. El Comité, por tanto, arriba a la conclusión de que el Tribunal no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable se encuentra en el Artículo XI del TBI, y que esta no aplicación construye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio CIADI”.

Sin embargo, para que se dé la causal del Artículo 52.1.b) se ha de analizar si la extralimitación de facultades del Tribunal arbitral es manifiesta. En este sentido, abundantes han sido las opiniones de otros Comités *ad hoc* acerca de qué se entiende por “extralimitación manifiesta” de facultades, por ejemplo, en el caso *Wena Hotels Limited c. Egipto* (Caso CIADI N° ARB/98/4, Decisión sobre Anulación de 5-2-2002, pár. 25) o en el caso *CDC Group c. Seychelles* (Caso CIADI N° ARB/02/14, Decisión sobre Anulación de 29-6-2005, pár. 41). Y así, siguiendo aquella línea de opiniones, el Comité *ad hoc* ha señalado en los párrafos 217-219 que:

“(...) el hecho de que el derecho internacional consuetudinario, como indican los Artículos de la CDI, no exime al acto de ilicitud, fue tomado por el Tribunal para concluir que no necesitaba proseguir con su investigación. El Tribunal confirma esto al concluir que, por los motivos mencionados, no hay “necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del Artículo XI (pár. 58 del Laudo). (...) Por los fundamentos expuestos, el Comité considera que se desprende de una simple lectura de los motivos del Tribunal que éste no identificó ni aplicó el Artículo XI del TBI como derecho aplicable que es, y que no lo hizo debido a la presunción de que el lenguaje de esta disposición no estaba, de alguna manera, legitimado por los principios del derecho internacional consuetudinario. La extralimitación de facultades por parte del Tribunal es, por tanto manifiesta”.

Concluye, por tanto, el Comité *ad hoc* que el Laudo dictado el 28-9-2007 debe anularse en su totalidad por haber incurrido el Tribunal arbitral en una extralimitación manifiesta de sus facultades, causal recogida en el Artículo 52.1.b) del Convenio CIADI como motivo de anulación.

En segundo lugar, nos ocupamos del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación del Laudo emitido el 20-8-2007 presentada por la República Argentina de 10-8-2010). Argentina señaló como motivos de anulación los causales a), b), d) y e) del párrafo 1 del Artículo 52 del Convenio CIADI: que el Tribunal se había constituido incorrectamente, que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, que hubo un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento y que no se habían expresado en el Laudo los motivos en que se fundó. El Comité *ad hoc*, para proceder al estudio de las mencionadas causales, las dividió en dos partes: la correcta o incorrecta constitución del Tribunal de arbitraje; y otras causas de anulación.

En cuanto a la primera cuestión, como ha señalado el Comité, debe dilucidarse si era compatible la posición de miembro en la dirección de un banco internacional con la de árbitro internacional. La Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler fue designada miembro del directorio de la entidad *UBS* el 19-4-2006, es decir, antes de la emisión del Laudo que se pretende anular con esta decisión, y, sin embargo, no se tuvo conocimiento de su designación hasta después de emitido aquél. Al respecto ha señalado el Comité, en su párrafo 204, que la compatibilidad:

“(…) concierne a los conflictos de intereses que resultan o pueden resultar cuando se combinan estos cargos y a la forma en que, en esas situaciones, el árbitro debe abordar y manejar estos conflictos presentes o potenciales, en especial en términos de:

- (a) la investigación de cualquier conexión entre el banco y las partes de los arbitrajes pendientes;
- (b) la revelación de tales conexiones a las partes en dichos arbitrajes, si el árbitro desea continuar; y
- (c) la notificación de la designación a las partes, al margen de cualquier conexión que pudieran existir, de manera que éstas puedan estar debidamente informadas”.

