

# CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2015)\*

**Coordinador: Francisco Pascual Vives<sup>1</sup>**  
**Redactores: Laura Aragonés Molina<sup>2</sup>; Björn Arp<sup>3</sup>;**  
**Fernando Lozano Contreras<sup>4</sup>; Millán Requena Casanova<sup>5</sup>;**  
**y José Ángel Rueda García<sup>6</sup>**

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

## I. INTRODUCCIÓN<sup>7</sup>

En nuestra sexta «Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras» se analizan diecisiete arbitrajes de inversiones que han sido resueltos durante el año 2015. Como viene siendo habitual se exponen los apartados de las decisiones y laudos que entendemos de interés desde la perspectiva de la práctica española. Conviene advertir que, salvo indicación *a contrario*, las notas al pie incluidas en todos los documentos expuestos en esta crónica se han omitido. En el apartado final, además de dar cuenta de algunos de los acontecimientos más importantes en la materia para la práctica española, destacamos varias novedades derivadas del incipiente ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas por parte de la Unión Europea (UE) tanto desde una perspectiva intracomunitaria, como

---

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

<sup>1</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá ([f.pascualvives@uah.es](mailto:f.pascualvives@uah.es)). Redacta los epígrafes V y VII.

<sup>2</sup> Profesora Visitante de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá ([laura.aragones@uah.es](mailto:laura.aragones@uah.es)). Redacta los epígrafes I y V.

<sup>3</sup> Doctor en Derecho y Abogado ([arp@american.edu](mailto:arp@american.edu)). Redacta el epígrafe IV.

<sup>4</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá ([jfernando.lozano@uah.es](mailto:jfernando.lozano@uah.es)). Redacta el epígrafe III.

<sup>5</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante ([millan.requena@ua.es](mailto:millan.requena@ua.es)). Redacta el epígrafe II.

<sup>6</sup> Doctor en Derecho y Asociado Principal de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira ([joseangel.rueda@cuatrecasas.com](mailto:joseangel.rueda@cuatrecasas.com)). Redacta los epígrafes VI y VII.

<sup>7</sup> Epígrafe elaborado por la Profa. Laura Aragonés Molina.

desde el plano de la acción exterior, aportando además documentación y materiales de la práctica europea que consideramos de interés para España.

Por orden de publicación, en primer lugar, se presenta el caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/05/1), en el que *Daimler Financial Services AG* (en adelante, *Daimler*) solicitó la anulación parcial del Laudo emitido el 22-8-2012, comentado en nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp. 17-25), en un procedimiento regido conforme al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (*BOE*, 13-9-1994) y a las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Reglas de Arbitraje del CIADI) y basado en el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrado entre Alemania y Argentina (firmado el 9-4-1991). *Daimler* fundamentó su solicitud de anulación en tres causas previstas en el artículo 52 del Convenio CIADI, a saber: 1) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; y 3) falta de motivación del laudo. La comisión *ad hoc* compuesta por E. Zuleta (colombiano) como Presidente, F.P. Feliciano (filipino) y M. Ali Khan (paquistaní), como árbitros, rechazó la solicitud en su totalidad mediante Decisión de 7-1-2015.

En segundo lugar, en el caso *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/11/17), el órgano arbitral compuesto por G. Kaufmann Kohler (suiza) en calidad de Presidenta, y E. Zuleta (colombiano) y R.E. Vinuesa (argentino-español), como árbitros, ventiló la controversia al calor del APPRI celebrado entre Perú y Francia (firmado el 6-10-1993), en un procedimiento sustanciado conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. *Renée Rose Levy y Gremcitel* (en adelante, las demandantes) fundamentaron su demanda en el incumplimiento por Perú de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo a su inversión conforme establece el artículo 3 del citado APPRI, debido a una resolución sobre la delimitación de zonas arqueológicas e históricas, dictada por el Instituto Nacional de Cultura, que afectaba a ciertos terrenos propiedad de las demandantes y que frustraba, según ellas, las legítimas expectativas sobre el desarrollo de un determinado proyecto. Perú invocó tres objeciones a la jurisdicción y competencia del tribunal: 1) las demandantes no eran inversoras en los términos del APPRI celebrado entre Perú y Francia; 2) la inversión constituía un abuso de proceso; y 3) las demandantes no poseían una inversión en virtud del Convenio CIADI o del APPRI. Mediante Laudo de 9-1-2015 el órgano arbitral constató que hubo abuso de proceso y, por lo tanto, afirmó que carecía de jurisdicción para conocer del asunto. Por último, ordenó a las demandantes el reembolso a la demandada de las cantidades que hubieran abonado por gastos del proceso, así como el pago de 1.571.858,72 dólares estadounidenses por los honorarios legales y otros gastos en que hubiera incurrido la demandada en este arbitraje.

En tercer lugar, se analiza el caso *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala* (caso CIADI n° ARB/09/5), surgido con ocasión de la solicitud de anulación planteada por *Iberdrola Energía S.A.* (en adelante, *Iberdrola*) contra el Laudo dictado el 17-8-2012, en un procedimiento regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI y

basado en el APPRI celebrado entre España y Guatemala (BOE, 17-6-2004) y que fue objeto de estudio en nuestra tercera crónica (REEI, vol. 25, pp 32-35). *Iberdrola* esgrimió tres causas de anulación contempladas en el artículo 52 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; y 3) falta de motivación del laudo. La comisión *ad hoc* presidida por E. Barros Bourie (chileno) y formada por los árbitros P. Bernardini (italiano) y J.L. Shaw (uruguayo), declaró en su Decisión sobre anulación de 13-1-2015, que no había lugar a la anulación, que cada parte asumiera sus propios costos y por mitad los costos administrativos; por último, levantó la suspensión de la ejecución del Laudo.

En cuarto lugar, en el caso *Señor Tza Yap Shum c. Perú* (caso CIADI nº ARB/07/6), Perú presentó una solicitud de anulación de la Decisión sobre jurisdicción y competencia emitida el 19-6-2009 o, subsidiariamente, del Laudo sobre el fondo dictado en favor del demandante el 7-7-2011, donde un tribunal arbitral presidido por J. Kessler (estadounidense), y formado por los árbitros H. Otero (colombiano) y J. Fernández-Armesto (español), constató que Perú había adoptado una medida equivalente a una expropiación contraria al artículo 4 del APPRI celebrado entre Perú y China (firmado el 9-6-1994) y condenó a Perú al pago de la suma de 786.306,24 dólares estadounidenses al señor Tza Yap Shum. En su solicitud de anulación, Perú invocó tres causas contempladas en el artículo 52 del Convenio CIADI: 1) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; y 3) falta de motivación tanto de la Decisión sobre jurisdicción y competencia, como del Laudo. La comisión *ad hoc* compuesta por D. Hascher (francés), como Presidente, D.M. McRae (canadiense-neozelandés) y K. Hobér (sueco) como árbitros, en su Decisión sobre anulación de 12-2-2015, rechazó la solicitud en su totalidad; ordenó que Perú sufragara el 80% de todos los costos del procedimiento de anulación, asumiendo el señor Tza Yap Shum el 20% restante y dio por terminada la suspensión de la ejecución del Laudo.

En quinto lugar, en el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/11/25), un tribunal arbitral compuesto por J. Fernández-Armesto (español), en calidad de Presidente, F. Orrego Vicuña (chileno) y A. Mourre (francés) en calidad de árbitros, dilucidó la controversia al calor del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela (firmado el 22-10-1991), en un procedimiento sustanciado conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. *OI European Group B.V.* (en adelante, *OIEG*), presentó una demanda contra Venezuela en la que alegaba: 1) haber sufrido una expropiación de su inversión; 2) no haber recibido un trato justo y equitativo; 3) no haber gozado ni de seguridad física ni de protección de su inversión; 4) haber incumplido la demandada sus obligaciones contraídas en relación con el trato que debe darse a las inversiones extranjeras de nacionales holandeses; y 5) no haber gozado de la garantía de transferencia de los pagos relacionados con su inversión. A la luz de estas supuestas violaciones de los estándares de protección del citado APPRI, *OIEG* solicitó una indemnización de 929.544.714 dólares estadounidenses más intereses. Mediante Laudo de 10-3-2015, el tribunal arbitral declaró que: 1) tenía competencia y el CIADI jurisdicción para conocer de la controversia; 2) Venezuela expropió ilícitamente

la inversión de *OIEG*; 3) Venezuela no garantizó a la inversión un trato justo y equitativo; y, 4) Venezuela no cumplió los compromisos asumidos en el artículo 3.4 del APPRI en relación con la inversión de *OIEG*. Por ello, ordenó el pago de una indemnización de 372.461.982 dólares estadounidenses más intereses, así como la suma de 500.000 y 5.250.000 dólares estadounidenses en concepto de costos de procedimiento y gastos de defensa respectivamente, más intereses.

En sexto lugar, se examina el caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/5), ventilado por un tribunal arbitral formado por C. McLachlan (neozelandés), en calidad de Presidente, A. Rigo Sureda (español) y B. Stern (francesa), como árbitros. Las demandantes (en adelante, *Tidewater*) fundamentaron su demanda en el incumplimiento por Venezuela del APPRI celebrado entre Venezuela y Barbados (firmado el 15-7-1994). En particular, *Tidewater* sostenía que tras la promulgación el 7-5-2009 por Venezuela de la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos, así como por los actos administrativos relacionados, sufrió la expropiación directa de la sede principal de *SEMARCA* (sociedad propiedad de *Tidewater* y constituida en Venezuela), operaciones y activos en el Lago de Maracaibo, así como determinados bienes inmuebles en La Cañada. Asimismo, sufrió la expropiación directa de los activos y operaciones de *Tidewater* costa afuera, en el Golfo de Paria, y, como consecuencia de la conducta de la demandada, la expropiación indirecta de los derechos e intereses de *Tidewater* en *SEMARCA*, incluida su participación accionaria. Por Laudo de 13-3-2015, el tribunal arbitral resolvió que Venezuela había expropiado la inversión de *Tidewater* en *SEMARCA* sin el pago de una pronta, adecuada y efectiva indemnización y, por ende, *Tidewater* tenía derecho a recibir una indemnización de 46.400.000 dólares estadounidenses más intereses.

En séptimo lugar, se presenta el caso *Venoklim Holding B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/12/22). La controversia surgió a raíz de la promulgación del Decreto n° 7712, de 10-10-2010 por el Presidente de Venezuela, que ordenaba la adquisición forzosa de los bienes muebles e inmuebles que pertenecían a cinco sociedades venezolanas de las que era accionista mayoritaria *Venoklim Holding B.V.* (en adelante, la demandante). En la primera fase del procedimiento, el órgano arbitral se pronunció sobre las objeciones a la jurisdicción del CIADI invocadas por Venezuela, a saber: 1) falta de consentimiento de la demandante con anterioridad a la denuncia del Convenio CIADI por la demandada; 2) la demandada ya no era un Estado contratante del CIADI cuando se registró la demanda; 3) la Ley de Inversiones de Venezuela no constituía un fundamento válido para la jurisdicción del CIADI; 4) la demandante no era un inversionista internacional por estar controlada por nacionales venezolanos; 5) al referirse al APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela por primera vez en su contestación, la demandante agregó una nueva base de jurisdicción después de haber presentado la demanda, lo que resultaba contrario a las reglas esenciales del procedimiento, en particular, al artículo 36 del Convenio CIADI y a la Regla 2 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; y 6) la denuncia del Convenio CIADI por parte de la demandada impedía que el tribunal tuviera competencia de acuerdo con el APPRI antes citado. El órgano arbitral

constituido por E. Gómez Pinzón (colombiano) como Presidente, y por los árbitros R. Oreamuno Blanco (costarricense) y Y. Derains (francés), aceptó las objeciones a la jurisdicción planteadas por Venezuela basadas en la nacionalidad de la demandante y sus consecuencias, según el artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela y el citado APPRI y mediante Laudo de 3-4-2015 declaró que ni el CIADI tenía jurisdicción, ni el tribunal arbitral competencia para dirimir las reclamaciones presentadas por la demandante.

En octavo lugar, se estudia el caso *Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c. Grecia* (caso CIADI n° ARB/13/8), regido por el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, en el que las demandantes alegaron haberse visto afectadas, como propietarias de bonos emitidos por el Gobierno heleno, por una Ley aprobada por el Parlamento, que requería a los titulares privados de deuda pública griega que aceptaran una reducción del principal o de los intereses o de ambos, debido a la difícil situación económica que atravesaba el país. Las demandantes fundamentaron su demanda en el APPRI celebrado entre Grecia y Chipre (firmado el 30-3-1992) y el APPRI celebrado entre Grecia y Eslovaquia (firmado el 3-6-1991, por entonces entre Grecia y Checoslovaquia). Grecia invocó diversas objeciones a la jurisdicción, a saber: 1) falta de jurisdicción *ratione materiae*, ya que los bonos de *Poštová banka, a.s.* no constituían una inversión en los términos del APPRI entre Grecia y Eslovaquia, ni conforme al Convenio CIADI y, además, *Istrokapital SE* nunca realizó una inversión protegida ni por el APPRI celebrado entre Grecia y Chipre ni conforme al Convenio CIADI; 2) falta de jurisdicción *ratione temporis* y/o abuso de proceso; 3) *Istrokapital SE* no era un nacional de otro Estado contratante conforme al artículo 25.1 del Convenio CIADI y tampoco era un inversor de acuerdo con el APPRI celebrado entre Grecia y Chipre; y 4) las cláusulas de cobertura que invocaban las demandantes no eran aplicables en este caso o no habían demostrado que Grecia tuviera *prima facie* tales obligaciones respecto a su supuesta inversión. El órgano arbitral formado por E. Zuleta (colombiano), en calidad de Presidente, y B. Stern (francesa) y J.M. Townsend (estadounidense), como árbitros, decidió en su Laudo de 9-4-2015 que carecía de jurisdicción *ratione materiae* para resolver la controversia.

En noveno lugar, en el marco del caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/27), Venezuela solicitó la revisión del Laudo de 9-10-2014, comentado en nuestra quinta crónica (*REEI*, vol. 29, pp. 51-52), conforme al artículo 51 del Convenio CIADI y a la Regla 50 de las Reglas de Procedimiento del CIADI. La solicitante alegó que los actos de las demandadas posteriores al Laudo demostraban que éstas no tenían intención de cumplirlo, y si estos hechos hubiesen sido conocidos, hubieran influido decisivamente en la reparación otorgada en el Laudo. En particular, *Mobil* había recibido una indemnización en cumplimiento de un Laudo dictado en un arbitraje paralelo sustanciado ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI); con posterioridad al Laudo, *Mobil* obtuvo de un tribunal federal de los Estados Unidos de América una Orden y Sentencia a instancia de parte por el monto total del Laudo y no mencionó el asunto de la doble indemnización. Por tanto, *Mobil* no reconoció que la reparación debía

reducirse en función del monto total ya pagado en cumplimiento del Laudo del tribunal de la CCI. En su Decisión de 12-6-2015 el órgano arbitral compuesto por G. Guillaume (francés), como Presidente, y los árbitros G. Kaufmann-Kohler (suiza) y A. Sadek El-Kosheri (egipcio), inadmitió la solicitud de revisión, pues consideró que ésta no estaba fundamentada en hechos anteriores al laudo en los términos establecidos en el artículo 51.1 del Convenio CIADI.

En décimo lugar, en el contexto del caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (caso CIADI n°ARB/10/5) se analiza la solicitud de revisión del Laudo de 13-3-2015 planteada por Venezuela, que será comentado en la presente crónica (pp. 46-49). Venezuela basó su solicitud de revisión en lo que describió como un error en el cálculo de los daños, efectuado por el tribunal en el procedimiento original y que hubiera influido en su decisión, cumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 51 del Convenio CIADI para poder solicitar la revisión. El órgano arbitral compuesto por C. McLachlan (neozelandés), como Presidente, A. Rigo Sureda (español) y B. Stern (francesa), mediante Laudo de 7-7-2015, resolvió que el error de cálculo no constituía un hecho nuevo desconocido por la parte que lo alegaba y por el tribunal en el momento de dictar el Laudo, pues las cifras correctas se encontraban expresadas en los materiales que se presentaron ante el tribunal en el procedimiento original y, aún si se hubiera cumplido esta primera condición, no hubiera tenido una influencia decisiva en su decisión a la luz del enfoque empleado por el tribunal para determinar el monto de la indemnización. Por lo tanto, desestimó la solicitud de revisión, levantó la suspensión de la ejecución del Laudo y ordenó que la solicitante se hiciera cargo de los gastos de administración del procedimiento ante el CIADI.

En undécimo lugar, se examina el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15). Se trata de un litigio que trae causa de las sucesivas medidas adoptadas por el Gobierno de Zimbabue para recuperar la propiedad sobre determinadas tierras de las que hasta entonces eran propietarios ciudadanos extranjeros de raza blanca, que se vieron acompañadas por invasiones de estas tierras por parte de nacionales de Zimbabue. Las demandantes alegaban que se había producido una violación de las obligaciones de proporcionar un trato justo y equitativo, no expropiar injustificadamente, otorgar plena protección y seguridad y garantizar la libre transferencia de los pagos relacionados con la inversión, todas ellas contenidas en el APPRI celebrado entre Zimbabue y Alemania (firmado el 29-9-1995) y el APPRI celebrado entre Zimbabue y Suiza (firmado el 15-8-1996). El órgano arbitral se constituyó en el marco del Convenio CIADI y de las Reglas de Arbitraje del CIADI y fue presidido por Y. Fortier (canadiense), junto a los árbitros D.A.R. Williams (neozelandés) y M. Hwang (singapurense). Mediante Laudo de 28-7-2015 resolvió a favor de las demandantes, imponiendo también al Estado receptor de la inversión el pago de la mayor parte de las costas procesales.

En décimo segundo lugar, es objeto de estudio el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (caso CIADI n° ARB/08/6). La controversia surgió a raíz de una serie de medidas adoptadas por Ecuador que, según *Perenco Ecuador Ltd.* (en adelante, la demandante), contravenían el APPRI celebrado

entre Francia y Ecuador (firmado el 7-9-1994) y dos contratos de participación para la exploración y explotación de los bloques 7 y 21 situados en la región amazónica ecuatoriana. El tribunal arbitral resolvió ciertas cuestiones sobre jurisdicción y responsabilidad en un Laudo de 12-9-2014, que fue objeto de estudio en nuestra quinta crónica (*REEI*, vol. 29, pp. 24-28, 34-36 y 49-51). Durante la fase de presentación de observaciones escritas en aquél primer procedimiento, Ecuador presentó dos demandas reconventionales conforme a la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, alegando que la demandante era responsable por daños medioambientales y estructurales en los bloques 7 y 21. En esta crónica se estudia la Decisión provisional de 11-8-2015 sobre la demanda reconventional por daños medioambientales. El órgano arbitral presidido por P. Tomka (eslovaco) y compuesto por los árbitros N. Kaplan (británico) y J.Ch. Thomas (canadiense), resolvió que la demandante era responsable de los daños medioambientales ocasionados desde el 20-10-2008 al 16-7-2009 y que, conforme a los términos previstos en esta Decisión, nombraría a un experto para determinar las condiciones medioambientales en que se encontraban los bloques 7 y 21.

En décimo tercero lugar, en el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI n° ARB/06/2), la empresa chilena que había sido designada mediante una concesión administrativa otorgada por el Gobierno boliviano para explotar algunos yacimientos mineros en la zona del Salar de Uyuni presentó una reclamación contra Bolivia a propósito de las medidas adoptadas en 2004 consistentes en la revocación de las concesiones mineras y la prohibición de exportar ciertos productos minerales, que la demandante entendió contrarias a las obligaciones de proporcionar un trato justo y equitativo, no expropiar injustificadamente y no adoptar medidas discriminatorias contenidas en el APPRI celebrado entre Chile y Bolivia (firmado el 22-9-1994). El tribunal arbitral estaba formado por G. Kaufmann-Kohler (suiza), en calidad de Presidente, y M. Lalonde (canadiense) y B. Stern (francesa) como árbitros. En su Laudo de 16-9-2015 concluyó que Bolivia había vulnerado las tres obligaciones citadas e impuso al Estado receptor el pago de 48.619.578 dólares estadounidenses, más intereses, así como el pago de la mitad de las costas procesales del arbitraje incurridas por la demandante.

En décimo cuarto lugar, se presenta el caso *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/06/11), en el que Ecuador presentó una solicitud de anulación total o, alternativamente, parcial del Laudo dictado el 5-10-2012, por el que un tribunal arbitral constituido conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI, resolvió que Ecuador había incumplido sus obligaciones respecto al APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América (firmado el 27-8-1993), comentado en nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp. 47-49, 53 y 60). Ecuador presentó múltiples argumentos para instar la anulación; cuatro de ellos encaminados a obtener la anulación de la Decisión sobre competencia dictada por el tribunal arbitral el 9-9-2008 y que si hubieran sido estimados hubieran conllevado la anulación total del Laudo; también alegó varios motivos basados en el argumento de que *Occidental Exploration and Production Company* no era propietaria del 100% (sino solamente de un 60%) de los intereses económicos de la inversión expropiada; así como otros alegatos de anulación

adicionales. La comisión *ad hoc* formada por J. Fernández-Armesto (español), como Presidente, y los árbitros F.P. Feliciano (filipino) y R. Oreamuno Blanco (costarricense), en su Decisión de 2-11-2015, rechazó la anulación de la Decisión sobre competencia, así como otras causas adicionales que conllevaba la anulación total del Laudo, pero entendió que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades al asumir erróneamente competencia respecto de la inversión cuyo titular beneficiario era la empresa china *AEC/Andes*, con el resultado de que la indemnización debida a las empresas demandantes debía reducirse del 100% al 60% del valor del bloque 15; por lo tanto, estimó la petición de Ecuador sobre la anulación parcial del Laudo.

En décimo quinto lugar, se examina el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (caso CIADI n° ARB/07/19), en lo relativo a la segunda fase de este procedimiento iniciado por *Electrabel S.A.* (en adelante, la demandante) en 2007. En una primera Decisión sobre jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad de 30-11-2012, comentada en nuestra tercera crónica (*REEI*, vol. 25, pp 25-27, 35-37, 46-47, 53-54 y 61-63), el tribunal arbitral presidido por V.V. Veeder (británico) y formado por los árbitros G. Kaufmann-Kohler (suiza) y B. Stern (francesa), decidió posponer para esta segunda fase del procedimiento la decisión sobre una de las reclamaciones de la demandante, en particular, la relativa al pago de los llamados “costes de transición a la competencia”, fundamentando su reclamación en el incumplimiento por Hungría del estándar de trato justo y equitativo previsto en el artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de Energía (TCE) (*BOE*, 17-3-1998; corr. de errores en *BOE*, 12-6-1998 y aplicación provisional en *BOE*, 17-5-1995). En su Laudo de 25-11-2015 el tribunal arbitral confirmó su Decisión de 30-11-2012 y declaró que dicha Decisión era parte integrante de este Laudo. El tribunal rechazó las pretensiones de la demandante en su totalidad y ordenó que cada parte sufragara sus propios costos y gastos de litigación, debiendo asumir la demandante en su totalidad los gastos del CIADI y los honorarios de los árbitros.

En décimo sexto lugar, en el caso *Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. c. Guinea Ecuatorial* (caso CIADI n° ARB (AF)/12/2), la empresa demandante, con domicilio social en España, alegó que Guinea Ecuatorial había violado diversas obligaciones contenidas en el APPRI celebrado entre España y Guinea Ecuatorial (firmado el 22-11-2003) respecto a su inversión relativa a un proyecto de construcción de viviendas e infraestructuras en este país africano. El Estado demandado invocó varias excepciones preliminares basadas en la falta de competencia del tribunal arbitral constituido conforme al Convenio CIADI, a saber: 1) el APPRI no había entrado en vigor entre las partes; 2) falta de consentimiento de las partes para someterse al arbitraje; 3) la disputa no era de naturaleza jurídica; 4) no se había presentado evidencia alguna que demostrara que la demandante había efectuado una inversión y, por lo tanto, tampoco era un inversor en los términos del APPRI; 5) la demandante no había probado la existencia de una relación contractual entre el grupo empresarial y las autoridades de Guinea Ecuatorial; 6) la supuesta inversión invocada por la demandante no se ajustaba a la legislación vigente en Guinea Ecuatorial; y 7) los tribunales de Guinea Ecuatorial eran los competentes para conocer de esta controversia. En su Laudo sobre jurisdicción de 12-12-2015, el órgano arbitral presidido por B. Sepúlveda Amor (mexicano), y formado por los árbitros F. Orrego Vicuña (chileno) y R.E. Vinuesa (argentino-español) admitió

la excepción jurisdiccional en virtud de la cual la controversia no había surgido de una inversión, ni la demandante era un inversor, conforme al APPRI y al Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI, afirmando que carecía de jurisdicción para conocer sobre el fondo de la controversia.

Por último, se concluye esta crónica con el caso *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía* (caso CIADI n° ARB/11/28), en el que *Tulip Real Estate* (en adelante, la solicitante) presentó una solicitud de anulación del Laudo dictado el 10-3-2014, en el que un tribunal arbitral presidido por G. Griffith (australiano), y formado por los árbitros M. Evan Jaffe (estadounidense) y R. Knieper (alemán), desestimó las pretensiones de la solicitante relativas al supuesto incumplimiento por Turquía de sus obligaciones respecto al APPRI celebrado entre los Países Bajos y Turquía (firmado el 27-3-1986) y se le condenó a pagar la cantidad de 750.000 dólares estadounidenses en concepto de gastos y costas. La solicitante fundó su demanda de anulación en tres de las cinco causas de anulación previstas en el artículo 52 del Convenio CIADI, a saber: 1) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; 2) quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; y 3) falta de motivación del laudo. En su Decisión sobre anulación de 30-12-2015 la comisión *ad hoc* presidida por P. Tomka (eslovaco) y formada por los árbitros Ch. Booth (británica) y Ch. Schreuer (austríaco), desestimó la solicitud de anulación, debiendo sufragar la solicitante los gastos del CIADI correspondientes al procedimiento de anulación y cada parte sus propios gastos y costas.

En esta crónica, además, se analizan diversas decisiones de jurisdicciones internas dictadas con el propósito de ejecutar laudos emanados de tribunales arbitrales de inversiones, a saber y por este orden: *Venezuela Holdings B.V. y otras c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/27); *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania* (caso CIADI n° ARB/05/20); *Convial Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/2); *Belize Social Development Ltd. c. Belice*; *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador* (caso CPA n° 2009-23); y *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/09/1). Además, en el epígrafe relacionado con la interacción entre el DI de las inversiones y otros sectores normativos se estudia la decisión del Tribunal Federal Suizo relacionada con el caso *EDF International S.A. c. Hungría* (caso CNUDMI).

Al margen de los litigios que son estudiados en nuestra crónica, durante el año 2015 se han iniciado 50 arbitrajes de inversión ante el CIADI, además de dos arbitrajes que siguen las reglas del Mecanismo Complementario y uno más sometido al CIADI bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Los Estados europeos son los que más demandas han recibido (30), seguidos de los africanos (10), asiáticos (7) y americanos (5). Además, han finalizado 46 procedimientos de arbitraje en el periodo analizado por esta crónica. En otros 12 casos más, los laudos dictados por los tribunales arbitrales durante el año 2015 penden de un recurso de anulación. Por su parte, siete procedimientos de anulación han finalizado en el citado periodo, cinco de los cuales son objeto de análisis en uno de los epígrafes de la presente crónica.

## II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO<sup>8</sup>

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

### 1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

El Laudo dictado en el caso *Venoklim Holding B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/12/22), resolvió distintas objeciones a la jurisdicción del tribunal planteadas por la demandada. Conforme al artículo 41.1 del Convenio CIADI el tribunal procedió a resolver las objeciones hechas a la jurisdicción del CIADI. Para determinar su competencia el tribunal verificó el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el Convenio CIADI, en la Ley de Inversiones de 1999 y en el APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela.

La primera objeción a la jurisdicción planteada por la demandada se refería a la falta de consentimiento de la demandante antes de la denuncia del Convenio CIADI. Venezuela sostuvo que su denuncia del Convenio CIADI hecha el 24-1-2012, conforme al artículo 72 del Convenio CIADI, tenía efectos inmediatos en lo que respecta a la jurisdicción *ratione personae* del CIADI y, en consecuencia, impediría la formación de un consentimiento arbitral válido. Además, dicha denuncia también tenía efectos sobre el registro de la solicitud, lo que impediría que el arbitraje se iniciara correctamente. En cambio, la demandante alegó que hasta que vencieran los seis meses de la notificación de la denuncia al resto de Estados Contratantes en el Convenio CIADI, o incluso hasta que expirase el APPRI (el 31-10-2022), resultaba factible presentar su solicitud de arbitraje contra Venezuela ante el CIADI. El tribunal rechazó la primera objeción a su jurisdicción de la siguiente manera:

“62. El Tribunal considera que interpretar las anteriores normas de la manera que propone la Demandada sería contrariar el sentido común de ellas, toda vez que por esta vía se estaría dando un efecto inmediato a la denuncia, en contradicción con el límite temporal que el mismo Convenio CIADI dispone en el Artículo 71.

63. Además, si se interpretaran los Artículos 71 y 72 como la Demandada lo propone, ello llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI. Precisamente para evitar este tipo de inconvenientes ese Convenio estableció en su Artículo 71 un período de seis meses contados a partir de la fecha del recibo de la notificación de denuncia, para que los interesados pudieran actuar conforme al Convenio CIADI en ese lapso.

(...)

65. Igualmente, considera el Tribunal que el consentimiento al que se refiere el Artículo 72 es, en este caso, el del Estado en sí, es decir, la simple oferta unilateral de arbitraje, y no el consentimiento del Estado perfeccionado con la aceptación del inversionista de dicha

---

<sup>8</sup> Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Millán Requena Casanova.

oferta al presentar su solicitud de arbitraje. Entenderlo de otra manera, sería contrario al principio de seguridad jurídica, el cual exige que el inversionista goce de un periodo de seis meses contados a partir del recibo de la notificación de la denuncia según el Artículo 71 del Convenio CIADI.

66. Una vez que un Estado ha hecho una oferta de arbitraje internacional válida, una de sus principales obligaciones es la de cumplir con la misma, inclusive durante el periodo de seis meses previsto por el Convenio CIADI para que la denuncia surta efectos.

67. Lo anterior significa que, cuando la Demandante presentó su Solicitud, Venezuela era todavía un Estado Contratante del Convenio CIADI y, en consecuencia estaba obligada a respetar su obligación de acudir al arbitraje ante ese foro”.

En segundo lugar, el tribunal procedió a examinar la objeción a su jurisdicción planteada por la demandada relativa a que Venezuela ya no era un Estado contratante del CIADI cuando se registró la solicitud de arbitraje, en razón de su denuncia de dicho Convenio. Por su parte, la demandante alegó que la fecha en la cual la Secretaría General del CIADI efectuó el registro de la solicitud de arbitraje (15-8-2012) era irrelevante para los efectos del consentimiento, que se perfeccionó mediante la presentación de la solicitud el 23-7-2012. El registro es una actuación unilateral administrativa que depende exclusivamente de la Secretaría General del CIADI y no afecta el perfeccionamiento del consentimiento. El tribunal arbitral también rechazó esta segunda objeción de la siguiente forma:

“74. El Tribunal considera que conviene distinguir entre la fecha en la que el consentimiento para acceder a tal arbitraje se forma, la cual se entiende previa al procedimiento, y la fecha en la que se inicia el procedimiento arbitral ante el CIADI. En ese orden de ideas, la Regla 6(2) de las Reglas de Iniciación determina el momento en el que el procedimiento arbitral se inicia, pero no aquel en el que el consentimiento se forma, entre otras razones, porque este se entiende formado previamente al inicio oficial del arbitraje previsto en la Regla 6(2) de las Reglas de Iniciación.

75. En efecto, según la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación del CIADI la “*fecha del otorgamiento del consentimiento*”, en los casos en los que ambas partes no hubieran otorgado su consentimiento el mismo día, es la fecha en la que la última de ellas haya consentido, es decir, en el presente caso, cuando la Demandante presenta su Solicitud. Esta última es la fecha crítica a partir de la cual las consecuencias del consentimiento surten efectos.

76. Según lo dicho, la oferta unilateral de arbitraje hecha por el Estado, se perfecciona simplemente con el consentimiento del inversionista, el cual se expresa mediante la presentación de la solicitud de arbitraje, no con el registro de esa solicitud por parte de la Secretaria General del CIADI. Este Tribunal sostiene que “registro” y “consentimiento” son dos conceptos diferentes que no deben confundirse.

(...)

78. Por ello, el Tribunal considera que le asiste razón a la Demandante en este tema, porque la fecha del registro de la Solicitud depende exclusivamente del Secretariado del CIADI y no de una actuación jurídico-procesal de la Demandante [...].

79. En conclusión, el 23 de julio de 2012, fecha en la que se formó el consentimiento para acudir al arbitraje CIADI gracias a la presentación de la Solicitud, los efectos de la

denuncia de Venezuela del Convenio CIADI no se habían producido aún, por lo que la República estaba obligada a respetar sus obligaciones como Estado Contratante”.

Asimismo, el tribunal procedió a examinar la tercera objeción a su jurisdicción planteada por la demandada. Apoyándose en una Sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela y en varias decisiones de tribunales del CIADI, Venezuela entendía que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituía una oferta abierta de arbitraje ante el CIADI. Al respecto, la demandada señaló que si bien las decisiones de los tribunales del CIADI no sientan precedente en el DI público, varios tribunales han señalado que, al menos, existe una “jurisprudencia constante” sobre ciertas cuestiones jurídicas idénticas o similares. La demandante alegó, en cambio, que la Ley de Inversiones de 1999 incorporaba tácitamente el APPRI y, debido a su carácter integrador, constituía una base autónoma de jurisdicción del CIADI. El tribunal analizó esta objeción a la luz del contexto, finalidad y las circunstancias de la promulgación y preparación de la Ley de Inversiones, expresando el siguiente razonamiento:

“102. Para este Tribunal la única conclusión que puede derivarse del análisis del Artículo 22 de la Ley de Inversiones, de su espíritu y del contexto, la finalidad y las circunstancias que rodearon su redacción, es que su propósito fue el de ratificar las obligaciones y las ofertas de someter controversias a arbitraje internacional, incluyendo ante el CIADI, que Venezuela hubiera hecho en otros instrumentos legales, particularmente en tratados de promoción y protección de inversiones, como ocurre en este caso.

103. En efecto, el Artículo 22 de la Ley de Inversiones dispone que las siguientes controversias pueden resolverse por medio del arbitraje internacional: (i) las que surjan entre el Estado venezolano y un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones; (ii) aquellas a las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio OMGI-MIGA); y (iii) las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI).

104. El arbitraje internacional aplicable a estos tres casos es el previsto en los instrumentos jurídicos que son la base de cada uno de ellos, es decir, un tratado de inversiones, el Convenio OMGI-MIGA o el Convenio CIADI. Ello significa que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no establece en sí el arbitraje internacional como un medio para solucionar diferencias entre Venezuela y un inversionista internacional, por lo que no puede ser considerado como una oferta independiente, clara y general de arbitraje CIADI, sino como un instrumento que permite el arbitraje internacional cuando éste ha sido previsto en los citados instrumentos y “*en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así este lo establece*”.

105. En términos sencillos: aunque Venezuela por medio del Artículo 22 de su Ley de Inversiones no hace una oferta de arbitraje ante el CIADI, sí confirma que respeta la oferta de arbitraje que se encuentre en “*un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones*”.

El tribunal arbitral pasó revista a las decisiones arbitrales de otros tribunales del CIADI que se han pronunciado sobre esta cuestión (*Mobil c. Venezuela; Cemex c. Venezuela; Brandes c. Venezuela; Tidewater c. Venezuela; OPIC y ConocoPhillips, ambos c. Venezuela*), para afirmar que:

“111. De la misma forma en que lo han resuelto los citados seis tribunales del CIADI, este Tribunal concluye que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no contiene el consentimiento autónomo de Venezuela a la jurisdicción del CIADI”.

En virtud de este razonamiento, el tribunal acogió la tercera objeción a la jurisdicción planteada por la demandada, en el sentido de que el artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituye, *por sí sólo*, fundamento para la jurisdicción del CIADI.

El tribunal analizó la quinta objeción a la jurisdicción planteada por la demandada relativa a que no se podía invocar en esta etapa procesal una nueva base de jurisdicción –en referencia al APPRI– pues resultaba violatoria de las reglas esenciales del procedimiento. La demandada apoyaba sus argumentos en el artículo 36 del Convenio CIADI y en la Regla 2 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, según los cuales la solicitud debe contener todos los elementos necesarios para fundamentar la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, la demandante manifestó que el hecho de realizar precisiones sobre la solicitud de arbitraje no suponía agregar nuevos fundamentos de jurisdicción, sino que estaba explicando y desarrollando los formulados en aquélla:

“122. Para resolver esta objeción a su jurisdicción y competencia, el Tribunal comenzará por indicar que, en arbitrajes bajo un tratado de inversión, la Solicitud puede marcar los parámetros generales del proceso arbitral que se inicia, al ser generalmente dicha Solicitud, el acto jurídico procesal por medio del cual un inversionista extranjero consiente al arbitraje CIADI, al aceptar la oferta de arbitraje otorgada por el Estado receptor.

123. Ahora bien, la Regla 40(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI señala, entre otras cosas, que una demanda incidental, adicional o reconvenzional que se relacione directamente con la diferencia es posible *“siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro”*. Por ello, si tanto la oferta de arbitraje como su aceptación por medio de la Solicitud constituyen los actos jurídicos mediante los cuales el Estado receptor y el inversionista extranjero, respectivamente, manifiestan su consentimiento a que un tribunal CIADI resuelva su controversia, le parece lógico a este Tribunal que dichos actos constituyan los límites de esos consentimientos. Esto significa que pueden presentarse demandas posteriores, sean incidentales, adicionales o reconvenzionales dentro de los límites fijados por la citada Regla 40(1), es decir la oferta de arbitraje y la Solicitud.

124. Aplicando lo anterior a este caso, el Tribunal es de la opinión de que Venoklim podía modificar, completar y desarrollar la demanda que inició con la Solicitud, siempre y cuando lo hiciera dentro de los límites del consentimiento definidos en la Solicitud y en la oferta de arbitraje, según lo requiere la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(...)

126. No obstante, el Tribunal entiende que la Demandante en su Contestación no amplió las bases de la jurisdicción del CIADI a dos diferentes, sino que desarrolla la única aducida inicialmente, la Ley de Inversiones. En palabras de la Demandante en su Dúplica: *“la base jurisdiccional sigue siendo la misma, la Ley de Inversiones de la República de Venezuela, en los términos del Artículo 22, que incorpora el Tratado Holandés”*

(...)

129. En las circunstancias específicas de este caso, el Tratado holandés no puede ser, en consecuencia, una fuente independiente de la jurisdicción del CIADI, al haber sido invocado por la Demandante como aplicable al caso a través de la remisión que hace la Ley de Inversiones. Así, a juicio del Tribunal, el Artículo 9 del Tratado holandés debe analizarse en conjunción con el Artículo 22 de la Ley de Inversiones (...).

Por las razones expuestas, el tribunal rechazó la quinta objeción a la jurisdicción planteada por la demandada, por considerar que la invocación del artículo 9 del APPRI no constituía una nueva base de jurisdicción.

Por su parte, el Laudo sobre jurisdicción en el caso *Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. c. Guinea Ecuatorial* (caso CIADI n° ARB(AF)/12/2), tuvo como objeto analizar las distintas excepciones preliminares sobre la competencia del tribunal arbitral presentadas por la demandada. Dichas excepciones preliminares se invocaron en virtud del APPRI celebrado entre España y Guinea Ecuatorial. Entre las distintas excepciones a la jurisdicción, la demandada sostuvo que la demandante no había acreditado la existencia de un acuerdo por escrito sometiendo la disputa al arbitraje de acuerdo con el artículo 25 del Convenio CIADI. En cambio, la demandante alegó que Guinea Ecuatorial había consentido el arbitraje al aceptar la aplicación provisional del APPRI por expresa voluntad de las partes contratantes. El artículo 12.4 del citado APPRI establece que "(...) ambas Partes Contratantes acuerdan la aplicación provisional de sus disposiciones a partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo". Tras examinar esta objeción jurisdiccional, el tribunal concluyó que:

"105. El Tribunal considera infundada la argumentación de la Demandada cuando alega que no ha expresado su consentimiento, por escrito, para someter la diferencia a la jurisdicción del CIADI. La suscripción del APPRI por Guinea Ecuatorial es una clara manifestación de su voluntad jurídica para asumir las obligaciones internacionales implícitas en el Tratado. Por su parte, la Demandante expresó su consentimiento al arbitraje a través de su Solicitud de Arbitraje.