Tal y como señala el párrafo 205 de la Decisión, lo que debe apreciar el Comité en la actitud de la Profesora Kaufmann-Kohler, en el caso concreto que nos ocupa, es si supuso una constitución indebida del Tribunal arbitral o bien si hubo un grave quebrantamiento de una norma del procedimiento, pues en ese caso, su comportamiento sería decisivo para apreciar la nulidad del Laudo de acuerdo con Artículo 52 del Convenio CIADI:

“218. Básicamente, esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser. Dado que un banco internacional de importancia tiene conexiones con, o bien tiene un interés en casi todas las grandes empresas internacionales (que también son empresas que tienen más posibilidades de estar involucradas en arbitrajes internacionales), esto sugiere que los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional podrían ser compatibles, o no deberían serlo, en el contexto del arbitraje internacional moderno, o bien no deberían combinarse más.

219. Como mínimo, el Comité *ad hoc* considera que hay razones para ejercer una gran cautela, en especial en los casos del CIADI en los cuales el interés público está frecuentemente en juego.

220. Significa fundamentalmente que cualquiera que aspire a una posición de director en un banco internacional de importancia debería entender el posible alcance de los intereses de dicho banco, y la posibilidad de conflicto debería ser clara, en particular, para todos los árbitros senior y de experiencia que acepten dichas posiciones.

221. Cualquier árbitro que aún así desee combinar ambas funciones debe por ende realizar un esfuerzo especial para tratar apropiadamente y con mucho cuidado los conflictos que puedan surgir.

222. El Comité *ad hoc* considera que esto no solo exige que cualquier árbitro que llegue o haya llegado a ser miembro del directorio de un banco internacional de importancia deba primero investigar en forma específica si el banco tiene alguna conexión con alguna de las partes del arbitraje pendiente o si dicho árbitro tiene algún interés en alguna de ellas; sin embargo, si el árbitro decide, en principio, continuar, también debe notificar a las partes de cada arbitraje de tal conexión o interés. Esto impone un continuo deber de investigación.

223. Esta obligación no puede considerarse cumplida solo por proporcionarle al banco, al momento del nombramiento, una lista de arbitrajes pendientes con una solicitud de que se analice si puede haber conflictos de interés, como aparentemente sucedió en este caso. En cambio, la cuestión principal es analizar si el banco tiene algún interés o conexión con alguna de las partes de los arbitrajes y cuál es la índole de dicha conexión.

224. Esto debe establecerse en primer lugar, y cualquier lista de arbitrajes proporcionada por un árbitro al banco solo puede servir a ese propósito principal. Está claro que la Profesora Kaufmann-Kohler no le solicitó al banco que investigara tales conexiones y que le informara de éstas.

225. Si existían cualquier tipo de conflictos para efectos del banco, esto debía haber sido decidido por el banco mismo. Naturalmente el banco también podía decidir subsecuentemente si deseaba continuar con el nombramiento al directorio o no. No obstante, el banco no puede decidir respecto de estos asuntos por otros, en especial, en lugar de las partes de un arbitraje, que, desde la perspectiva de su arbitraje, pueden tener una visión muy distinta de los conflictos que resultan o podrían resultar de la relación de su árbitro con el banco.

226. Más aún, una vez que se ha investigado y establecido en la forma adecuada y apropiada cualquier relación que pueda existir entre el banco y cualquiera de las partes de los arbitrajes, es el árbitro quien personalmente debe considerar, en primer lugar, esa conexión en términos de una renuncia voluntaria al cargo de árbitro, en forma personal. De lo contrario, tal conexión debe revelarse apropiadamente a las partes, mediante la modificación pertinente de las declaraciones realizadas previamente de conformidad a la Regla 6.

227. Los deberes del árbitro/miembro del directorio no terminan con esas acciones. Dado que el banco podría no poder rastrear con facilidad los múltiples tipos de contactos que pueda tener con cualquiera de las partes de los arbitrajes, también corresponde que al menos se circule un curriculum vitae actualizado a todas las partes del arbitraje, de manera que cada parte pueda decidir por sí misma si hay motivos por los que el árbitro/miembro del directorio no debería desempeñarse como tal, aun cuando cualquier objeción subsiguiente pueda ser mal intencionada.

228. El Comité *ad hoc* entiende que ese es el riesgo que asume un árbitro internacional que desea participar como miembro del directorio de un banco de importancia internacional.