106. Adicionalmente, debe recordarse que el Artículo 25 del Convenio CIADI no es aplicable a los procedimientos al amparo del Mecanismo Complementario que en el Artículo 3 del su Reglamento expresa, "Puesto que los procedimientos previstos en el Artículo 2 están fuera de la competencia del Centro, ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos".

107. A juicio del Tribunal, existe evidencia suficiente para concluir que las Partes han manifestado su consentimiento en obligarse por el APPRI y que este Tratado como ya se ha establecido, está vigente desde la fecha de su celebración".

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

El Laudo dictado en el caso *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/11/17), ha resuelto diversas objeciones en relación con la jurisdicción del tribunal arbitral planteadas por Perú. Como primera objeción jurisdiccional el Perú alegó que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción en virtud del Convenio CIADI y del APPRI celebrado entre Perú y Francia, puesto que las demandantes no habían demostrado ser

“inversoras” en virtud del APPRI. Por el contrario, las demandantes sostenían que el tribunal sí tenía jurisdicción sobre la controversia, al cumplir con los requisitos de nacionalidad establecidos en el artículo 25 del Convenio CIADI y el artículo 1 del APPRI. En particular, la señora Levy era nacional de Francia (y no tenía la nacionalidad peruana), y había sido dueña y controlaba *Gremcitel*, una empresa peruana, indirectamente desde 2005 y directamente desde 2007. La propiedad y control de la señora Levy sobre *Gremcitel* le otorgaban nacionalidad francesa a esta sociedad de conformidad con el artículo 25.2.b) del Convenio CIADI y el artículo 8.3 del APPRI. En efecto, las demandantes señalaron que la señora Levy había adquirido el control indirecto sobre *Gremcitel* en 2005 y más tarde su control directo en 2007. Por tanto, la sociedad *Gremcitel* se encontraba bajo control francés antes de que surgiera la controversia.

El tribunal determinó si la señora Levy y *Gremcitel* cumplían los requisitos *ratione personae* y *temporis* de acuerdo al Convenio CIADI y el APPRI. Sobre si la señora Levy cumplió con los requisitos *ratione personae* y *temporis* en virtud del Convenio CIADI y del APPRI, el órgano arbitral señaló lo siguiente:

“143. La jurisdicción del Tribunal deriva del artículo 8 del APPRI, que dispone que “[t]oda controversia relativa a una inversión entre una parte y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante” será sometida al arbitraje del CIADI. El artículo sobre resolución de diferencias no aclara expresamente en qué momento el nacional o sociedad debe haber adquirido su inversión para tener el derecho de someter una cuestión a arbitraje en virtud del APPRI.

(...)

147. Esta conclusión sigue el principio de no retroactividad de los tratados, que implica que las protecciones sustantivas del APPRI se aplican a la conducta del Estado que ocurre luego de que dichas protecciones se tornen aplicables a las inversiones elegibles. Puesto que el APPRI es al mismo tiempo un instrumento que crea la obligación sustantiva que constituye la base del reclamo ante el Tribunal y el instrumento que confiere jurisdicción al Tribunal, un demandante que somete un reclamo en virtud de una obligación del Tratado debe haber sido dueño de la inversión o debe haber tenido su control al momento que dicha obligación fue supuestamente violada”.

148. En consecuencia, la protección sustantiva del APPRI que invoca la Sra. Levy comenzó a aplicarse a ella cuando hizo su inversión, y no antes. Debe, por tanto, probar que ya había adquirido su inversión al momento de la conducta controvertida.

149. La determinación de la fecha crítica es, por ende, esencial para establecer la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal. En la opinión del Tribunal, la fecha crítica es aquella en que el Estado adopta la medida controvertida, incluso cuando dicha medida represente la culminación de un proceso o serie de sucesos que puede haber comenzado años antes. No es fuera de lo común que las divergencias o desacuerdos se desarrollen a lo largo de un período de tiempo antes que finalmente se “cristalicen” en una medida real que afecte los derechos del inversor en virtud del tratado.

(...)

156. Las Demandantes sostienen, además, que la Sra. Levy se convirtió en accionista directa de *Gremcitel* en 2007. Por los siguientes motivos, el Tribunal está convencido que

la segunda transferencia ocurrió efectivamente antes de la fecha crítica, esto es, antes del 18 de octubre de 2007.

157. Primero, el Tribunal señala que el proceso de transferencia de acciones de Gremcitel de Hart Industries a la Sra. Levy se inició por medio de varias cartas enviadas por Gremcitel a sus accionistas entre el 4 y el 8 de septiembre de 2007, luego de una carta de Hart Industries a Gremcitel notificando a esta última su intención de vender las acciones a la Sra. Levy. En cartas posteriores, Gremcitel consultó a sus accionistas si deseaban ejercer su derecho de preferencia sobre las acciones. Dichas cartas están certificadas notarialmente, y la Demandada no ha cuestionado su autenticidad o fiabilidad. El Tribunal, por tanto, acepta su valor probatorio.

158. Segundo, el contrato de transferencia de acciones por las 40.000 acciones de Gremcitel fue suscrito por la Sra. Levy y Hart Industries el 9 de octubre de 2007. No hay hechos en el expediente que arrojen dudas sobre la validez de este contrato.

159. Tercero, la venta de acciones fue inscrita en el registro de accionistas de Gremcitel el 9 de octubre de 2007. Sólo a los fines de su análisis sobre la jurisdicción *ratione temporis*, el Tribunal no otorga relevancia al hecho de que la inscripción ocurrió un día antes de que Gremcitel fuera notificada formalmente de la transferencia.

(...)

161. El Tribunal concluye que, sobre la base de la prueba en el expediente, la Sra. Levy no ha demostrado haber adquirido su participación indirecta en Gremcitel en 2005. Por el contrario, ha probado que adquirió su participación directa en Gremcitel el 9 de octubre de 2007, esto es, poco antes de que ocurriera el hecho controvertido el 18 de octubre de 2007. Por dichos motivos, y sin perjuicio de las posteriores conclusiones del Tribunal sobre abuso de proceso, el Tribunal concluye que la Sra. Levy ha cumplido los requisitos *ratione personae* y *ratione temporis* en virtud del Convenio CIADI y el APPRI”.

Con respecto a si la sociedad *Gremcitel* cumplía con los requisitos *ratione personae* y *temporis* en virtud del Convenio CIADI y el APPRI, el órgano arbitral afirmó lo siguiente:

“162. Conforme al Convenio CIADI, una sociedad constituida localmente se considera “nacional de un Estado Contratante distinto” si es una persona jurídica que tenía la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia a la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a arbitraje y que, por motivo del control extranjero, las partes han acordado considerar como nacional de otro Estado Contratante a los efectos del Convenio. Conforme al artículo 8 3) del APPRI, una persona jurídica constituida en el territorio de una de las dos Partes Contratantes y que –según los idiomas originales del tratado– “antes del surgimiento de la controversia” o “avant que le différend ne soit soulevé” es controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, será considerada, a los efectos del artículo 25 2) b) del Convenio CIADI, como una sociedad de la otra Parte Contratante. Por consiguiente, para que el Tribunal tenga jurisdicción *ratione personae* y *temporis* sobre Gremcitel, Gremcitel debe probar i) que es una sociedad peruana, ii) que a la fecha crítica iii) se encontraba bajo control extranjero, y que iv) hay acuerdo en tratarla como extranjera. El Tribunal analizará los cuatro puntos por separado.

163. Con respecto al primer requisito, el Tribunal señala que Gremcitel es una sociedad constituida en el Estado Contratante que es parte en la diferencia, esto es, el Perú. En este sentido, el Tribunal también señala que tenía dicha nacionalidad a la fecha de brindar

consentimiento, esto es, cuando se presentó la solicitud de arbitraje, según establece el Convenio CIADI.

164. Segundo, el Tribunal debe determinar la fecha crítica conforme a lo establecido en el APPRI. El artículo 8 3) del APPRI establece “*antes del surgimiento de la controversia*” y “*avant que le différend ne soit soulevé*” (...).

165. Ambas versiones del APPRI son auténticas. De conformidad con el artículo 33 del CVDT sobre la interpretación de tratados multilingües, se presume que los términos del tratado tienen el mismo significado en cada texto auténtico. Más aún, si de una comparación de los textos auténticos surgiera una diferencia de significado que no fuera eliminada por la aplicación de los artículos 31 y 32 del CVDT, debe adoptarse el significado que más reconcilie los textos, con respecto al objeto y propósito del tratado.

166. La versión del APPRI en español (“antes del surgimiento de la controversia”) solo tiene un significado posible. Por el contrario, la versión del Tratado en francés (“*avant que le différend ne soit soulevé*”) puede tener dos significados, esto es, o “antes de que la controversia sea traída ante un tribunal internacional de arbitraje” o “antes de que surja la controversia con la otra parte”. El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que la única interpretación armoniosa de ambos textos auténticos es que la sociedad constituida localmente debe estar bajo control extranjero “antes de que surja la controversia con la otra parte”.

(...)

170. El Tribunal concluye, por tanto, que el requisito de “control extranjero” conforme a los artículos 25 2) b) del CIADI y 8 3) del APPRI en el presente caso se cumple.

171. La Demandada planteó la cuestión adicional sobre si “control extranjero” en virtud del artículo 25 2) b) y del artículo 8 3) del APPRI requiere control efectivo. El Tribunal señala que ni el artículo 25 2) b), segunda oración, ni el artículo 8 3) del APPRI especifican si se requiere control real o efectivo. El Tribunal considera que la Sra. Levy adquirió la mayoría de las acciones de Gremcitel el 9 de octubre de 2007. En dichas circunstancias, y sin perjuicio de otras instancias que puedan requerir determinar la “efectividad” del control, el Tribunal considera que la titularidad de la Sra. Levy sobre las acciones es suficiente para establecer “control extranjero” en virtud del artículo 25 2) b) del Convenio CIADI y el artículo 8 3) del APPRI.

172. Cuarto, y último, el artículo 25 2) b) del Convenio CIADI requiere un acuerdo para atribuir a la sociedad constituida localmente “la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia [a los efectos del Convenio]”. No se discute que dicho consentimiento se encuentra en el artículo 8 3) del APPRI.

173. En conclusión, Gremcitel cumple los requisitos *ratione personae* y *temporis* en virtud del artículo 25 2) b) del Convenio CIADI y del artículo 8 3) del APPRI”.

Como segunda objeción jurisdiccional, Perú invocó el abuso de proceso. Las irregularidades de los documentos y los testimonios de la audiencia mostraban que la señora Levy había intentado adquirir la participación en la sociedad *Gremcitel* apresuradamente, cuando el Gobierno de Perú adoptó o estaba adoptando medidas clave. La señora Levy adquirió la participación en dicha sociedad con el único objetivo de internacionalizar una controversia existente o previsible, puramente doméstica, lo que constituye un abuso de proceso. En cambio, las demandantes sostenían que las alegaciones de abuso de proceso exigían un estándar riguroso que incluía la prueba de la

mala fe. Perú no había demostrado que las demandantes hubieran previsto el hecho que originó la controversia, esto es, la emisión de la Resolución de 2007. Por tanto, no había demostrado que las demandantes manipularan la nacionalidad de *Gremcitel* para “manufacturar” la jurisdicción del CIADI. En el contexto del arbitraje de inversión los tribunales arbitrales han aplicado la doctrina del “abuso de proceso” (o abuso de derecho) en casos que involucran reestructuraciones societarias controvertidas, bien como cuestión jurisdiccional o bien de admisibilidad. En el presente caso el tribunal arbitral confirmó la existencia de un abuso de proceso de la siguiente forma:

“184. En la opinión del Tribunal, en la actualidad está bien establecido, y con razón, que la organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener beneficios de tratados de inversión no es ilegítima *per se*, incluso cuando se hace con miras a la protección de la inversión de eventuales diferencias futuras con el Estado anfitrión. O, en las palabras del tribunal de *Tidewater*, “el que un inversionista trate de protegerse de este modo frente al riesgo general de futuras diferencias con un Estado receptor constituye un objetivo completamente legítimo y no un abuso del régimen de un tratado de protección de inversiones”.

185. Sin embargo, una reestructuración llevada adelante con la intención de invocar la protección del tratado en un momento en que la controversia es previsible puede constituir un abuso de proceso según las circunstancias. En este sentido, el Tribunal está de acuerdo con el test sugerido en *Pac Rim* por cuanto “una controversia futura específica” debe ser “previsible (...) como una probabilidad muy alta y no meramente como una posible controversia”. En la opinión del Tribunal, este test logra un balance justo entre la necesidad de proteger el derecho de un inversor a invocar la protección del APPRI en el contexto de una reestructuración societaria legítima y la necesidad de negar protección a conductas abusivas.

186. Con respecto a todo abuso de derecho, el umbral para determinar que ha existido un abuso de proceso es alto, puesto que una corte o tribunal por supuesto no presumirá un abuso, y confirmará la prueba de abuso solo “en circunstancias muy excepcionales”. Es más, según declaró el Tribunal en *Mobil c. Venezuela*, “según el derecho internacional general y los casos CIADI, el abuso de derecho ha de determinarse caso por caso, considerando todas las circunstancias del caso” (...).

187. Habiendo sentado los principios que guiarán su decisión, el Tribunal comienza evaluando si la presente diferencia era previsible como una probabilidad muy alta, y no como una mera posibilidad, al momento que la Sra. Levy adquirió *Gremcitel*. Es claro que cuanto más cercana sea la adquisición de la inversión al acto que dio origen a la controversia, en general, será mayor el grado de previsibilidad.

188. En este caso, el Tribunal ha determinado que los hechos que dieron origen a la controversia ocurrieron el 18 de octubre de 2007 (...).

189. (...), si uno revisa la sucesión de eventos que llevaron a la Resolución de 2007, es claro que las Demandantes podían prever que la Resolución de 2007 era inminente. En 2005, la Comisión de Historiadores emitió el informe, sobre el cual se basó en gran medida la delimitación implementada por medio de la Resolución de 2007 (...).

(...)

191. En la opinión del Tribunal, el único motivo para la súbita transferencia de la mayoría de las acciones de *Gremcitel* a la Sra. Levy fue su nacionalidad. Las Demandantes no pudieron brindar ninguna explicación razonable sobre por qué la Sra.

Levy se convirtió en accionista y por qué ocurrió en ese momento. En la Audiencia, el Sr. Levy explicó que había sido una decisión familiar y que la transferencia fue motivada por la intención de internacionalizar el proyecto. El Tribunal no ve como la transferencia de acciones a un miembro de la familia con nacionalidad extranjera internacionalizaría *el proyecto*. Lo que se buscaba internacionalizar era la *diferencia doméstica* que cristalizaría de forma inminente. En otras palabras, el único propósito de la transferencia era lograr acceso al arbitraje CIADI/APPRI, que, de otra manera, estaba vedado (...).

(...)

193. Además de dichas circunstancias, el Tribunal considera que un análisis global de los hechos del caso confirma de manera patente que la reestructuración de las Demandantes constituye un abuso. El Tribunal desea regresar, en especial, a la transferencia de 2005, que ya fue abordada de manera extensa en el contexto de la objeción *ratione temporis*.

194. El Tribunal considera extremadamente serio que las Demandantes hayan intentado establecer la jurisdicción del Tribunal por medio de documentos que no sólo han resultado no ser fiables, si no claramente engañosos. El Tribunal recuerda que las Demandantes solicitaron a la Sra. Joseph que insertara una fecha cinco años anterior en las resoluciones corporativas, a lo que la notario accedió. Este hecho fue establecido de manera concluyente en la Audiencia, según fue admitido por la notario Joseph en persona. El Sr. Levy regresó posteriormente a ver a la Sra. Joseph en algún momento después de abril de 2012, cuando este arbitraje ya se encontraba en curso, para solicitar la “rectificación” de la certificación notarial antedatada a fin de asegurar que la fecha de la supuesta transferencia de 2005 estuviera bien documentada. Por consiguiente, el Sr. Levy intentó corregir información falsa con más información falsa, sobre la cual las Demandantes se basaron para establecer la jurisdicción del Tribunal. Es más, el Tribunal ha comentado que la propia posición de las Demandantes con respecto a las resoluciones corporativas es que la certificación no era requisito para que la transferencia de acciones fuera válida conforme a las leyes de Granada. De ser así, es obvio que el único motivo por el cual las Demandantes buscaron antedatar los documentos era fabricar la jurisdicción del Tribunal. Una evaluación global de los hechos relacionados con los intentos de las Demandantes de establecer la jurisdicción muestra un patrón de conducta manipuladora que arroja una luz negativa sobre sus acciones.

195. A la luz de los hechos antedichos, el Tribunal no puede sino concluir que la reestructuración societaria en virtud de la cual la Sra. Levy se convirtió en la principal accionista de Gremcitel el 9 de octubre de 2007 constituye un abuso de proceso. Por tanto, el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre esta diferencia”.

En el Laudo emitido en el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25), el tribunal arbitral se pronunció en relación a dos objeciones a la jurisdicción del CIADI planteadas por Venezuela.

La primera de las objeciones se refería a la falta de jurisdicción *rationae materiae* del tribunal para conocer de la controversia, dado que la demandante no habría probado la existencia de una “inversión” en los términos del artículo 1.a) del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela y del artículo 25.1 del Convenio CIADI. En efecto, Venezuela negó que la demandante fuese propietaria de una inversión protegida pues para ello era imprescindible que el inversor hubiera realizado un aporte o “contribución”. En este sentido, la demandante nunca habría realizado un aporte propio, pues habría adquirido sus participaciones en las empresas a través de una reestructuración societaria. Así, la única aportación habría sido realizada por otras

sociedades del grupo *OI*, predecesoras de *OIEG*, y la demandante no se podría beneficiar de ella. Por el contrario, la demandante negó la existencia del “*double keyhole test*” estricto que, según la demandada, requería comprobar la existencia de una “inversión” tanto a nivel del artículo 25.1 del Convenio CIADI como a nivel del APPRI. La demandante (*OIEG*) argumentó que, lejos de la interpretación estricta de los criterios para determinar una “inversión”, las decisiones de los tribunales arbitrales más recientes confirmaban que las características de una inversión, como puede ser una “contribución”, no son requisitos jurisdiccionales, sino sólo “características”. La demandante aseveró que era propietaria de acciones que otorgaban el control sobre dos empresas productoras de vidrio en Venezuela y la aportación fue realizada por las sociedades del grupo *OI*, de quienes adquirió las acciones. Por ello, no resultaba necesario que cada sucesivo titular de la inversión realizase un nuevo aporte o contribución. El órgano arbitral procedió a determinar el concepto de “inversión protegida” considerando la dificultad que conllevaba dicha operación, de carácter jurídico y económico, recordando a estos efectos que el Convenio CIADI no definía qué era una “inversión”. A tal fin el tribunal trató de dilucidar si existía un concepto único y objetivo de inversión, pronunciándose sobre este particular como sigue:

“216. El Tribunal coincide con la República Bolivariana que el concepto “inversión” usado en el art. 25(1) del Convenio tiene un sentido objetivo e inherente. La jurisdicción del Centro tiene unos límites infranqueables, que los Estados no pueden traspasar. Las diferencias sometidas a arbitraje CIADI deben ser de naturaleza legal y “sur[gir] directamente de una inversión”. Los Estados tienen capacidad para delimitar el concepto de inversión. Pero no pueden desnaturalizarlo. No pueden convertir en una controversia de inversión lo que a todas luces carece de esa naturaleza.

217. En el presente caso los Estados han delimitado las inversiones que desean proteger en el art. 1(a) del APPRI, y lo han hecho de forma muy amplia, conviniendo que el término “inversiones” comprenderá todos los tipos de activos, y después ofreciendo una lista no exhaustiva de ejemplos, articulada alrededor de cinco categorías:

- Bienes muebles e inmuebles,
- Inversiones en empresas y sociedades conjuntas,
- Derechos de crédito,
- Propiedad industrial o intelectual,
- Concesiones públicas.

218. No todo activo, por el mero hecho de estar incluido en la lista no exhaustiva de ejemplos, constituye una inversión. Es necesario que dicho activo sea una verdadera inversión por reunir las características objetivas e inherentes que caracterizan a toda inversión (...).

219. Sentada esta conclusión, el Tribunal coincide con la Demandante en que los Estados gozan de amplia discreción para definir cuáles son las inversiones que desean proteger a través del APPRI y en que el art. 25(1) del Convenio no debe estar sujeto a una interpretación restrictiva. Si dos Estados han incluido un determinado activo dentro de la lista de inversiones, un tribunal únicamente debería excluirlo, por no cumplir con los requisitos del concepto objetivo e inherente de inversión, si existen poderosas razones para hacerlo.

220. Esta interpretación se ve reforzada por la forma cómo se desarrollaron las históricas negociaciones que desembocaron en la adopción del Convenio con su redacción actual. Al no alcanzar las partes negociadoras un acuerdo sobre la definición del concepto

inversión, la solución adoptada fue omitirla en el art. 25(1), y compensar esta concesión de corte liberal con la introducción del art. 25(4), una norma ausente en las versiones iniciales, y que permite a los Estados restringir la jurisdicción *ratione materiae* del Centro a ciertas operaciones económicas y a determinados activos, mediante una simple notificación. La República Bolivariana no ha hecho uso de esta posibilidad.

(...)

224. La categoría paradigmática son las inversiones en activos empresariales, es decir, las situaciones en las que el inversor extranjero es el empresario titular de una empresa situada en el Estado receptor (entendiéndose por empresa toda organización de capital y trabajo que produce bienes o servicios para colocarlos en el mercado); esta alternativa, frecuentemente denominada inversión directa, se puede formalizar bien creando una sucursal, bien controlando una sociedad constituida en el país de destino, que es la que a su vez realiza la actividad empresarial.

225. La segunda categoría la constituyen los restantes activos, aquellos que no le proporcionan al inversor la titularidad de una empresa en el país de destino. Dentro de este grupo, las situaciones pueden ser de muy diversa índole. En la jurisprudencia de inversión, los conflictos suelen surgir cuando el presunto inversor ha celebrado contratos con el Estado receptor –de construcción, de prestación de servicios, de suministro de bienes– o es titular de valores negociables emitidos por ese mismo Estado.

226. La primera categoría, los activos empresariales, representan el paradigma de inversiones que merecen protección, y no cabe poner en duda que se encuentran incluidos tanto dentro del APRI como del Convenio.

227. En efecto: el segundo párrafo del art. 1(a) del APRI incluye entre los activos protegidos “*acciones... y demás formas de interés en empresas*”.

228. Y los activos empresariales también constituyen, por su propia naturaleza, inversiones a los efectos del art. 25(1) del Convenio. El Convenio del CIADI se promulgó precisamente para promover y proteger este tipo de inversiones. El Preámbulo del Convenio invoca, como primera justificación del Tratado, la necesidad de “cooperación internacional para el desarrollo económico”. La creación de una empresa local por un inversor extranjero es precisamente la forma más directa e inmediata de favorecer el desarrollo económico en el Estado receptor. El inversor extranjero aporta dinero, bienes o industria, crea una organización en el país de destino, genera trabajo, paga impuestos, lanza al mercado local bienes o servicios –todas actividades que generan riqueza.

229. El art. 25(1) del Convenio delimita las disputas que tienen acceso al arbitraje CIADI. Y lo hace exigiendo que las diferencias “sur[yan] directamente de una inversión”. El concepto inversión, utilizado en ese precepto, tiene un sentido objetivo e inherente, que los Estados no pueden desnaturalizar clasificando como inversiones relaciones que no reúnan los requisitos exigidos.

230. Se podrá discutir sobre el ámbito y las características del concepto objetivo e inherente de inversión, y si ciertos activos extravagantes forman o no parte de él: es legítimo preguntarse si un simple contrato de compraventa, o la adquisición de una obligación empresarial, o la simple tenencia de un apartamento de fin de semana reúnen las características objetivas e inherentes para ser considerados como inversión.

231. La misma duda no se puede nunca plantear en relación a activos empresariales situados en el país de destino, en especial si el inversor extranjero ejerce la gestión de la

empresa. La adquisición y tenencia de esta clase de activos representa la inversión por excelencia y cumple –por naturaleza– con el concepto objetivo e inherente de inversión. En consecuencia, nada se opone a que dos Estados, que estén negociando un APPRI y quieran definir el ámbito de protección, puedan incluirlos entre los activos protegidos. Si así lo hacen –como lo han hecho la República Bolivariana y el Reino de los Países Bajos– no puede entenderse, en forma alguna, que estén desnaturalizando el concepto de inversión o violentando el art. 25(1) del Convenio.

232. En la presente litis, OIEG, a través de sus participaciones de control en OIdV y Favianca, es titular de activos empresariales situados en Venezuela, consistentes en dos grandes plantas fabriles para la producción de vidrio, y las ha gestionado al menos desde el año 2002. Activos como éstos, incluidos expresamente en la enumeración del APRI, cumplen también, por su propia naturaleza, con las exigencias del art. 25(1) del Convenio (...).”

La segunda objeción jurisdiccional planteada por Venezuela se refería a que el tribunal arbitral no tenía competencia para decidir sobre los daños que habían sufrido los negocios de la demandante fuera del territorio venezolano. En particular, la demandada aseveró que el tribunal del CIADI carecía de jurisdicción porque: 1) la reclamación se fundamentaba sobre activos que no eran propiedad de la demandante; y 2) la demandante no había probado la existencia de ningún daño o pérdida, y sin daño no podía haber controversia. Por el contrario, la demandante alegó que los perjuicios que había sufrido eran consecuencia directa de la conducta ilícita de Venezuela al expropiar las empresas del Grupo *OIEG*. Sobre esta segunda objeción a su jurisdicción el tribunal se pronunció como sigue:

“276. El Tribunal reitera la decisión que adoptó en el párr. 29 de la Resolución Procesal n° 1240: La determinación de un daño está intrínsecamente conectada con la existencia de un incumplimiento. Por lo tanto, la segunda objeción de la Demandada no puede separarse del fondo de la disputa. El Tribunal tratará esta reclamación una vez determinada la existencia de una expropiación y en el ámbito de la determinación de la indemnización debida.

268. En conclusión, el Tribunal rechaza las dos excepciones jurisdiccionales planteadas por Venezuela, y decide que el Centro tiene jurisdicción y el propio Tribunal tiene competencia para dirimir todas las controversias planteadas en el presente procedimiento, y decidir sobre el fondo de la controversia”.

El Laudo dictado en el caso *Venoklim Holding B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/12/22), resolvió distintas objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral. La cuarta objeción planteada por la demandada se refería a la falta de jurisdicción *ratione personae* del tribunal en virtud de la nacionalidad del inversor, al sostener que la demandante no era un “inversor internacional” pues estaba controlada final y efectivamente por nacionales venezolanos, esto es, del Estado receptor de la inversión. Después de analizar la cadena corporativa de la demandante, Venezuela sostuvo que *Venoklim* podía estar registrada según las leyes de los Países Bajos, pero en virtud del criterio del “control efectivo” resultaba evidente que las acciones de la demandante pertenecían, en última instancia, a la sociedad *Industrias Venoco, C.A.*, de nacionalidad venezolana. Por el contrario, la demandante argüía que para determinar la nacionalidad del inversor protegido por el APPRI, debía aplicarse el criterio de la incorporación en el

derecho nacional de un tercer Estado y no el del control efectivo, como afirmaba la demandada. Tras aclarar que el Convenio CIADI no contiene ninguna definición de la nacionalidad de las personas jurídicas, el tribunal resolvió afirmando que:

“154. Para el Tribunal es evidente que el principio rector de la jurisdicción *ratione personae* del CIADI, en lo que concierne al inversionista, busca evitar que nacionales actúen contra sus propios Estados y busca permitir que personas jurídicas nacionales controladas por extranjeros tengan la oportunidad de arbitrar sus controversias ante esa jurisdicción. Esos dos objetivos cumplen la esencia del sistema del CIADI que fue creado exclusivamente para dirimir conflictos entre un Estado y un inversionista extranjero.

(...)

156. Pretender que se considere como una inversión extranjera la efectuada por Venoklim por el solo hecho de ser ésta una compañía incorporada en los Países Bajos, aunque la inversión objeto de la disputa sea en definitiva propiedad de personas jurídicas venezolanas, sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI. Además de por las razones expuestas, el Tribunal no puede llegar a una conclusión distinta de la dicha considerando el Artículo 31 de la Convención de Viena el cual establece que: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

El tribunal consideró que la demandante no podía ser tratada como un inversor internacional según la Ley de Inversiones, por lo que no tenía legitimidad para invocar el artículo 22 de esta Ley ni, consecuentemente, el APPRI. En función de ello, el tribunal no profundizó en el análisis de la última objeción planteada por Venezuela relativa a la denuncia del Convenio CIADI que impediría atribuir jurisdicción al tribunal conforme al APPRI. Por las razones expuestas, el órgano arbitral resolvió aceptar las dos objeciones jurisdiccionales planteadas por Venezuela basadas en la *nacionalidad del inversor* y sus consecuencias, según el artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 y el APPRI.

Por su parte, en el Laudo emitido en el caso *Poštová Banka, A.S. e Istrokapital SE c. Grecia* (caso CIADI nº ARB/13/8), el órgano arbitral tuvo que pronunciarse con respecto su jurisdicción *rationae materiae*. En particular, el tribunal tuvo que decidir sobre las siguientes objeciones jurisdiccionales planteadas por Grecia, a saber: 1) los intereses de la demandante en los bonos emitidos por el Gobierno griego (en adelante, GGBs) no eran una inversión protegida por el APPRI celebrado entre Grecia y Eslovaquia ni tampoco por el artículo 25 del Convenio CIADI; y 2) una de las demandantes (*Istrokapital*) nunca realizó una “inversión” protegida por el APPRI celebrado entre Grecia y Chipre ni tampoco por el artículo 25 del Convenio CIADI.

Por un lado, Grecia sostenía que los intereses de una de las demandantes (*Poštová banka*) sobre los bonos helenos no eran una inversión protegida por el artículo 1.1 del APPRI celebrado entre Grecia y Checoslovaquia, ni se calificaban como tal conforme al artículo 25 del Convenio CIADI. En particular, la demandante nunca había sido titular de bonos emitidos por el Gobierno griego, sino que únicamente adquirió los intereses

sobre dichos bonos a través de sociedades intermediarias que operaban en el mercado secundario de valores. Por el contrario, las demandantes sostenían que el tribunal sí tenía jurisdicción *ratione materiae* de acuerdo a la amplia definición del término “inversión” previstas tanto en los APPRI invocados en este arbitraje, pues los bonos eran activos que comportaban un préstamo al Gobierno heleno, una reclamación monetaria, y generaban un derecho de cumplimiento conforme a un contrato financiero según el artículo 1.1.c) del APPRI celebrado entre Grecia y Eslovaquia; pero también eran activos que comportaban reclamaciones monetarias y contractuales con valor económico, según lo previsto en el artículo 1.1.c) del APPRI celebrado entre Grecia y Chipre. En efecto, *Istrokapital* alegaba que, como accionista en *Poštová banka*, realizó una inversión indirecta en los activos de esta última –los bonos griegos– y que dicha inversión era suficiente para presentar una reclamación de acuerdo al artículo 1.1.c) del APPRI celebrado entre Grecia y Chipre. Por el contrario, Grecia alegaba que, como accionista en la sociedad *Poštová banka*, *Istrokapital* no tenía ningún derecho sobre los activos de esta empresa, por lo que no podía fundar la jurisdicción del tribunal en base a los intereses sobre los bonos griegos que pertenecían a *Poštová banka*. En su opinión, un accionista no poseía derechos ejecutables a través de un arbitraje sobre los activos de la empresa en la que tiene las acciones, sino exclusivamente sobre las acciones que posee en dicha empresa. En consecuencia, *Istrokapital* debería probar que el valor de sus acciones en *Postova banka* quedó afectado negativamente por las medidas adoptadas sobre los bonos griegos en contravención del APPRI celebrado entre Grecia y Chipre.

En primer lugar, el tribunal trató de establecer si una de las demandantes (*Istrokapital*) en tanto que accionista de la sociedad subsidiaria (*Poštová banka*) poseía derechos sobre los activos de esta última que pudieran calificarse como inversión protegida por el APPRI celebrado entre Grecia y Chipre. El tribunal arbitral analizó esta objeción a su jurisdicción *ratione materiae* como sigue:

“228. *Istrokapital* claims that, as a shareholder in *Poštová banka*, it made an indirect investment in the GGBs through *Poštová banka* and that such investment is protected under article 1.1. (c) the Cyprus-Greece BIT as assets comprising monetary claims and contractual claims with an economic value. In this regard, *Istrokapital* has clearly stated that its claim rests solely on the GGB interests held by *Poštová banka* – that is, on the bank’s assets – and not on its shareholding in the company. Respondent challenges this position by asserting that *Istrokapital* has no legal right to the assets of *Poštová banka*, including the GGB interests. Hence, those interests are not protected under the Cyprus-Greece BIT and *Istrokapital* may not pursue a claim on such basis.

229. The Tribunal agrees with the Respondent: there is nothing in the record that supports Claimants’ contention that a shareholder in the position of *Istrokapital* has standing to assert claims for an alleged impairment of the assets of a company (in the place of *Poštová banka*) in which it holds shares. Claimants have failed to establish that the Cyprus-Greece BIT enables *Istrokapital* to submit claims for any alleged rights or claims that *Poštová banka* might have against Greece. Moreover, prior case law, discussed by the Parties, supports the opposite proposition, that is, that shareholders do not have claims arising from or rights in the assets of the companies in which they hold shares.

230. First, as the *HICEE B.V. v. Slovak Republic* tribunal rightly points out, the “default position” in international law is that a company is legally distinct from its shareholders. The foregoing implies that as an independent legal entity, a company is granted rights over its *own* assets, which it alone is capable of protecting. Claimants have not even attempted to establish whether there is a deviation of the “default position” in the applicable domestic law. In other words, Claimants have failed to prove that, under the applicable law, Istrokapital has any legal or contractual right to the GGB interests held by Poštová banka that would allow it to bring a treaty claim against Greece on the basis of an alleged impairment of such security entitlements.

231. Claimants’ contention does not find any support in previous decisions of investment arbitration tribunals either. On the contrary, tribunals – such as the one in *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria* – have consistently held that “*an investor has no enforceable right in arbitration over the assets and contracts belonging to the company in which it owns shares*”.

(...)

236. In summarizing its conclusion regarding the definition of the protected investment for the purpose of the tribunal’s jurisdiction, the *El Paso v. Argentina* tribunal stated that “*what is protected are ‘the shares, all the shares, but only the shares’*”.

(...)

241. Another decision endorsing a similar approach to the issue at hand was delivered by the tribunal in *CMS v. Argentina*. This case concerned the treatment received by a foreign investor holding a minority shareholding in an Argentine company, which, in turn had been granted a license for the transportation of natural gas by the Argentinean Government. The *CMS v. Argentina* tribunal accepted jurisdiction on the basis of the claimant’s shareholding in the domestic company and not on the account of any rights pertaining to such domestic company or relating to such company’s assets.

(...)

245. As clearly and consistently established by the above referenced decisions – all of which were invoked or discussed by Claimants in their Counter-Memorial on Jurisdiction – a shareholder of a company incorporated in the host State may assert claims based on measures taken against such company’s assets that impair the value of the claimant’s shares. However, such claimant has no standing to pursue claims directly over the assets of the local company, as it has no legal right to such assets.

246. In the present case, Istrokapital has not relied on its shareholding in Poštová banka as the basis of its claim: indeed, as stated in Claimants’ Counter-Memorial on Jurisdiction, “[t]o be clear, *Istrokapital’s protected investment is its indirect investment in the Greek Bonds, not its shareholding in Poštová Bank.*” Istrokapital thus has expressly sought to base the Tribunal’s jurisdiction on its alleged “indirect investment” in the GGBs held by Poštová banka. However, Istrokapital has failed to establish that it has any right to the assets of Poštová banka that qualifies for protection under the Cyprus-Greece BIT. Therefore, this Tribunal has no jurisdiction over Istrokapital’s claims in the present arbitration.

247. Considering that the Tribunal does not have jurisdiction over Istrokapital’s claims in this arbitration for the reasons expressed above, there is no need to undertake a detailed analysis of whether the GGBs qualify or not as an investment under the Cyprus-Greece BIT, or to analyze the interplay between the Cyprus-Greece BIT and the ICSID

Convention, or the objections *ratione personae* or other objections to jurisdiction related exclusively to Istrokapital”.

En segundo lugar, el tribunal arbitral procedió a determinar si los derechos de *Poštová banka* sobre los bonos emitidos por el Gobierno griego (GGBs) podían calificarse como inversión protegida por el APPRI celebrado entre Grecia y Eslovaquia. A tal fin el tribunal arbitral se refirió, en primer término, al proceso de adquisición de los derechos sobre los bonos griegos a cargo de *Poštová banka*, aseverando que la demandante había adquirido tales derechos en el mercado secundario de valores. A continuación, analizó las disposiciones del APPRI relativas a las inversiones protegidas por este tratado. Sobre esta cuestión, el tribunal arbitral se pronunció de la siguiente manera:

“276. The Tribunal will first determine whether, in light of the facts summarized above and the evidence in the record, the interests held by Poštová banka in the GGBs qualify as an investment under Article 1(1) of the Slovakia-Greece BIT.

277. If there is no protected investment under the Slovakia-Greece BIT, the dispute subject matter of this arbitration will not be a dispute related to an investment, as required in Article 10(1) of the Slovakia-Greece BIT which contains the consent of the parties to arbitration, and therefore such dispute will not fall under the jurisdiction of ICSID and the competence of this Tribunal under the aforementioned Article 25.

(...)

285. The chapeau of Article 1 of the Slovakia-Greece BIT provides that for the purposes of the treaty “[i]nvestment means every kind of asset and in particular, though not exclusively includes: (...)” In turn section (c) of Article 1 refers to “loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value”.

286. The Tribunal agrees with Claimants that the concept of “investment” as contained in Article 1 of the Slovakia-Greece BIT is a broad one. The BIT contains a broad asset-based concept of investment –as opposed to a closed or limitative concept– and considers that an investment includes “every kind of asset” comprising the examples of investments listed in Article 1.

287. However, the Tribunal is not persuaded that a broad definition necessarily means that any and all categories, of any nature whatsoever, may qualify as an “investment,” nor that the only manner in which a category may be excluded as an investment, under a broad-asset based concept, is by express exclusion in the given treaty. The rule of interpretation of Article 31 of the VCLT must be applied to each treaty in particular, and not seeking to create general categories or classifications of treaties, depending on whether the definition is broad or closed.

(...)

330. The question that the Tribunal must address is, therefore, whether the wide list of investments provided for under Article 1(1) of the Slovakia-Greece BIT includes sovereign debt in general and, if so, the GGBs in particular.

(...)

332. Neither Article 1(1) of the Slovakia-Greece BIT nor other provisions of the treaty refer, in any way, to sovereign debt, public titles, public securities, public obligations or

the like. The Slovakia-Greece BIT does not contain language that may suggest that the State parties considered, in the wide category of investments of the list of Article 1(1) of the BIT, public debt or public obligations, much less sovereign debt, as an investment under the treaty.

333. The only reference to bonds in the Slovakia-Greece BIT is in Article 1(1) (b) which refers to “*shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company*” (emphasis added). The text leaves no doubt that the bonds referred to under Article 1(1)(b) are only bonds issued by a company – debentures of a company – not sovereign debt in general, or bonds issued by either State party to the treaty, in particular. Respondent argues, and the Tribunal agrees, that sovereign bonds are different from forms of participation in corporations, and therefore their exclusion from the definition of investment in a given treaty indicates that the contracting parties did not intend to cover these types of assets.

(...)

335. It is therefore clear that in the context of the Slovakia-Greece BIT, and particularly in Article 1(1)(b) the State parties considered some types of bonds as investments, but the reference to bonds is limited to bonds issued by a company.

336. In Article 1(1)(c) of the Slovakia-Greece BIT, the State parties to the treaty included “loans” as an example of an investment and Claimants consider that such term includes the GGBs. The wide interpretation of the text of Article 1(1)(c) proposed by Claimants considers that the GGBs, which are securities, bonds, clearly fit into the category of investments described in the words “*loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value.*” The Tribunal disagrees.