229. En otras palabras, no solo el banco podría desear tener la oportunidad de revisar la posición respecto al (inminente) nombramiento en el directorio después de la revelación de los arbitrajes pendientes del (potencial) miembro del mismo, sino también las partes del arbitraje que puedan ser afectadas. En todo caso, es difícil comprender por qué la Profesora Kaufmann-Kohler notificó al banco de sus arbitrajes existentes, pero no notificó a las partes de sus arbitrajes de su (inminente) cargo en el directorio del banco al mismo tiempo.

230. Las complicaciones que surgieron después en términos de agonía, de la credibilidad del CIADI, y de costos, no solamente en este caso, proveen un vívido y lamentable ejemplo de las consecuencias de la aceptación por parte de un árbitro de un cargo en el directorio de un banco internacional de importancia, sin que se investigue apropiadamente y se revelen las conexiones entre el banco y las partes de sus arbitrajes y también desconociendo sus deberes de información”.

El Comité *ad hoc* ha tenido en cuenta aquí las declaraciones de la Profesora Kaufmann-Kohler en las que señala que no tenía conocimiento de las relaciones entre las demandantes y el banco que presidía. También ha tenido en cuenta el Comité que la decisión por parte de todos los miembros del Tribunal arbitral fue unánime y que no se puso en duda, en el momento de la elección, la imparcialidad de este miembro del Tribunal sino las deficiencias posteriores del proceso. Así, el Comité *ad hoc* concluye que el Tribunal arbitral funcionó correctamente con ambas partes y, por tanto, no puede anular el Laudo dictado atendiendo a estas consideraciones:

“238. En este caso, sin embargo, los hechos siguen siendo que, a pesar de las más graves deficiencias, en estas circunstancias, el ejercicio del criterio independiente de la Profesora Kaufmann-Kohler conforme al Artículo 14 del Convenio CIADI no se vio perjudicado. Por ende, el Tribunal era funcional y operó en forma adecuada respecto de ambas partes.

239. Habiendo ampliamente considerado todos los argumentos, el Comité *ad hoc* después de largas deliberaciones ha llegado a la conclusión que no existe fundamento suficiente para anular el Segundo Laudo.

240. Al concluir esto, el Comité *ad hoc* se ve obligado a tener en cuenta que sería injusto denegarle a las Demandantes el beneficio del Laudo ahora que no existe ninguna diferencia justificable en el resultado. Si bien las Demandantes nombraron originalmente a la Profesora Kaufmann-Kohler y pueden haber sentido que tenían la responsabilidad de defenderla en el procedimiento de

anulación, éstas no tienen ninguna responsabilidad por sus acciones u omisiones”.

Por lo que se refiere a las otras causas de anulación, la tarea del Comité *ad hoc* se centró en responder a los siguientes argumentos contra la decisión del segundo Tribunal, a saber: extralimitación manifiesta de sus facultades; el laudo se había basado sobre pruebas inadecuadas; y tampoco había respondido adecuadamente a las pretensiones pertinentes ni expresaba apropiadamente los motivos. En este sentido, con carácter preliminar, el Comité *ad hoc* establece:

“247. Con respecto a estas tres causales de anulación, el Comité *ad hoc* desea realizar las siguientes observaciones.

(i) Hay consenso respecto de que el Artículo 52 no introduce un mecanismo de apelación, sino solo un mecanismo diseñado para conservar y fortalecer la integridad del procedimiento del CIADI. En este sentido, la posibilidad de anulación contemplada en el Tratado se basa en causas específicas y limitadas.

(ii) El Comité *ad hoc* entiende que esto significa que, conforme al Artículo 52 (1) (b) y (d), debe haber un caso *prima facie* para anulación, como lo señalan los términos “manifiestamente” y “quebrantamiento grave”. En particular, estas secciones no pueden ser usadas efectivamente para reiniciar el caso completo ante el Comité *ad hoc*. En su lugar, la Demandada debe ser precisa e identificar específicamente cada instancia respecto a la cual reclama bajo estos numerales en términos de un caso de anulación *prima facie*.