337. Loans and bonds are distinct financial products. The creditor in a loan is generally a bank or group of banks, normally identified in the pertinent agreement. Bonds are generally held by a large group of creditors, generally anonymous. Moreover, unlike creditors in a loan, the creditors of bonds may change several times in a matter of days or even hours, as bonds are traded. The tradability of loans or syndicated loans is generally limited, and precisely because loans are generally not tradable, they are not subject to the restrictions or regulations that apply to securities.

338. The Tribunal agrees with Respondent that loans involve contractual privity between the lender and the debtor, while bonds do not involve contractual privity. The lender has a direct relationship with the debtor – in the case of public debt, the State – as party to the same contract – the loan agreement – while in the issuance of bonds the contractual relationship of the State is with the intermediaries – in the case at hand with the Participants and the Primary Dealers. The holders of the bonds – the ultimate creditors, holders of the bonds – have a contractual relationship with the intermediary or the clearing house where the bonds are acquired or both.

(...)

340. Again, the specific use of the term “debentures” only for debt issued by companies in Article 1(1)(b) of the Slovakia-Greece BIT and the specific use of the term “loans” in another section of the Slovakia-Greece BIT, Article 1(1)(c) , together with the lack of reference to any sort of public indebtedness, leads the Tribunal to consider that the Parties to the treaty did not intend to treat government securities, such as the GGBs, as investments for purposes of the BIT.

341. In connection with “*claims to money*,” the other category of investments in Article 1(1) (c) of the BIT which Claimants deem to include GGBs, the Tribunal again disagrees with the interpretation of Claimants for several reasons.

342. First, a Tribunal should not lightly expand the language of a treaty so as to conclude that a general reference to “*claims to money*” includes bonds or other securities issued by a State, where there is no indication that the State parties intended to do so.

343. Second, the text of Article 1(1)(c) of the Slovakia-Greece BIT considers as an investment “*claims to money or to any performance under contract having a financial value*” (emphasis added). Therefore the investment consists of a claim to money, or a claim to performance, under a contract having a financial value. In other words, the claim to money must arise under a contractual relationship.

344. The contractual relationships in the issuance by Greece in the primary market and the purchase by Poštová banka in the secondary market have been widely discussed. Greece had a contractual relationship with the Participants and the Primary Dealers for the issuance and distribution of the GGBs. It is undisputed that Poštová banka was not a Participant or a Primary Dealer, and that it therefore had no contractual relationship with Respondent in connection with such issuance and distribution. Poštová banka acquired its interests in the GGBs through a transaction with Clearstream, governed by the laws of Luxembourg, which governed, inter alia, the opening of the corresponding account for the purchase and sale of the GGBs.

345. Under Greek Law 2198 of 1994 and the documents governing the issuance and trade of the GGBs, the rights of Poštová banka – like the rights of other bondholders – were rights against the Participants. There is nothing in the record that even suggests that there was a contractual relationship between Respondent and Poštová banka. Poštová banka had certain rights against the Greek Government under the terms of the GGBs, [...], but such rights would only become exercisable against Respondent in one specific circumstance: the Greek Government’s failure to pay due interest and principal on securities to the Bank of Greece.

346. Even if, as suggested by Claimants, the issuance of the GGBs and the sales in the secondary market constitute one single economic operation, the Tribunal is not convinced that even the fact of considering such unified operation would result in Poštová banka having a claim to money under contract against Respondent.

347. The record indicates that Poštová banka never entered into a contract with Respondent and its contractual relationship under the GGBs was exclusively with the Participants through Clearstream. In other words, the “*claim to money*” would not result from a contract between Poštová banka and Respondent.

348. Poštová banka holds a right in a title – *a right in rem* – against the Participants, and would have rights against Greece, not arising from a contract with Respondent, but from the title and the consequences provided therein in case the Greek Government fails to pay principal and interest to the Bank of Greece pursuant to the terms of Law 2198 of 1994.

349. Since Poštová banka does not have a claim to money under contract having a financial value, it does not have an investment for purposes of Article 1(1) of the BIT.

350. The Tribunal accordingly concludes that neither of the Claimants is an investor with an investment as defined in Article 1(1) (c) of the Slovakia-Greece BIT and in Article 1(1) (c) of the Cyprus-Greece BIT. Based on the above analysis, the Tribunal concludes

that it lacks jurisdiction *ratione materiae* to entertain this dispute. In light of this conclusion, the Tribunal does not deem it necessary to examine the remaining objections to jurisdiction advanced by Respondent, concerning absence of jurisdiction *ratione personae* and *ratione temporis*, nor the allegations concerning abuse of process and the umbrella clause”.

En último lugar, el Laudo sobre jurisdicción en el caso *Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. c. Guinea Ecuatorial* (caso CIADI nº ARB (AF)/12/2), se ocupó de diversas objeciones a la jurisdicción del tribunal planteadas por Guinea Ecuatorial. Una de estas objeciones se refería a que la demandante no era un “inversor” al no haber realizado una inversión en el territorio de Guinea Ecuatorial, tal y como dispone el APPRI. Por el contrario, la demandante apeló al concepto de inversión y de inversor contenidos en el artículo 1.2 del APPRI, que se fundan en la titularidad de acciones y otras formas de participación. La demandante sostenía que el inversor era el *Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L.*, constituido como sociedad mercantil en España, y encuadraba dentro de la definición de “sociedad” del artículo 1.1.b) del APPRI.

Para dirimir su competencia el tribunal consideró que le resultaba indispensable decidir sobre la condición de inversor de la demandante, si había efectuado inversiones en el territorio de Guinea Ecuatorial y, finalmente, si dichas inversiones se llevaron a cabo de acuerdo con la legislación guineana. Para determinar la condición de inversor de la demandante el tribunal consideró relevantes las definiciones contenidas en el APPRI:

“120. En consecuencia, para el Tribunal, “inversor” protegido por el APPRI será todo nacional o sociedad de una de las Partes Contratantes que: a) cumpla con los requisitos estipulados en el APPRI para ser considerado nacional de una de las Partes Contratantes, y que a su vez, b) realice “inversiones” en el territorio de la otra Parte Contratante. También serán considerados inversores protegidos los nacionales o sociedades de una Parte Contratante que sean propietarios o efectivamente controlen una sociedad nacional de la Parte en la que se realiza la inversión, siempre que esa inversión se haya efectuado de conformidad con el derecho del Estado receptor.

(...)

123. El Tribunal concluye que el Grupo califica como “sociedad” de nacionalidad española en los términos del Artículo 1(1)(b) del APPRI con fundamento en haber sido constituida en el Reino de España y por tener su sede social en el territorio de esa misma Parte Contratante. Califica asimismo como “sociedad” propietaria o controladora de una sociedad establecida en Guinea Ecuatorial, de acuerdo con el Artículo 1(2) del APPRI”.

A continuación el tribunal procedió a determinar si la sociedad de nacionalidad española había realizado una inversión en el territorio del Estado receptor. Para la demandada, la inexistencia de una inversión se evidenciaba en la falta de cumplimiento por parte de la demandante de los requisitos exigidos por la legislación guineana para celebrar un contrato de obra con dicho Estado. Por el contrario, la demandante alegó que cumplía con los requisitos necesarios para efectuar una inversión en cuanto a contribución, riesgo y duración, como elementos intrínsecos a toda inversión, conforme a los criterios generales recogidos en el denominado “test Salini”. En particular, la demandante sostenía que había demostrado su calidad de inversor, en los términos del APPRI, mediante un desplazamiento patrimonial que ascendió a un millón de euros, lo

cual representaba una aportación monetaria y una participación en una empresa vinculada a una inversión:

“136. Para el Tribunal, el término “inversión” expresado en el APPRI debe interpretarse de conformidad con las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...). Es decir que, la interpretación del término “inversión” debe hacerse de buena fe, de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuírsele, dentro de su contexto y en el marco del objeto y fin del acuerdo que lo contiene.

137. Al interpretar dicho término, queda claro para el Tribunal que la enunciación del Artículo 1(2) del APPRI no es taxativa, sino simplemente ejemplificativa. Sin embargo, el Tribunal reconoce que el término “inversión” se encuentra condicionado por la conformidad del inversor con el ordenamiento jurídico interno de la otra Parte Contratante.

(...)

139. [...] Dentro de este contexto, en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales predomina un esquema interpretativo que recoge tres elementos básicos que componen, en forma independiente, el llamado “Salini test”, como fórmula para convalidar la existencia de una inversión”

(...)

142. En consecuencia el Tribunal, con el solo objeto de decidir sobre su jurisdicción, a continuación se abocará a determinar las cuestiones relativas a las relaciones contractuales alegadas por la Demandante como fundamento de su inversión, distinguiendo entre: a) la alegada existencia de una relación contractual para la realización de obras en Malabo y Bata; y b) la alegada existencia de una adjudicación por contratación directa para la realización de obras en Oyala. En cada una de estas secciones, el Tribunal se abocará a determinar la adecuación o conformidad de las alegadas inversiones con el derecho interno de Guinea Ecuatorial”.

A juicio del tribunal, la base contractual de las reclamaciones era un prerrequisito esencial para determinar la existencia de una contribución efectuada por la demandante, que la caracterizara como una inversión protegida por el APPRI. Sobre esta cuestión afirmó el tribunal que:

“169. El Tribunal observa que para la Demandada el Acuerdo de Constitución es un precontrato sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, mientras que, para la Demandante, ese Acuerdo es “un contrato que reviste de todos los requisitos para tener tal carácter y que, por tanto, establece obligaciones recíprocas para ambas partes”.

(...)

171. El Tribunal concluye que los derechos y obligaciones estipulados en el Acuerdo de Constitución se encuentran entonces supeditados a la celebración de contratos de obra con el Estado y a la efectiva constitución y funcionamiento de INCOGESA de conformidad con los requisitos exigidos por la legislación de Guinea Ecuatorial”.

La demandada sostuvo que no se habían cumplido los requisitos exigidos en el derecho guineano para que la inversión efectuada en el Estado receptor fuera considerada como inversión protegida, tal como se prescribe en el artículo 1 del APPRI. Además, Guinea

Ecuatorial mantuvo que la demandante no obtuvo el certificado de inversor expedido por la autoridad competente guineana exigido en su Ley de Inversiones. Por el contrario, la demandante consideró que su actividad empresarial fue llevada a cabo conforme a los términos de la Ley de Inversiones guineana y constituía una “inversión”. En efecto, la falta de respuesta de las autoridades a sus propuestas y proyectos sometidos a su aprobación dentro de un plazo estipulado en el Acuerdo de Constitución implicaron, a través de los efectos del silencio administrativo que establece la Ley de Procedimiento Administrativo, la aceptación del Gobierno de Guinea Ecuatorial de la inversión propuesta. El tribunal procedió a resolver esta objeción mediante el siguiente razonamiento:

“199. El Tribunal encuentra relevante reiterar el papel que debe asignársele al derecho interno del Estado receptor en la definición de los cuestionamientos relativos a las objeciones a su jurisdicción. En efecto, el Artículo 1(2) del APPRI al definir inversiones protegidas, se refiere a todo tipo de activos que hayan sido invertidos por los inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta última (...).

(...)

228. El Tribunal confirma que la prueba de los hechos relevantes para determinar la existencia de jurisdicción corresponde a la parte que invoca jurisdicción. La falta de diligencia debida por parte del Grupo Contreras, con el fin de demostrar que efectivamente realizó una inversión de conformidad con el derecho vigente en el Estado receptor, no puede justificarse en la ausencia de información sobre la documentación necesaria, exigida por ley, que debería supuestamente, en el razonamiento de la Demandante, haber sido suministrada por el Estado.

229. Del análisis de la documentación aportada, el Tribunal concluye que la Demandante no prueba la existencia de un contrato de obra con el gobierno de Guinea Ecuatorial como base de su alegada inversión, de conformidad con la legislación interna. El silencio administrativo no constituye la base del consentimiento del Estado para la celebración de un contrato de obra.

(...)

233. En consecuencia, el Tribunal concluye que: los acuerdos invocados por la Demandante con el Gobierno de Guinea Ecuatorial no constituyen una inversión protegida por el APPRI, relativa a las obras en Bata y Malabo; a su vez el Tribunal entiende que la sociedad Nueva Edificación como la sociedad mixta INCOGESA, no se conformaron a las exigencias del derecho interno de Guinea Ecuatorial y por lo tanto carecen de entidad suficiente para ser consideradas como el medio apto para la realización de las alegadas inversiones de la Demandante.

234. (...) el Tribunal concluye que la Demandante no ha dado debido cumplimiento a las disposiciones legales vigentes en Guinea Ecuatorial para asegurar su condición de inversor por no haber realizado inversiones en el territorio del Estado receptor de conformidad con el Artículo 1(2) del APPRI”.

A continuación, el tribunal evaluó la compatibilidad con el Derecho interno guineano de la inversión relativa al proyecto de obra en *Oyala*, aceptando las excepciones a la jurisdicción interpuestas por la demandada:

“252. El Tribunal constata que en el expediente no hay evidencias que la Demandante haya reclamado la celebración del contrato que perfecciona la adjudicación otorgada. Tampoco existen evidencias que la Demandada se haya negado a la celebración del contrato por el que se adjudicaban las obras de Oyala.

253. En consecuencia, el Tribunal toma nota de que la actitud de la Demandante manifiesta una renuncia o abandono de su derecho –concedido por el Gobierno a través de la adjudicación de la obra de Oyala– a invertir en el territorio de Guinea Ecuatorial.

254. Para el Tribunal, los alegados gastos incurridos en la preparación de los proyectos para la realización de las obras en Oyala, no califican como inversión protegida por el APPRI, en razón que la proyectada inversión se frustró en parte por voluntad de la Demandante. En este contexto, esos gastos alegados por la Demandante serían la base de trabajos preparatorios de una posible inversión y no son, ni se asimilan a la inversión proyectada.

(...)

257. El Tribunal concluye que la Demandante no acredita haber realizado una inversión relativa a obras en Oyala en razón a que la adjudicación oportunamente otorgada a su favor, no se perfeccionó a través de la celebración del contrato de obra exigido por el derecho de Guinea Ecuatorial (Ley de Contratos) (...).

262. En conclusión, el Tribunal encuentra que, ante las objeciones de la Demandada, la Demandante no demostró la existencia de una inversión bajo el APPRI y el Reglamento del Mecanismo Complementario. Frente al incumplimiento de los términos y condiciones de los Acuerdos invocados por la Demandante relativos a las obras de Malabo y Bata y ante la falta de implementación de los requerimientos para la adjudicación directa de las obras de Oyala, la Demandante no pudo demostrar la realización de las alegadas inversiones bajo la protección del APPRI, de conformidad con el derecho del Estado receptor y por lo tanto no reviste carácter de inversor protegido por el APPRI.

263. En consecuencia, el Tribunal admite la excepción jurisdiccional de la Demandada en virtud de la cual la presente controversia no surge de una inversión, ni la Demandante es un inversor, protegidos por el APPRI”.

### **III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN<sup>9</sup>**

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

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

Una de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n°

---

<sup>9</sup> Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Fernando Lozano Contreras.

ARB/11/25) consistió en dirimir si Venezuela había incumplido el estándar de plena seguridad física y protección previsto en el artículo 3.2 del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela. La demandante consideró que la demandada no había asegurado la plena seguridad física y protección de las inversiones de *OIEG*. Según la demandante, la doctrina y las decisiones de tribunales internacionales confirmaban que la comprensión contemporánea de la garantía de la plena seguridad física y protección iba más allá de la protección física, abarcando la violación de los derechos de los inversores por operación de las leyes del Estado receptor (protección legal). El órgano arbitral acertadamente rechazó dicha pretensión al amparo de los siguientes argumentos:

“572. Las Partes no están de acuerdo en el alcance y la interpretación que ha de darse al estándar de PSP. El debate se centra en determinar la amplitud de la protección. La Demandante alega que el estándar comprende no sólo la seguridad física de las inversiones, sino también la seguridad jurídica. La Demandante argumenta que la definición de inversión en el Art. 1(a) del APRI incluye activos intangibles, que sólo pueden gozar de plena seguridad y protección a través de la protección jurídica. Asimismo defiende que no existiría una sobreposición entre los estándares de TJE y PSP porque éste implica obligaciones positivas de vigilancia y diligencia debida.

573. La Demandada niega que la protección sea extensible a la seguridad jurídica: el estándar de PSP se encontraría ligado tradicionalmente a la protección física e impondría al Estado un deber de vigilancia y diligencia, pero no una responsabilidad objetiva. Venezuela no niega que algunos tribunales hayan mantenido una interpretación extensiva, pero considera que ese punto de vista no es el predominante y que los casos citados por la Demandante no son aplicables.

574. El Tribunal concuerda con la Demandada.

575. Se ha discutido ampliamente si el ámbito de protección primario del estándar de PSP, que cubre únicamente la seguridad física, se puede extender también a la seguridad jurídica. Si se aceptara esta extensión, las modificaciones arbitrarias del marco legal y regulatorio también podrían resultar en contravenciones del estándar de PSP.

576. En nuestro caso la cuestión viene resuelta por la propia redacción del art. 3(2)  
- En primer lugar, el precepto parece una aplicación concreta del estándar de TJE, puesto que se inserta inmediatamente después de la garantía de TJE (contenida en el art. 3(1)) y se inicia con la frase ‘más particularmente’. Por lo tanto, la literalidad del APRI indica que existe un género – el TJE del art. 3(1)- y una especie – el PSP del art. 3(2). Mientras el género cubre los actos que violan la seguridad jurídica, la especie se centra en la seguridad física.  
- La propia redacción del art. 3(2) APRI confirma esta interpretación: utiliza expresamente el adjetivo “física” para describir la seguridad que garantiza. Una interpretación literal, que es la favorecida por el art. 31(1) CVDT, lleva inexorablemente a la conclusión de que el Art. 3(2) del Tratado se limita a garantizar plena protección y seguridad físicas.

577. En resumen, el art. 3(2) del APRI constituye una especie dentro del género del TJE, que resultará aplicable cuando la seguridad de la inversión se vea afectada por violencia física o contiendas civiles. La responsabilidad del Estado surgirá si no ha adoptado las medidas de protección que exija la prudencia para proteger la propiedad extranjera amparada por el Tratado.

578. La Demandante alega que la presencia de la GNB desde la madrugada del 26 de

octubre de 2010 –antes de la emisión del Decreto de Expropiación– y su permanencia en las Plantas durante varias semanas supuso una violación de la garantía de PSP. La República, por el contrario, insiste en que la intervención de la GNB fue llevada a cabo sin actos de acoso ni amenaza y con el único fin de mantener la paz en las Plantas, ante las protestas de los trabajadores.

579. El Tribunal coincide con la posición de la Demandada y en este punto desestima la pretensión de OIEG.

580. La garantía de PSP implica una obligación del Estado de desplegar su policía u otros medios coactivos para evitar que terceros perturben la pacífica posesión y disfrute de la inversión. La simple presencia de la GNB en el acto de intervención de las Empresas forma parte de las medidas cautelares que un gestor público puede y debe legítimamente adoptar para garantizar el ordenado desarrollo de la toma de control, precisamente para garantizar la PSP de la inversión. Es contradictorio alegar que la actuación de las fuerzas de seguridad del Estado, las mismas que garantizan la seguridad física, constituye una violación del estándar de PSP.

581. En resumen: El Tribunal desestima las pretensiones presentadas por la Demandante, pidiendo que el Tribunal declare que la República Bolivariana violó el artículo 3(2) del APRI Países Bajos-Venezuela”.

En el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15) el órgano arbitral encargado de resolver la controversia consideró que Zimbabue había vulnerado esta obligación, pues la puesta en marcha del plan nacional de reforma agraria lanzado por el Presidente Robert Mugabe y la reforma constitucional en el que se basó dicho plan generaron, entre otras consecuencias, la ocupación por la fuerza de granjas hasta ese momento propiedad de ciudadanos de raza blanca:

“596 The Parties agree that the FPS standard is not a strict liability test, but is an all reasonable measures (i.e., a due diligence) standard. The Tribunal also considers that this standard relates to physical security and threats of violence and is materially the same under both BITs.

597 The Tribunal finds that the Respondent has breached this FPS standard in relation to the failure of police to protect the Claimants’ properties from occupation or to remove Settlers/War Veterans. The Tribunal also finds that the Respondent breached this standard in relation to the nonresponsiveness of police to various violent incidents that occurred, as detailed in the Witness Statements of, for example, Heinrich von Pezold and John Gadzikwa.

598 The Tribunal is of the opinion that the exception in the BITs for situations of war, revolution, etc. does not apply in the present case. The Respondent’s further defences that the police were overwhelmed, or that intervention would have required disproportional force, were also unconvincing.