(iii) El Artículo 52 (1) (e) modela más en términos similares a los de una apelación ordinaria, pero, en la opinión del Comité *ad hoc*, el estándar es que el razonamiento utilizado por el Tribunal debe haber sido plausible, lo que significa adecuado para comprender cómo el Tribunal tomó sus decisiones, dándosele el beneficio de la duda si hay lugar para una diferencia de opiniones al respecto. El Comité *ad hoc* considera que solo de esta manera la naturaleza y la función del Artículo 52 (1) (e) se pueden entender y salvaguardar adecuadamente”.

En primer lugar, respecto a la metodología y a los detalles del cálculo de la indemnización, así como de los intereses el Comité quiso dejar bien claro que utilizó el método propuesto originalmente por Argentina. Además señaló que, de los testimonios que se presentaron ante el Tribunal, está dentro de sus facultades y su poder discrecional elegir uno y no otro sin que se pueda entender que los motivos expresados por aquél no fueron suficientes:

“255. El Comité *ad hoc* considera que el enfoque de los ‘montos invertidos’ tomado por el Tribunal se encontraba dentro del margen de valoración del Tribunal. Fue el método propuesto originalmente por la Demandada y redujo considerablemente la indemnización solicitada. En cuanto al cálculo final, el

Tribunal invocó el testimonio del Sr. Régis Hahn, respaldado por el testimonio experto que estableció que la deuda de CAA a Vivendi ascendía a USD 75 millones en 2005 (aparte de una inversión de capital de USD 30 millones). El Tribunal se pronunció dentro de sus facultades, cuando optó por ese testimonio sobre otros. Las pruebas periciales producidas no eran inadecuadas y los motivos expresados no fueron insuficientes.

256. En relación con el tema de intereses y su cálculo, el Comité *ad hoc* considera que no existe *ultra petita*, incluso en relación con el asunto de determinar la fecha de inicio del cálculo de los intereses a pagar a las Demandantes, dado que el otorgamiento de intereses, así como la valuación de la compensación, cae dentro del poder discrecional del Tribunal a la luz de las circunstancias particulares del caso. No existe ninguna indicación que se abusara de dicha discreción.

257. Por ende, la omisión de expresar razones específicas en este sentido, no puede ser considerado como un fundamento suficiente para la anulación de conformidad con el Artículo 52 (1) (e), dado que las razones expresadas dentro del contexto del enfoque del Tribunal respecto a la evaluación de los daños a ser compensados puede ser entendidos como que cubren el tema de los intereses”.

En segundo lugar, respecto a la nacionalidad de la *Compañía de Aguas del Aconquija SA*, no puede el Comité *ad hoc* entender que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir que la sociedad era un inversionista de acuerdo con el APPRI cuando ya, durante la anulación parcial por parte del primer Comité *ad hoc*, se trataron otros temas omitiéndose éste:

“258. Respecto de la cuestión de la nacionalidad de CAA planteada por la Demandada bajo el Artículo 52 (1) (b), el Primer Tribunal y el Primer Comité *ad hoc* ya consideraron esta cuestión. Ellos resolvieron en forma unánime que CAA era inversionista bajo el Artículo 1 (2) (c) del TBI Argentina-Francia. La anulación parcial del Primer Comité de Anulación se refirió a otros asuntos. Por ello, no puede aceptarse que el Segundo Tribunal, se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades al confirmar esta conclusión”.

Con relación a la cuestión del derecho aplicable, el Comité ha señalado que:

“259. Respecto a la cuestión del derecho aplicable, también planteada por la Demandada en virtud del Artículo 52 (1) (b), existe una conocida confusión respecto al significado del Artículo 42 del Convenio del CIADI. El derecho aplicable al TBI era, bajo su Artículo 8 (4), las leyes de Argentina. La Demandada considera que la no aplicación de esta ley es una manifiesta extralimitación de las facultades del Segundo Tribunal.

260. Aún cuando la inapropiada aplicación de la ley aplicable no está directamente mencionada como una causal de anulación bajo el Artículo 52 (1)

(b), es generalmente aceptado que esto puede llegar a considerarse como una causal de anulación bajo este Artículo y este asunto por ende requiere una consideración adicional.