599 Accordingly, the Tribunal finds that the Respondent breached its obligations under the BITs to provide full protection and security to the Claimants in respect of the Claimants’ Properties. In light of the Tribunal’s finding in respect of the FPS standard in the BITs, it is unnecessary for the Tribunal to consider the Claimants’ arguments regarding Section 18 of the Constitution”.

## **2. El trato justo y equitativo**

Otra de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25) consistió en dirimir si Venezuela había incumplido el estándar de trato justo y equitativo previsto en el artículo 3.1 del ya mencionado APPRI. La demandante consideraba que la República Bolivariana malinterpretó el estándar del trato justo y equitativo establecido en el tratado, puesto que intentó equipararlo con el estándar mínimo de trato. *OIEG* consideraba que ni el artículo 3.1 del APPRI ni el art. 3.1 del Protocolo del APPRI vinculaban o limitaban el estándar del trato justo y equitativo del APPRI al estándar mínimo de trato establecido por el DI consuetudinario. Para resolver esta cuestión, el tribunal se refirió, en primer lugar, a cuál es el estándar de protección establecido en el APPRI:

“472. La regulación del art. 3(1) del APRI se ve complementada por el punto 2 del Protocolo, que establece: ‘Las Partes Contratantes convienen en que el trato de inversiones será considerado como justo y equitativo, en la forma prevista en el Artículo 3, Párrafo 1, si se conforma al trato otorgado a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones pertenecientes a nacionales de cualquier tercer Estado, así como a la norma mínima para el trato de nacionales extranjeros bajo el derecho internacional, lo que sea más favorable al nacional interesado.’

473. La norma ordena pues que el trato dado a un inversor protegido será justo y equitativo si se conforma:

- al trato otorgado a las inversiones nacionales [venezolanos] o
- a inversiones pertenecientes a nacionales de cualquier tercer Estado,
- así como a la norma mínima para el trato de nacionales extranjeros bajo el derecho internacional, lo que sea más favorable al [inversor holandés protegido].

474. ¿Cuál es el significado exacto de este confuso precepto?

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

476. Aplicando este principio hermenéutico, el texto en español del APRI resulta confuso, pues parece exigir que la garantía de TJE se dispense de conformidad con el estándar más favorable al inversor entre:

- el trato otorgado a las inversiones nacionales,
- el trato a las inversiones de nacionales de terceros estados y
- la norma mínima de Derecho internacional consuetudinario.

477. Sin embargo, el texto en inglés tiene una redacción totalmente diferente: ‘The Contracting Parties agree that the treatment of investments shall be considered to be fair and equitable as mentioned in Article 3, paragraph 1, if it conforms to the treatment accorded to investments of their own nationals, or to investments of nationals of any third State, whichever is more favorable to the national concerned, as well as to the minimum standard for the treatment of foreign nationals under international law.’

478. En la versión inglesa queda claro que el trato dispensado a la inversión será justo y equitativo si cumple un doble requisito:

- Si el trato se ajusta al dado a las inversiones de los propios nacionales o a las de terceros Estado, aplicándose la más favorable de ambas alternativas, y

- Adicionalmente (“as well as”) al estándar mínimo para el trato de extranjeros exigido por el Derecho internacional.

479. ¿Qué hacer para resolver esta antinomia? El Protocolo contiene una regla para resolver esta cuestión: su Punto 3 establece que: “se tomará el texto en idioma inglés como referencia”.

480. Por lo tanto, prevalecerá la regulación del TJE prevista en la versión inglesa del Punto 2 del Protocolo. En términos prácticos, esta regulación implica que el TJE garantizado por el APRI

- Por regla general equivaldrá al estándar mínimo consuetudinario;  
- Salvo que el inversor pueda probar que el trato garantizado a las inversiones de los propios nacionales o a las de terceros Estados sea superior.

481. La Demandante ha intentado acogerse a la excepción argumentando que el estándar de trato establecido en el Tratado entre el Reino Unido y Venezuela efectivamente es superior. El artículo 2(2) de ese Tratado indica que “[l]as inversiones de nacionales o compañías de cada Parte Contratante deberán recibir en todo momento un trato justo y equitativo de conformidad con el Derecho internacional”.

482. El Tribunal no coincide con esta apreciación: no es cierto que el Tratado con el Reino Unido ofrezca un trato superior al estándar mínimo consuetudinario, pues en realidad solo ofrece a los inversores protegidos un TJE ‘de conformidad con el Derecho internacional’. El Tratado no garantiza por lo tanto un TJE en abstracto, sino únicamente aquel reconocido por el Derecho internacional. Y el nivel de protección que ofrece y garantiza el Derecho internacional a los extranjeros es precisamente lo que se conoce como estándar mínimo consuetudinario.

483. En resumen, el Tribunal concluye que *hic et nunc* se debe aplicar la regla general, y que el estándar de TJE del que disfruta la Demandante en relación con sus inversiones en Venezuela, es el estándar mínimo consuetudinario (o para utilizar la terminología del Protocolo al APRI “la norma mínima para el trato de nacionales extranjeros bajo el Derecho internacional”).

Estándar mínimo consuetudinario

484. ¿Qué se ha de entender por estándar mínimo de trato a los extranjeros, garantizado por el Derecho internacional consuetudinario?

485. La cuestión está erizada de dificultades porque no existe una jurisprudencia constante, y además se hace necesario distinguir, tomando en cuenta la diferente naturaleza de los actos que generan responsabilidad internacional del Estado.

486. La primera formulación del estándar de TJE parece haber sido la adoptada en Roberts, una decisión arbitral dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México, que enjuició la actuación del poder ejecutivo mexicano y definió el estándar mínimo como aquel requerido ‘in accordance with ordinary standards of civilization`.

487. El Sr. Roberts, un ciudadano norteamericano, había estado encarcelado en México en lo que él entendía fueron condiciones inhumanas. México argüía que los ciudadanos mexicanos eran encarcelados en condiciones idénticas. Y el Tribunal decidió: ‘Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law.

That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment’.

488. El estándar definido en Roberts (‘in accordance with ordinary standards of civilization’) fue fijado en los años 20 del siglo pasado, en un contexto de lesión a los derechos individuales de un ciudadano extranjero y de enjuiciamiento de actos adoptados por el Poder ejecutivo – no de actos judiciales ni de actos legislativos. Quizá lo más importante de la sentencia sea el principio de que una actuación imputable al Estado puede generar responsabilidad iusinternacional, a pesar de que las medidas afecten por igual a nacionales y a extranjeros y aun si no mediara ni mala fe ni incumplimiento doloso de obligaciones.

489. El estándar mínimo consuetudinario no ha permanecido congelado, y desde sus primeras formulaciones hace 100 años se ha beneficiado de un desarrollo importante, impulsado por el asentamiento de los Derechos Humanos y la implantación del Estado de Derecho. Bien entrado el siglo XXI Roberts es de dudosa relevancia para la protección de inversores extranjeros frente a actos administrativos, legislativos o judiciales que interfieran con el uso y disfrute de su inversión. Lo relevante no es el estándar, tal como se definió en el siglo XX, sino el estándar tal como existe y se acepta hoy – pues tanto el Derecho internacional consuetudinario como el propio estándar se hallan en constante evolución. Y es bien posible que en la actualidad el estándar mínimo consuetudinario y el TJE previsto en los tratados hayan convergido, llegando a otorgar al inversor niveles de protección sustancialmente equivalentes.

490. El art. 3(1) del APRI debe fungir como punto de partida en la tarea de desentrañar el significado actual del estándar. El precepto por un lado enuncia el principio general de que se garantizará al inversor un TJE, de acuerdo con el estándar mínimo internacional, y por otro añade una prohibición específica: ningún Estado deberá adoptar ‘medidas arbitrarias o discriminatorias’ que afecten a ‘la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición’ de las inversiones.

¿Qué se ha de entender entonces por TJE?

491. El TJE representa un concepto jurídico indeterminado, que impone a todos los Estados un estándar mínimo de conducta frente a los extranjeros. Un Estado lo viola cuando adopta un acto (o una cadena de actos) manifiestamente antijurídicos o que desconocen las exigencias básicas del rule of law. El deber de prestar TJE a los extranjeros se predica con respecto al Estado en su conjunto, y obliga a todos los poderes que lo integran. La obligación de TJE se puede violar:

- A través de actos administrativos, adoptados por autoridades administrativas de las que el Estado es responsable, y dirigidos directamente en contra del inversor;
- O también mediante actos judiciales que afecten al inversor, cuando éstos impliquen denegación de justicia;
- O finalmente mediante actos legislativos de carácter general, dictados por el Estado, cuando la nueva regulación contradiga las legítimas expectativas del inversor.

492. ¿Qué se debe entender por ‘medidas arbitrarias o discriminatorias’?

493. El APRI no solo enuncia la garantía de TJE, sino que también prohíbe la adopción de ‘medidas arbitrarias o discriminatorias’ que afecten a la inversión.

494. No es fácil definir qué es arbitrario. La idea fundamental de la arbitrariedad consiste en que la legalidad, el debido proceso, el derecho al recurso judicial, la objetividad y la transparencia son sustituidos en la gestión de la cosa pública por privilegio, preferencia,

parcialidad, preclusión y ocultamiento [...].

495. La discriminación por su parte requiere que una inversión sea tratada de forma diferente a otras inversiones, sin que exista causa objetiva que lo justifique; que una medida afecte al inversor extranjero y no a otros, precisamente por su naturaleza de extranjero, o por su pertenencia a determinado grupo étnico, religioso o nacional.

496. En resumen: En el presente caso, el APRI exige que la existencia o inexistencia de TJE se determine de conformidad con estándar de trato para extranjeros impuesto por el Derecho internacional y en especial prohíbe que los Estados adopten medidas arbitrarias o discriminatorias que puedan afectar a la inversión protegida”.

Una vez aclarado este extremo el órgano arbitral determinó si los hechos juzgados habían constituido una violación del estándar del trato justo y equitativo:

“512. El Tribunal concuerda con la Demandante en que las actuaciones del INDEPABIS (Instituto para la Defensa del Pueblo en el Acceso a los Bienes y Servicios de la República Bolivariana de Venezuela) fueron arbitrarias y constituyen una desviación de poder, pues existe una contradicción entre las causas aducidas por el INDEPABIS para dictar las medidas de ocupación, y la verdadera finalidad perseguida.

513. El INDEPABIS adoptó por vía administrativa, inaudita parte y con efectos inmediatos, la decisión de ocupar temporalmente las Plantas. El organismo adujo como razón para una medida tan drástica e invasora de los derechos fundamentales del expropiado, que las Empresas estarían incurriendo en determinados ilícitos sancionados por la Ley INDEPABIS: según las Actas levantadas

- Las Empresas estarían restringiendo la oferta de bienes;
- Existiría un riesgo de destrucción, desaparición o alteración de bienes o documentos;
- OIdV se estaría negando a exhibir libros o documentos u ocultando información.

514. La Demandada no ha aportado indicio alguno que dé sustento a estas acusaciones. El propio INDEPABIS también carecía de cualquier indicio: la adopción de medidas de ocupación temporal requería la apertura de un procedimiento sancionador previo, cosa que el INDEPABIS nunca hizo. El propio perito de la Demandada dijo desconocer la existencia del procedimiento sancionador. No habiendo expediente en el que pudieran constatarse, aunque fuera indiciariamente, la realidad de las conductas ilícitas, no existe soporte jurídico que pueda justificar la adopción de las medidas de ocupación. También es muy significativo que, a pesar del tiempo transcurrido, el INDEPABIS, después de haber adoptado una medida provisional tan draconiana, nunca haya llegado a sancionar a las Empresas por los ilícitos investigados.

516. En realidad, la finalidad perseguida por la República Bolivariana, cuando impulsó al INDEPABIS a ocupar temporalmente las Plantas, fue la de evitar el engorroso procedimiento previsto en la LECUPS, que exigía acudir a los tribunales contencioso administrativos y obtener una orden judicial.

(...)

518. La República no llevó a cabo la ocupación de las Plantas conforme al Art. 56 de la LECUPS porque – según admite su experto – el procedimiento garantista allí previsto hubiera tomado tiempo y obligado a depositar el justiprecio. La Demandada utilizó la figura de la ocupación temporal prevista en la Ley INDEPABIS, para hacerse con las Plantas, no como medida provisional por la existencia de presuntos incumplimientos por las Empresas de la Ley INDEPABIS, sino para privar a la Demandante de sus derechos conforme a la LECUPS.

(...)

560. En resumen: el Tribunal estima las pretensiones presentadas por la Demandante, y declara que la República Bolivariana sometió a sus inversiones a un trato injusto o inequitativo y a medidas arbitrarias, en violación del artículo 3(1) del APRI Países Bajos-Venezuela, porque la expropiación se llevó a cabo en violación del debido proceso y porque la ocupación de las Plantas por el INDEPABIS constituyó una arbitrariedad”.

Por su parte, en el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabwe* (caso CIADI n° ARB/10/15) el órgano arbitral declaró la vulneración del estándar de trato justo equitativo afirmando que:

“545 The Tribunal endorses the Claimants’ description of the FET standard and finds the FET standard to be substantively the same under both the Swiss and German BITs.

546 In particular, the jurisprudence supports the Claimants’ contention that a breach of FET can be based on State actions that are “arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, expose the investor to sectional or racial prejudice, coerce or harass the investor, or lack due process” and/or a breach of specific representations made to the investor (legitimate expectations). A State is thus expected to behave, as the Claimants submit, in a “consistent, even handed, unambiguous, transparent, candid” manner. To the extent FET incorporates the minimum standard of treatment under international law, it is clear that this standard has moved on since the Neer case.

547 The relevant assurances provided by the Government and various officials to the Claimants that their investments would not be subject to expropriation are sufficient to establish the Claimants’ legitimate expectation that their investments would not be included in the LRP and consequently would not be subject to expropriation in breach of the BITs. (...)

549 It was not until 2007 that the Government changed its mind and declared that the Constitutional Amendment had expropriated their investments.

(...)

551 Based on the foregoing, the Tribunal finds a breach of the Respondent’s FET obligations in respect of the Zimbabwean Properties as of 14 September 2005, on which date the 2005 Constitutional Amendment vested title in the Zimbabwean Properties in the State.

(...)

561 Accordingly, the Tribunal finds that the Claimants have established a breach of the FET standard contained in Article 2(1) of the German BIT and Article 4(1) of the Swiss BIT by failing to accord the Claimants FET in connection with (a) the Zimbabwean Properties; (b) the Residual Properties, Zimbabwean Company Shares and Income-Generating Assets; (c) the Forrester Water Rights; (d) the Forrester Loans; (e) the Forrester Tobacco Value Shortfall; (f) the Forester Conversion Amount; and (g) the Border Liquidation Shortfall. The quantification of damages for these breaches will be considered below”.

En el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI n° ARB/06/2) el órgano arbitral también decretó la violación del estándar de trato justo y equitativo:

“291. The Tribunal considers it can be left open here whether the BIT’s obligation to accord fair and equitable treatment can be equated with the minimum standard under international law. Indeed, the Tribunal finds that the revocation of the Claimants’ concessions violates international law even under a more demanding standard. As noted by the Waste Management II tribunal: [T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.

292. In the context of its analysis of the Claimants’ expropriation claim, the Tribunal has already held that the revocation of the concessions was discriminatory and unjustified under Bolivian law. By the same token, it also violates the fair and equitable treatment standard, even if it were to be equated with the customary international law minimum standard of treatment.

293. For the same reasons, the revocation of the concessions thus qualifies as an unjustified and discriminatory measure in the meaning of Article III(2) of the BIT. Indeed, the use, enjoyment, extension, transfer, sale and liquidation of the Claimants’ investments was impaired through unjustified and discriminatory measures.

294. Accordingly, the Tribunal concludes that the revocation of the concessions was done in breach of Articles III and IV of the BIT.

295. This conclusion applies to NMM and Quiborax alike. By revoking the concessions in the way that it did, Bolivia treated both NMM’s and Quiborax’s investments in Bolivia unfairly and inequitably, and impaired their use, enjoyment, extension, transfer, sale and liquidation through unjustified and discriminatory measures. It is easily explained that the FET breach also affected Quiborax. Indeed, the Tribunal has found that the very reason for the discrimination was the nationality of NMM’s main shareholder, Quiborax.

(...)

304. The Tribunal concludes that the annulment of the concessions was thus not a legitimate exercise of the Respondent’s police powers; it was not consistent with Bolivia’s obligation to accord fair and equitable treatment to the Claimants’ investments. It is also an unjustified measure that impaired the Claimants’ use, enjoyment, extension, transfer, sale and liquidation of their investments. Consequently, the Tribunal holds that by annulling the Claimants’ concessions the Respondent has breached Articles IV(1) and III(2) of the BIT”.

En el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (caso CIADI nº ARB/07/19) el tribunal, después de haber adoptado en 2012 su decisión sobre jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad, concluyó en esta fase final que la terminación prematura del acuerdo de compraventa de energía, como consecuencia de la promulgación de la Ley de Electricidad en 2006 (tras la entrada de Hungría en la UE), no suponía una violación del TCE.

Una de las cuestiones zanjadas por el tribunal en 2015 consistió en dirimir si Hungría, al dar por finalizado unilateralmente el acuerdo entre el Estado y la compañía húngara

*Dunamenti*, controlada por una empresa belga de suministro de energía (*Electrabel*), había vulnerado o no el artículo 10 del TCE en el que se contemplan, entre otros, el estándar de trato justo y equitativo. El órgano arbitral, atendiendo a las circunstancias específicas que rodeaban este caso (ingreso de Hungría en la UE y mandato de la Comisión Europea), confirmó que tal incumplimiento no se había producido en base a los siguientes argumentos:

“210. First, in this particular case, the issue of liability under the ECT’s FET standard, as now disputed between the Parties, does not raise any issue of quantum as such; and it can thus be decided by the Tribunal without any further evidence of loss by *Dunamenti* or *Electrabel*, still less the eventual calculations of *Dunamenti*’s final net stranded costs (actual or hypothetical). The Parties are clearly agreed on this; and, in the circumstances, for the purpose of this particular case, the Tribunal must accept their joint approach.

211. Second, the calculation of net stranded costs by Hungary could only be made upon an ex ante basis at the outset and not subsequently upon any ex post basis. This results from EU law, the Commission’s Stranded Costs Methodology and the Commission’s Compensation Decision. It was not open to Hungary to adopt an ex post approach to *Dunamenti*’s net stranded costs into the future; but, even if it were, the Tribunal would not find in this case that a mere failure to adopt an ex post scheme could by itself amount to a breach of the ECT’s FET standard. Nor was it irrational for Hungary to calculate *Dunamenti*’s stranded costs upon a hypothetical basis: it would have been difficult to do otherwise; and, moreover, *Dunamenti* was afforded sufficient opportunity by Hungary (especially HEO) to comment on Hungary’s methodology.

212. Third, in these circumstances, the relevant time for addressing the issue of whether or not Hungary violated the ECT’s FET standard is the date when Hungary implemented its scheme towards *Dunamenti*, namely following its receipt of the Commission’s Compensation Decision dated 27 April 2010 approving that scheme. It was not 2008. Until the Commission had approved that scheme, it was effectively writ in water notwithstanding the termination of *Dunamenti*’s PPA, with effect from 1 January 2009 under the PPA Termination Act 2008.

213. Fourth, Hungary was necessarily required to perform a difficult balancing exercise in implementing the Commission’s Decision and Compensation Decision. It had of course to apply EU law; it had to consider the position of affected Hungarian generators (including *Dunamenti*); and it had also to consider the position of Hungarian electricity consumers who had subsidised those generators for many years with above-market prices.

214. In such circumstances, the Tribunal finds that Hungary’s decision to compensate *Dunamenti* for 85% of its total eligible stranded costs through a set off of those costs against the State aid that *Dunamenti* was required to repay was reasonably related to a legitimate policy objective. The legitimate policy objective here is not, as *Electrabel* claims it is, Hungary’s goal to protect the State budget and ‘keep the money.’ As *Electrabel* itself has argued, the measure in question is the termination of the PPA without payment of compensation, not Hungary’s failure to pay net stranded costs as such.

215. The legitimate government policy sought by Hungary was the alignment of its electricity sector with the EU market and the elimination of distortions to competition within and without Hungary. As set out by the Commission’s Final Decision on State Aid, which has now been confirmed by the General Court and the ECJ, this required the termination of the PPAs. Under the Commission’s Methodology, Hungary was also allowed to compensate generators for stranded costs, but it was not required to do so.