261. Para comprender debidamente la cláusula sobre la ley aplicable del Artículo 42, debe considerarse que al momento en que el Convenio del CIADI fue promulgado, el mecanismo normal de resolución de disputas estaba basado en una cláusula de arbitraje contractual. En los casos basados en TBI, el énfasis es esencialmente respecto a una violación de derecho internacional en el sentido de que se alega que el estado anfitrión ha violado los estándares de tratamiento que se otorgan a los inversores extranjeros bajo el TBI en cuestión.

262. El resultado fue una distinción entre los reclamos contractuales y reclamos bajo los tratados. Respecto a los últimos, se aplica el derecho internacional. Es posible que surjan cuestiones de otras leyes al considerar las acciones de las partes, por ejemplo, con respecto al asunto del cumplimiento de buena fe de los contratos de concesión; pero no hay nada en el Segundo Laudo que sugiera que el Segundo Tribunal, que en los párrafos 7.3.9 y siguientes hiciera distinciones similares, siguiendo al Primer Comité *ad hoc* que también lo hizo, haya sobrepasado sus facultades respecto de la aplicación de lo que consideró el derecho pertinente, mucho menos, manifiestamente”.

En cuarto lugar, el Comité *ad hoc* señala que ciertas cuestiones relacionadas con la jurisdicción no pueden ser revisadas en anulación si no llegan a convertirse en causas de anulación:

“263. En cuanto a la cuestión jurisdiccional planteada conforme al Artículo 52 (1) (b) y (e), el Segundo Tribunal consideró que las cuestiones de jurisdicción eran res judicata (excepto el argumento de la ausencia de poderes adecuados para algunos de los abogados de las Demandantes, lo cual fue desestimado). Además, estas cuestiones no se pueden revisar en un procedimiento de anulación, salvo que lleguen al nivel del criterio de anulación establecido en el Artículo 52 (1). El Comité *ad hoc* resuelve que, también en este aspecto, no hubo ni una extralimitación manifiesta de las facultades ni un razonamiento insuficiente”.

VI. EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Los arbitrajes de inversiones analizados en la presente edición de la crónica ponen de relieve varias cuestiones de importancia desde la óptica de las relaciones entre el DI público y el DI económico.

En primer lugar, existe una incipiente tendencia en este sector normativo por abordar cuestiones que exceden el ámbito del DI económico y fluyen hacia otros sectores normativos del DI como los derechos humanos y el medio ambiente. Una tendencia bien es cierto que los tribunales barajan con cautela, pues su mandato jurisdiccional no se extiende a estas materias. En cualquier caso, resulta evidente que en el futuro estas interacciones de carácter material están llamadas a incrementarse.

En segundo lugar, en lo que respecta a ciertas cuestiones de jurisdicción y las decisiones sobre la adopción de medidas provisionales se aprecia una aceptación por parte de la jurisprudencia arbitral de algunos modelos e instituciones desarrolladas por la Corte Internacional de Justicia; en lo que constituye sin duda un excelente ejemplo de *cross-fertilization* o interacción procesal entre los distintos órganos internacionales de carácter jurisdiccional.

En tercer lugar, pese a que los APPRI establecen una serie de estándares de protección de la inversión muy característicos, los recientes arbitrajes de inversiones evidencian la necesidad cada vez más patente de interpretar tales estándares mediante las instituciones propias del DI de la responsabilidad, cuyas normas han sido aceptadas por los Tribunales arbitrales como parte del ordenamiento internacional consuetudinario. En este caso, por tanto, se podría convenir que también existe una interacción de carácter formal entre el DI económico y el DI general.

Y, en cuarto lugar, debemos prestar atención a todos aquellos problemas planteados como consecuencia del nombramiento de los árbitros y/o el Presidente del órgano arbitral, un expediente directamente relacionado con la correcta administración del proceso. En la práctica española el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* puso de relieve el complejo equilibrio que debe mantenerse entre los principios de transparencia, celeridad e imparcialidad en el momento de seleccionar la composición de los miembros del Tribunal. En nuestros días, ante el exponencial incremento de este tipo de procedimientos arbitrales, cabe también esperar un aumento considerable de las recusaciones de árbitros.