The choice fell squarely on Hungary. In deciding how much of those stranded costs it would compensate, Hungary carried out a balancing exercise between the interests of generators and those of tax-payers; and it decided to pay 85% of Dunamenti's stranded costs through a set off of those costs against the State aid that Dunamenti was required to repay. In doing so, Hungary forewent a cash payment of 125 billion HUF in State aid that it was entitled to request from Dunamenti.

216. In the Tribunal's view, this is hardly evidence of an intention to "keep the money", as Electrabel claims. It is also significant that Hungary took this decision at a time in which it was emerging from massive political and economic changes, exacerbated by budgetary constraints caused by the global economic and financial crisis.

217. Fifth, on the evidence, the Tribunal does not accept Electrabel's submission that Hungary, with the Commission's approval, could have procured under EU law at any time an upwards adjustment favouring Dunamenti as regards future events in regard to stranded costs (other than a relevant judgment from Luxembourg invalidating the Commission's Final Decision on State Aid dated 4 June 2008 – which did not occur). Moreover, under Article 4(3) of the TEU, the principle of co-operation could not be deployed to modify Hungary's scheme; and, in effect, the figure of 22 billion HUF could not be revised upwards whatever the future held for Dunamenti in Hungary.

218. Accordingly, as regards Electrabel's claim in respect of net stranded costs under the ECT's FET standard, the figures emanating from Hungary's scheme are the relevant figures applied *ex ante* in 2010, both as a matter of EU law and the ECT.

219. The Tribunal decides that the figures set out in paragraph 104 above in respect of Dunamenti (as there demonstrated from the factual evidence) have not been proven by Electrabel to be wrongfully unreasonable, irrational, arbitrary, unfair, inequitable or disproportionate in violation of the ECT's FET standard. Given the balancing exercise required of Hungary, it would be unduly simplistic to assert that Hungary should have paid the sum of 22 billion HUF in cash to Dunamenti and that a failure to do so necessarily amounted to a violation of the ECT's FET standard. The Tribunal rejects that proposition. There is no balancing exercise if the scale is pre-determined to tip completely towards the investor. Whether the Tribunal, acting in Hungary's shoes, would have come to a different figure from Hungary is not the right question under the ECT's FET standard. The Tribunal is not a court of appeal. Rather, the question is whether Hungary, at the relevant time, acting in good faith, could have arrived at that figure in a rational manner under the ECT's FET standard, as set out in paragraph 179 above. The Tribunal answers that question in favour of Hungary.

220. In the Tribunal's view, there is a broad symmetry in the relevant figures reflecting Hungary's rational balancing exercise. Further, if there were any asymmetry, it favoured not Hungary but Dunamenti and (indirectly) Electrabel. As Hungary submitted, Hungary's choice of zero lies much closer to the positive figure of 22 billion HUF than to the negative figure of 125 billion HUF for recoverable State aid, thereby directly and immediately benefiting Dunamenti by 125 billion HUF (i.e. 147 billion – 22 billion HUF). As a balancing exercise, in the Tribunal's view, the balance was therefore tilted in Dunamenti's favour; it was certainly not tilted in favour of Hungary; and, overall, it was a rational exercise of Hungary's discretion.

221. The Tribunal rejects any bad faith and any unfair or improper motive for Hungary's scheme, as asserted by Electrabel, for want of any cogent evidence to such effect. Moreover, the direct and immediate benefit of 125 billion HUF granted by Hungary to Dunamenti (by way of set off) also contradicts Electrabel's submission: it was not, on any view, an insignificant sum.

222. Finally, as decided above, the Tribunal has dismissed Electrabel's claim based on legitimate expectations at the times of its investments.

223. For all these reasons, the Tribunal dismisses Electrabel's remaining case as to liability under the ECT's FET standard in respect of its PPA Termination Claim. As regards the Parties' respective prayers for relief set out above, the Tribunal therefore declares that Hungary has not breached Article 10(1) of the ECT; and that Electrabel's PPA Termination Claim is therefore dismissed".

### **3. El trato nacional**

### **4. El trato de nación más favorecida**

### **5. La prohibición de expropiar injustificadamente**

Una de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el órgano arbitral designado para resolver el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25) consistió en dirimir si Venezuela había expropiado las inversiones de *OIEG*. La principal pretensión de la demandante era que Venezuela, a través de las acciones y omisiones de sus órganos de gobierno, había expropiado ilegalmente la inversión de la demandante, contraviniendo el artículo 6 del APPRI. La demandada por su parte negó la ilicitud de la expropiación y argumentaba que se había llevado a cabo respetando el DI. Por su parte, la demandante alegó que la expropiación llevada a cabo por Venezuela fue ilícita, por no cumplir con los requisitos del artículo 6 del APPRI y que, por lo tanto, tenía derecho a recibir plena compensación por su inversión. La demandante argumentó, en concreto, que: 1) la expropiación no se llevó a cabo en interés público; 2) la expropiación fue arbitraria, contraria al Derecho administrativo venezolano y violó el derecho de las empresas al debido proceso; 3) la expropiación fue de naturaleza discriminatoria; y 4) la demandada no había pagado compensación alguna. El tribunal, tras un meticuloso análisis de los antecedentes de hecho, examinó una por una las cuatro condiciones fijadas por el artículo 6 del APPRI para considerar una expropiación como lícita, concluyendo que Venezuela había incumplido la obligación convencional allí fijada:

“350. Los hechos probados muestran

- Que la Demandante, a través de su participación accionarial de control en dos sociedades venezolanas, OIdV y Favianca, era titular de una inversión en la República Bolivariana, materializada en las Plantas,
- Que la República Bolivariana ha dictado un Decreto, ordenando la “adquisición forzosa” de las Plantas y de ciertos activos anclares,
- Que desde el 29 de octubre de 2010 la posesión y gestión de las Plantas ha sido asumido por órganos o entidades que forman parte de la Demandada,
- Que habiendo sido OIdV y Favianca, e indirectamente OIEG, privadas del uso y disfrute de los activos.

351. En opinión del Tribunal los hechos encajan nítidamente en el supuesto de hecho que subyace al art. 6 del APRI: la República Bolivariana de Venezuela ha tomado una medida de expropiación, y más concretamente de nacionalización, con respecto a una inversión protegida por el Tratado.

352. En efecto:

Medida expropiatoria...

353. La Demandante señala que la expropiación adoptó la forma de un Decreto de Expropiación, mediante el cual sus Empresas fueron reducidas a meras cáscaras vacías, despojadas de todo uso práctico y económico, y todos sus activos sometidos a una adquisición forzosa en favor del Estado.

354. Nada hay que objetar a esta concepción.

...y de nacionalización

355. Las medidas de la República Bolivariana no son simplemente expropiatorias, sino también nacionalizadoras. Los bienes y derechos de los que ha sido privada el inversor extranjera han pasado a integrarse en el patrimonio del Poder Nacional, reforzándose así el convencimiento de que las medidas adoptadas tienen carácter expropiatorio.

De naturaleza soberana

356. Las medidas adoptadas por un Estado, para poder ser calificadas como expropiatorias o de nacionalización, exigen adicionalmente que hayan sido ejecutadas en ejercicio de poderes soberanos – no que se trate de meros actos de naturaleza contractual. Este requisito se cumple en el presente caso: una expropiación formalizada en un Decreto no puede ser nunca considerada como un acto de naturaleza contractual. Por el contrario, se trata de una potestad excepcional de naturaleza administrativa de la que únicamente dispone el Estado.

357. Las medidas preventivas de ocupación temporal dictadas por INDEPABIS también tienen naturaleza administrativa.

358. Asimismo, las sentencias de ocupación, posesión y uso anticipado de los bienes de las Empresas dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo son actos de naturaleza judicial, ejecutados en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, por uno de los Poderes del Estado venezolano.

Fecha relevante

359. Los hechos descritos permiten también establecer la fecha relevante a efectos de la expropiación.

360. Esta fecha debe coincidir con el momento en que se promulgó la decisión de privar al inversor del uso y disfrute de su inversión. En este caso, se trata del 26 de octubre de 2010, fecha en la que se dictó el Decreto de Expropiación y, éste entró en vigor.

Requisitos de legalidad de la expropiación

361. El artículo 6 del APRI presupone que las medidas expropiatorias o equivalentes solo serán legales, si cumplan las siguientes condiciones:

- Que obedezcan a causa de utilidad pública;
- Que no sean discriminatorias;
- Que se adopten con el “debido procedimiento jurídico” y
- Que se pague la correspondiente indemnización.

362. Debe por lo tanto determinarse si la República satisfizo tales condiciones, de

manera que la expropiación pueda ser calificada como legal. La Demandante alega que deben cumplirse cada uno de los requisitos. El Tribunal – como la doctrina – concuerda. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos convertirá la expropiación en ilícita.

364. La Demandante argumenta que Venezuela no ha cumplido con ninguna de las condiciones fijadas para una expropiación lícita según el art. 6 del APRI. La República Bolivariana por el contrario considera que ha cumplido con todas.

365. El Tribunal analizará:

- En primer lugar, si la medida fue dictada en interés público (a);
- En segundo lugar, si la expropiación se llevó a cabo conforme al debido proceso (b);
- En tercer lugar, si la expropiación fue discriminatoria (c); y
- Por último, si se ha indemnizado a la Demandante (d).

(...)

384. En resumen, el Tribunal constata que la República nacionalizó la inversión de la Demandante tratando de favorecer el desarrollo endógeno, lo que permite considerar cumplido el requisito de “interés público” previsto en el art. 6 del APRI.

(...)

403. En resumen, el Tribunal considera probado que en el Decreto de Expropiación y en el posterior procedimiento judicial la Demandada no identificó de forma clara los bienes objeto de la expropiación, definición que constituye una garantía básica del debido proceso exigido por el Derecho internacional. Por lo tanto, la República ha violado “el debido procedimiento jurídico” en contravención del art. 6(a) del APRI.

(...)

410. El Tribunal ya ha sentado la conclusión que la República expropió las Plantas para promover el desarrollo endógeno, una política pública legítima que puede implementar de la forma que considere más beneficiosa para el bien común, incluso mediante expropiaciones y nacionalizaciones. En la decisión de expropiar, el factor decisivo parece haber sido que las Empresas expropiadas actuaban en el sector de la fabricación de envases de vidrio, en el que el Gobierno venezolano deseaba desarrollar esa política – y no la nacionalidad estadounidense del grupo OI.

411. Asimismo, dado que OI ostentaba más del 60% del mercado de producción de envases de vidrio, no puede entenderse que su expropiación constituyera una discriminación frente a inversores nacionales, sino una decisión estratégica. La expropiación de la empresa garantizaba al gobierno el control de la mayor parte del sector de producción de envases de vidrio – considerado por la República como estratégico para su política de desarrollo endógeno.

412. Por lo tanto, el Tribunal no considera probado que la expropiación se llevara a cabo por razones discriminatorias.

(...)

425. En consecuencia, el Tribunal concluye que la República Bolivariana no ha ofrecido una explicación plausible que justifique el retraso de más de cuatro años en la fijación y en el pago al menos del justiprecio debido en cumplimiento de la LECUPS (Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social), lo que a su vez implica que no

pueda considerarse cumplido el requisito del Art. 6(c) del APRI de que la compensación sea satisfecha “sin demora indebida”.

426. En resumen, el Tribunal constata que la República Bolivariana no ha sido capaz de probar que el Decreto de Expropiación haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el Art. 6 del APRI. Aunque el Tribunal ha llegado a la conclusión que la expropiación se tomó en interés público, y no presenta carácter discriminatorio, la República no se ha atenido al debido procedimiento jurídico, al no identificar con precisión los bienes que pretendía expropiar, y ha incurrido en un retraso excesivo y no justificado en el pago del justiprecio debido al amparo de la LECUPS. Por lo tanto la expropiación de la inversión de la Demandante no se ajusta a lo prescrito en el Tratado y debe considerarse ilegal”.

En el caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/5), el órgano arbitral valoró la responsabilidad internacional de Venezuela al calor del artículo 5 del APPRI celebrado entre Venezuela y Barbados. La controversia se refería, principalmente, a la expropiación sin el pago de una pronta, adecuada y efectiva indemnización que de su inversión padecieron las demandantes, quienes prestaban servicios de soporte marítimo a la industria petrolera en Venezuela. El tribunal analizó esta reclamación siguiendo cuatro pasos: 1) consideró los elementos constitutivos de la causa prevista en el artículo 5 del APPRI; 2) identificó y analizó las medidas pertinentes adoptadas por el Estado que supuestamente constituyen los actos expropiatorios; 3) evaluó si dichas medidas realmente tuvieron un efecto expropiatorio y, en caso afirmativo, en qué medida; y 4) consideró si, en ese caso, dicha expropiación había sido lícita o no.

El órgano arbitral concluyó que Venezuela había expropiado de manera lícita la inversión de *Tidewater* en su subsidiaria venezolana *SEMARCA* sin el pago de una pronta, adecuada y efectiva indemnización. Así las cosas, el tribunal resolvió que *Tidewater* tenía derecho a ser indemnizada por dicha expropiación:

“90. De alguna manera, el Artículo 5 se encuentra habitualmente en muchos tratados de inversión. No prohíbe la expropiación de las inversiones. En su lugar, cada Parte Contratante se compromete a expropiar sólo si se cumplen determinadas condiciones específicas. La expropiación debe reunir los siguientes requisitos: a) ser por causas de interés público relacionadas a las necesidades internas de dicha Parte Contratante; b) sobre una base no discriminatoria; y c) en contrapartida de una pronta, adecuada y efectiva indemnización. Los Estados Contratantes extienden estas salvaguardias a medidas equivalentes a nacionalización o expropiación. También se comprometen a realizar una pronta revisión judicial o independiente del caso del inversionista y del avalúo de su inversión de conformidad con los principios establecidos en el Artículo 5.

91. Se invocaron cuatro medidas constitutivas de actos mediante los cuales la Demandada expropió las inversiones de las Demandantes en Venezuela: i) Ley de Reserva de fecha 7 de mayo de 2009<sup>169</sup>; ii) Resolución Ministerial N.º 51 de fecha 8 de mayo de 2009<sup>170</sup>; iii) Confiscación física de las operaciones comerciales de SEMARCA en La Cañada, Lago de Maracaibo el día 9 de mayo de 2009; y, iv) Confiscación física de la operación comercial de SEMARCA en Corocoro el día 12 de julio de 2009.

(...)

98. La conclusión que saca del texto de la Ley de Reserva y de estas pruebas es que el objetivo de Venezuela al reservar para el Estado las actividades de servicios petroleros pertinentes exigía de manera integral la nacionalización de los bienes e instalaciones de los operadores privados que operaban en ese momento en el Lago de Maracaibo. Sin esta nacionalización, no podría haberse alcanzado el objeto de la Ley de Reserva.

(...)

103. La siguiente cuestión consiste en determinar si estas confiscaciones tuvieron el efecto de nacionalización o expropiación o si constituyeron ‘medidas que tuvieron un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación’ de la inversión de las Demandantes en Venezuela.

(...)

105. Al llegar a una evaluación de si las medidas tuvieron un efecto equivalente a la expropiación, el Tribunal estima de utilidad considerar los factores invocados por el tribunal en *Pope & Talbot* como de relevancia en la determinación de si la medida de un Estado tiene este efecto, a saber si: a) La inversión ha sido nacionalizada o la medida es confiscatoria; b) El inversionista conserva el control de la inversión y dirige sus operaciones cotidianas, o si el Estado ha tomado posesión de esta administración y control; c) El Estado en este momento supervisa el trabajo de los empleados de la Inversión; y, d) El Estado se queda con el producto de las ventas de la compañía.

(...)

116. En virtud del derecho internacional la expropiación contempla indudablemente los derechos de propiedad existentes en virtud de la legislación local que hayan sido expropiados por el Estado. Tal como lo expresara el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en *Amoco*: La expropiación, que puede definirse como una transferencia obligatoria de derechos de propiedad, puede extenderse a cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial, es decir, venderse y comprarse libremente, y que, por lo tanto, tenga un valor monetario. [Traducción del Tribunal].

117. En *Emmis c. Hungría*, la razón por la cual no podría haber un reclamo por expropiación radicaba en el hecho de que el derecho de propiedad que las demandantes en ese caso habían adquirido al realizar su inversión en Hungría era una licencia de radiodifusión a un plazo fijo que había vencido con anterioridad a la medida del Estado que presuntamente constituía la expropiación. Por esa razón, las demandantes en ese caso, en sus presentaciones regulatorias contemporáneas, no le adscribían valor alguno a su inversión con posterioridad al vencimiento de la licencia.

118. En cambio, en el presente caso, la inversión de las Demandantes en Venezuela se había iniciado muchos años antes, al momento de la adquisición de SEMARCA. Consistía en la operación de un negocio no concluyente en cuanto al tiempo. Los términos del TBI confirman que una inversión puede incluir fondo de comercio y conocimientos técnicos así como otros activos tangibles e intangibles, incluidos los derechos contractuales.

(...)

121. En síntesis, el efecto de las medidas de la Demandada fue la expropiación de hecho de la totalidad de la inversión de las Demandantes en su filial en Venezuela, SEMARCA. El valor que debe adscribirse a esa inversión a fin de determinar cualquier indemnización

que deba otorgarse a las Demandantes por su pérdida es una cuestión independiente, que se abordará en la Parte B del análisis del Tribunal.

122. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Demandada expropió en efecto la inversión de las Demandantes en SEMARCA en Venezuela. La siguiente cuestión consiste en determinar si esta expropiación es lícita o ilícita. El Artículo 5 del TBI, después de todo, no prohíbe que el Estado tome posesión de bienes a modo de nacionalización o expropiación. Por el contrario, permite esta toma de posesión, pero sólo en virtud de las condiciones especificadas en él. Es decir, la expropiación debe ser: a) 'por causas de interés público relacionadas a las necesidades internas de dicha Parte'; b) 'sobre una base no discriminatoria'; y c) 'en contrapartida de una pronta, adecuada y efectiva indemnización'.

123. Si se cumplen estas condiciones, la expropiación concuerda con los términos del Tratado y, por lo tanto, no constituye una violación del derecho internacional. Si no se cumplen las condiciones, la expropiación debe tratarse como una violación del derecho internacional.

124. En el presente caso, ninguna de las Partes contradice la primera condición, a saber que la expropiación fue por una causa de interés público relacionada a las necesidades internas de Venezuela. Las Partes efectivamente difieren en lo que se refiere a las condiciones segunda y tercera: no discriminación e indemnización. Las Demandantes sostienen que la toma de posesión fue discriminatoria. Señalan asimismo que la única indemnización que se dispone en virtud de la Ley de Reserva fue el valor contable de los activos. La Ley excluyó de manera expresa el lucro cesante. Esto, por definición, no cumplió con el estándar del Tratado de 'adecuada y efectiva indemnización' en tanto el propio Artículo 5 especifica que dicha indemnización 'equivaldrá al valor del mercado de su inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación' [énfasis agregado]. Por otra parte, la Demandada, sostiene que la toma de posesión no fue discriminatoria. La totalidad de las operaciones de soporte petrolero en el Lago de Maracaibo fueron nacionalizadas, afectando a muchas otras compañías. Afirma la Demandada que la Ley de Reserva disponía en efecto la indemnización y que de inmediato después del día 8 de mayo de 2009 el Gobierno dejó en claro a las Demandantes que estaba preparado para indemnizarlas, pero sólo sobre la base de un acuerdo global. Fueron las Demandantes quienes no habían aceptado esa oferta y optaron en cambio, por proceder al arbitraje.

(...)

126. El Tribunal considerará en primer lugar i) la cuestión de si la toma de posesión en el presente caso fue no discriminatoria; y posteriormente ii) la pertinencia y aplicación del estándar de indemnización en la determinación de la licitud de la expropiación.

127. Para ser lícita, la expropiación de bienes por parte de un Estado debe ser no discriminatoria. El Tribunal ha ponderado de manera minuciosa la evidencia invocada por las Demandantes en respaldo de su alegación de que, en el presente caso, la Demandada discriminó a las Demandantes en la aplicación de la Ley de Reserva. Considera que ninguna de las instancias de presunto trato diferenciado a otros contratistas constituye, de hecho, discriminación contra las Demandantes (...)

128. Por lo tanto, el Tribunal considera que la expropiación no fue discriminatoria contra las Demandantes. Por esta razón, es necesario evaluar la relevancia de la falta de pago de una indemnización para la licitud o no de la expropiación de la Demandada.

(...)

141. El Tribunal concluye que debe hacerse una distinción entre una expropiación lícita y una expropiación ilícita. Una expropiación que sólo requiere una indemnización justa debe ser considerada como una expropiación provisionalmente lícita, precisamente porque el tribunal que analiza el caso determinará y otorgará esta indemnización.

142. La diferencia esencial entre las dos es que la indemnización por una expropiación lícita es la indemnización justa representada por el valor de la empresa en el momento de la expropiación y la reparación en el caso de una expropiación ilícita es la restitución en especie o su equivalente monetario. En el contexto moderno, la manera precisa en la cual debe aplicarse el estándar de valor justo a la fecha de la expropiación deberá ser considerada en profundidad en la Parte B del análisis del Tribunal.

143. En el presente caso, el Estado no pretendió expropiar los activos sin indemnización. Pero las Demandantes sostienen que la expropiación debe ser tratada como ilícita, debido a que la Ley de Reserva ordena un nivel de compensación que se circunscribe al valor contable de los bienes y prohíbe tomar en cuenta el lucro cesante o los daños indirectos. Esto, argumentan las Demandantes, es incongruente con el estándar de indemnización exigido por el Artículo 5 del TBI, y, por lo tanto, es ilícita.

144. El Tribunal observa que el Artículo 5 define la indemnización que debe pagarse por expropiación simplemente como ‘el valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación’. No dispone de qué manera debe determinarse el valor de mercado. Ese avalúo es una cuestión que tanto Venezuela como Barbados, en calidad de Partes contratantes, han confiado a este Tribunal en virtud de su consentimiento al arbitraje en el Artículo 8 del Tratado. El Artículo 8(3) confirma que el laudo arbitral puede determinar, en caso de una diferencia relativa a la expropiación, ‘el monto de la indemnización’. De este modo, para emplear el lenguaje de las Directrices del Banco Mundial, el presente Tribunal es un ‘tribunal... designado por las Partes’ para determinar el nivel aceptable de indemnización.

145. Tal como se verá en la Parte B del análisis del Tribunal, el estándar de ‘valor de mercado’ del Tratado no denota un método particular de avalúo. El método adecuado de avalúo dependerá del contexto. En algunos casos, el avalúo adecuado puede ser efectivamente el valor de libros de los bienes. En virtud de los términos del TBI y el consentimiento a la determinación del avalúo por parte de este Tribunal acordado por Venezuela en virtud de este Tratado, este Tribunal no se encuentra limitado por los límites de avalúo impuesto por la Ley de Reserva. Pero este Tribunal no está dispuesto a considerar que los límites de valoración en el Artículo 6 de la Ley de Reserva sean de naturaleza tal que puedan convertir en ilícita la expropiación en su conjunto. El caso que nos ocupa no es uno en el cual el Estado haya confiscado bienes sin oferta alguna de indemnización. El expediente no demuestra que el Estado haya rehusado el pago de una indemnización. En cambio, revela que las Partes no pudieron llegar a un acuerdo respecto de la base o el proceso por el cual se calcularía y pagaría esta compensación. Por lo tanto, esta es una tarea que han sometido a este Tribunal.

146. A los fines presentes, es suficiente concluir que la expropiación que nos ocupa fue lícita, dado que sólo exige una indemnización, una cuestión que las Partes delegaron en este Tribunal para su determinación según los estándares prescriptos en el TBI”.

En el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15) también se concluyó la violación de esta obligación internacional. El órgano arbitral señaló que:

“496 (...) In relation to deciding whether the expropriation was lawful under the BITs, the Tribunal notes that all of the conditions set out in the relevant BITs must be met. As set out above, this would require payment of compensation, that the taking be for a public purpose, and that there be access to due process. In the case of the Swiss BIT, the taking must also be conducted on a non-discriminatory basis.

497 It is clear that no compensation has been paid for the properties and therefore that the expropriation did not fulfil the “lawful” criteria. The Tribunal rejects the Respondent’s argument that continued use of the properties constitutes compensation for the expropriation. Any income that may have been gathered after 14 September 2005 would not equate to prompt adequate and effective compensation without delay. Any continued income would instead be a factor in assessing damages and loss.

498 As no compensation was paid, there is no need to decide whether the acquisition was for a public purpose, whether there was access to due process or, in the case of the Swiss BIT, whether the acquisition was non-discriminatory.

499 However, as the Parties have pleaded extensively on these matters, the Tribunal addresses them briefly here. The 2005 Constitutional Amendment not only transferred legal title to the abovementioned properties from the Claimants to the Government of Zimbabwe, it expressly denied the Claimants access to due process by removing the ability of landowners to challenge the acquisition of their land, as they had been entitled to do prior to the Amendment under the Land Acquisition Act. Ms. Tsvakwi acknowledged this during the Hearing (see Tr. Day 4, p. 1244, lines 2-21).

500 The Tribunal rejects the application of ECHR jurisprudence to the present case to justify the extinction of the right of challenge that previously existed for landowners under the Land Acquisition Act. The Tribunal notes that the Amendment also criminalized the continued possession or occupation of agricultural land expropriated pursuant to the Amendment. These steps did not constitute a “constraint” on due process, but rather its total elimination.

501 As regards to the criterion of non-discrimination in the Swiss BIT’s expropriation provision, the evidence supports a conclusion that the Claimants were targeted as a result of their skin colour and, hence, the taking was discriminatory in breach of the Swiss BIT. The Tribunal notes, for example, Ms. Tsvakwi’s evidence as to the policy toward black farmers (in contrast to that toward white farmers) which was not to expropriate their farms, although a small number of black-owned farms were expropriated in breach of this policy, as well as Ms. Tsvakwi’s confirmation that under the new Constitution, black Zimbabweans were to be compensated for land and improvements, whereas white Zimbabweans were only to be compensated for improvements (see Tr. Day 4, p. 1191, lines 5-20). The Tribunal also accepts the evidence of Mr. Machaya that s 23(3)(g) of the new Constitution was not enacted with retrospective effect, to the extent such a provision could have justified or shielded an otherwise discriminatory provision in the Constitution (a matter on which this Tribunal need not opine).

502 Finally, the Respondent has failed to establish that there was a legitimate public purpose behind the expropriation. The Tribunal has carefully considered the Respondent’s arguments relating, in effect, to the righting of historical wrongs. The Tribunal cannot, however, accept these arguments as support for the expropriation of the Zimbabwean Properties having been carried out for a “public purpose”. Once taken, large parts of the properties have not actually been re-distributed to a historically disadvantaged or otherwise landless population, but remain in the de facto possession of the Claimants. With regard to the land that has been re-distributed, there appears to be a clear trend

towards politically-motivated allocations of land. Therefore, there is no evidence that the expropriation of the Zimbabwean Properties was in the public interest or served a genuine public purpose.

503 Based on the foregoing, the Tribunal finds that the Zimbabwean Properties (including the Makandi and Forrester Water Permits and the Tilbury and Charter Sawmills) were unlawfully expropriated by the Respondent as of 14 September 2005, on which date the 2005 Constitutional Amendment vested title in the Zimbabwean Properties in the State.

(...)

521 Accordingly, the Tribunal finds that the Claimants have established unlawful expropriation by the Respondent in breach of Article 4(2) of the German BIT and Article 6(1) of the Swiss BIT, in connection with: (a) the Zimbabwean Properties; (b) the Residual Properties; (c) the IncomeGenerating Assets on the Claimants' Properties and the Zimbabwean Companies Shares; (d) the Border Forex Losses; and (e) the Seized Maize. The quantification of damages for these breaches will be considered below”.

Mientras que en el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI n° ARB/06/2), el órgano arbitral afirmó a propósito de la violación de esta obligación que:

“207. The Tribunal must thus consider whether, in light of all the circumstances, the Revocation Decree was a legitimate cancellation of the Claimants' concessions in the exercise of Bolivia's sovereign power to sanction violations of Bolivian law and is therefore not a compensable taking or whether it is a veritable taking disguised as the exercise of the State's police powers. This will depend on whether (i) the Revocation Decree is based on actual violations of Bolivian law by the Claimants; (ii) whether those violations of Bolivian law are sanctioned with the termination of the concessions (whether by revocation, cancellation, annulment or otherwise), and (iii) whether the revocation was carried out in accordance with due process.

(...)

214. In the Tribunal's understanding, Law 2,564 did not provide a blanket authorization to the Executive to annul concessions if the audits verified the existence of any breaches of Bolivian law. It only allowed the Executive to annul concessions if the audits established breaches that were sanctioned by nullity pursuant to the laws and regulations in force. As the Revocation Decree determines the termination of the concessions for alleged violations of Bolivian law that do not appear to be sanctioned with termination under that law (at least the Respondent has not proved that this was the case), the Tribunal cannot but conclude that the Revocation Decree finds no justification in Bolivian law.

(...)

219. Other than the tax and customs violations allegedly identified in the audits, which the Tribunal has addressed above, the Respondent has also submitted that the illegalities brought to light in the audits include breaches in matters of industrial safety, environment and labor, as well as a lack of mining certificates. Bolivia relies on the technical audit report to support its allegation. Having reviewed this report, the Tribunal concludes that the irregularities identified therein were minor breaches of law. Indeed, Bolivia has not pointed to any legislative or regulatory provision that would trigger the termination of concessions on these grounds. Thus, to the extent relevant at all in light of the reasons

stated in the Revocation Decree, the Tribunal finds that they could not have served as basis for the revocation of the concessions.

(...)

221. Finally, the Tribunal finds that the revocation of the Claimants' concessions did not comply with minimum standards of due process, whether under international law or Bolivian law. The standard of due process under international law, and more specifically in the expropriation context, has been summarized in *ADC v. Hungary* as demanding 'an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it'.

(...)

227. As a result, the Tribunal finds that the Revocation Decree was not a legitimate exercise of Bolivia's police powers

(...)

247. To determine whether the Revocation Decree discriminated against NMM, the Tribunal will apply the three-pronged test formulated in *Saluka*, cited by the Respondent: "State conduct is discriminatory, if (i) similar cases are (ii) treated differently (iii) and without reasonable justification." As to the third element, the Tribunal agrees with *Parkerings* that there are situations that may justify differentiated treatment, a matter to be assessed under the specific circumstances of each case. In this case, other mining companies operating in the Río Grande Delta were audited under Law 2,564. Other mining companies, such as Copla and Tecno Química, were fined for alleged errors in their export declarations, like NMM. Additionally, Copla obtained and lost its environmental license at the same time as NMM. However, NMM was the only one that lost its concessions. The record thus shows that NMM received different treatment than other companies in like circumstances.

248. In the Tribunal's view, there was no reasonable justification in Bolivian law for this different treatment. This is confirmed by compelling evidence on record of a discriminatory intent showing, in particular, that the Revocation Decree targeted NMM because of the Chilean nationality of its main shareholder, Quiborax.

249. It is undisputed that the promulgation of the *Ley Valda* in April 1998 was controversial. It is also clear from the record that the local population did not welcome concessions being granted in an area that had previously been a fiscal reserve. Although there was public opposition to all concessions, the focus of the hostility was on NMM as a consequence of the Chilean nationality of its main shareholder.

(...)

254. The Tribunal thus finds that the expropriation was discriminatory and thus failed to meet the condition of non-discrimination for a lawful expropriation.

255. It is undisputed that Bolivia neither paid nor offered compensation to NMM for the revocation of its mining concessions. The Respondent asserts that no compensation was due because there was no expropriation. However, the Tribunal has found that NMM was indeed expropriated of its investment in Bolivia. Accordingly, the expropriation also fails to meet this requirement for legality".

## **6. La compensación por pérdidas en caso de conflictos armados**

## **7. La libre transferencia de los capitales**

Otra de las controversias que tuvo que resolver el tribunal arbitral encargado de dirimir el caso *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25) giró en torno al artículo 5 del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela que garantiza la libre transferencia de las utilidades generadas por una inversión protegida. La demandante alegó que Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) de la República Bolivariana se había retrasado exageradamente y finalmente rechazó sendas solicitudes de *OldV* y de *Favianca* para repatriar dividendos convertidos a moneda extranjera al tipo de cambio oficial, y que por ello tuvieron que obtener las divisas extranjeras a través del mercado paralelo, sufriendo un significativo daño de más de 54 millones de dólares estadounidenses. La demandada rechazó la reclamación, argumentando que el APPRI garantiza la transferibilidad, pero no el tipo de cambio y que el rechazo del CADIVI fue plenamente justificado. El tribunal arbitral finalmente optó por rechazar las pretensiones de la parte demandante esgrimiendo los siguientes argumentos:

“617. Para la Demandante, el art. 5 exige que la República Bolivariana implemente un sistema de libre transferibilidad de las utilidades generadas por inversiones protegidas. La creación del régimen de control de cambios, con la subsiguiente necesidad de autorización de CADIVI, representaría una violación de iure a la garantía otorgada.

618. La Demandada, por el contrario, afirma que restricciones legítimas y justificadas a la libre convertibilidad son plenamente compatibles con el APRI, pues el precepto no otorga un derecho absoluto al inversor extranjero para repatriar sus utilidades, sino que la libre convertibilidad se garantiza únicamente ‘sin restricción o demora indebida’. La normativa de control de cambios venezolana, y en especial el régimen de autorización del CADIVI, serían pues plenamente compatibles con el Tratado. Además, el Tratado no garantizaría que la convertibilidad se tenga que hacer al tipo oficial de cambio.

619. Las partes discuten si el régimen de control de cambios instaurado en Venezuela a partir de 2003 cumple o incumple con las garantías sobre libre transferencia y convertibilidad de utilidades ofrecido por el APRI a los inversores protegidos. En esta materia, el Tribunal se inclina por la postura defendida por la República Bolivariana.

620. En el año 2003 Venezuela decidió instaurar un régimen de control dual, que cuando ocurrieron los hechos objeto de análisis, permitía a todo inversor extranjero en Venezuela que precisara de divisas acudir indistintamente a un mercado oficial o a un mercado paralelo para obtenerlas.

621. El mercado oficial ofrecía un tipo de cambio más favorable, fijado por el Estado, mientras que en el paralelo, que funcionaba a través de la compra y subsiguiente venta de deuda pública o bonos, el tipo de cambio era libremente establecido por el mercado – y en la práctica era peor para el inversor que el oficial (pues necesita mayor cantidad de VEB para comprar la misma cantidad de USD). El acceso al sistema oficial exigía una solicitud al CADIVI, el órgano al que la República había encargado la gestión del sistema de control de cambios, y que gozaba de una amplia discreción en la concesión o denegación de la autorización, dependiendo de la disponibilidad de divisas y de razones de política económica.

623. ¿Ofrece el art. 5 del APRI a los inversores una garantía absoluta de que podrán repatriar sus utilidades en todo momento y aplicando el tipo de cambio del mercado oficial? La contestación tiene que ser en sentido negativo.

624. (i) Así resulta, en primer lugar, de la propia dicción del precepto, pues únicamente garantiza la conversión y transferencia de los fondos ‘sin restricción o demora indebida’. A sensu contrario el precepto permite que el Estado cree restricciones o demoras por causa justificada. La implantación de sistemas de control de cambio forma parte de la soberanía económica y financiera de los Estados – y no constituye una ‘restricción indebida’ a efectos del APRI. Creado un sistema de control de cambios, el Estado puede legítimamente optar por una estructura monista, o preferir – como ha hecho Venezuela - un sistema dual, con un mercado oficial y otro paralelo. La opción por una u otra alternativa es una decisión de carácter político, fuera del ámbito de revisión de los tribunales arbitrales.

625. (ii) En segundo lugar, es de destacar que el APRI solo protege la transferencia de utilidades cifradas en ‘una moneda de libre convertibilidad’. Nótese que el Tratado no establece garantía alguna sobre el tipo de cambio aplicable. En esto difiere significativamente de otros APRI que sí regulan esta cuestión. Así el APRI Venezuela – Francia se refiere al “tipo de cambio normal oficialmente vigente a la fecha de la transferencia” o el APRI Reino Unido – Venezuela al ‘rate of exchange applicable on the date of transfer pursuant to the exchange regulations in force’.

626. Al no existir en el APRI entre Venezuela y los Países Bajos referencia alguna a un tipo de cambio garantizado, siempre que el régimen de control de cambio instaurado por la República permita la libre transferibilidad, aunque sea al tipo de cambio del mercado paralelo y no al tipo del mercado oficial, no se puede entender que se esté vulnerando la garantía otorgada. Esto es precisamente lo que ha ocurrido: Venezuela instauró un sistema dual, en el que el inversor extranjero podía optar libremente entre repatriar sus utilidades a través del CADIVI u optar por el mercado paralelo. En el primer caso, disfrutaba de un tipo privilegiado, pero la autorización quedaba sujeta a la disponibilidad de divisas y a decisiones de política general. En el segundo caso, el tipo de cambio era el del mercado, pero a cambio la conversión era inmediata, sin que hiciera falta autorización administrativa.

627. En resumen, el Tribunal llega pues a la conclusión de que el sistema de control de cambio instaurado por Venezuela en el momento en que ocurrieron los hechos juzgados era compatible con las garantías otorgadas por el art. 5 del APRI a los inversores garantizados, no obstante el hecho de que el tipo de cambio utilizado se tradujera en pérdidas para la Demandante al momento de realizar la conversión.

(...)

633. Al optar por el mercado paralelo las Empresas renunciaron tácitamente a obtener las divisas a través de CADIVI. Una vez convertidos los dividendos en USD a través del mercado paralelo y repatriados los fondos a la matriz a través de este procedimiento, es inapropiado que la Demandante se queje de que el tipo de cambio le ha resultado desfavorable y de que la decisión del CADIVI haya sido tardía y desestimatoria. Fueron las propias Empresas las que optaron por el mercado paralelo.

(...)

635. En consecuencia, las decisiones de CADIVI de rechazar las solicitudes de transferencia de los fondos, en razón de que los dividendos ya habían sido transferidos a través del mercado paralelo estuvieron justificadas (aunque, eso sí, fueron dictadas con

algo de retraso, que no tiene la suficiente gravedad para constituir un ilícito iusinternacional). Una vez que un inversor ha optado por repatriar los fondos a través del mercado paralelo, pierde su derecho a reclamar la conversión en divisas a través del mercado oficial controlado por CADIVI.

636. El Tribunal, por lo tanto, desestima las pretensiones presentadas por la Demandante, pidiendo que se declare que la República Bolivariana violó el artículo 5 del APRI Países Bajos-Venezuela”.

La violación de esta obligación, en cambio, fue reconocida por el órgano arbitral en el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15) de la siguiente manera:

“608 The Tribunal considers that the Respondent breached this provision of the Swiss BIT in refusing to release foreign currency to allow the Forrester Estate to repay the Loans to Elisabeth in 2001.

609 The FTP provisions were further breached between 2004 and 2008 when the Respondent forced the Claimants to be paid for tobacco in Zimbabwean Dollars and between 2003 and 2009 when it forced the Claimants to exchange US currency for Zimbabwean Dollars (the Forrester Tobacco Value Shortfall and the Border Liquidation Shortfall). The Respondent’s failure to release US Dollars earned through the sale of tobacco also breached this standard (the Forrester Conversion Amount)”.

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

El órgano arbitral encargado de resolver el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15) consideró, tras un análisis exhaustivo de todos los condicionantes y circunstancias, que el Estado receptor de la inversión no podía acogerse a la excepción del estado de necesidad para justificar el incumplimiento de los APPRI aplicables a la controversia, ya que no se daban ninguno de los requisitos requeridos por el DI para ello:

“624 While the Claimants have reasoned that the test under the Zimbabwean Constitution is the same as the test set out in Article 25 of the ILC Articles, the international law analysis is not affected by the domestic test which gives rise to a state of emergency. Accordingly, a domestic declaration of a state of emergency can only serve as evidence of a state of emergency that may give rise to a necessity defence under international law. Under customary international law, the Parties agree (see Rejoinder, para. 860; Cl. Skel., para. 152) that the test for establishing the defence of necessity is set out in Article 25 of the ILC Articles (...).

(...)

631 The Respondent has clearly demonstrated that the essential interest was to ensure the survival of the incumbent Government and its President at a political level. Such a conclusion is reasonably satisfied by the fact that the uprising was wholly instigated and performed by those who were traditionally faithful to the incumbent party. Indeed, it is not uncommon for an incumbent government to fall out of favour with the voting majority, or even their most staunch supporters, only to be replaced by a new government in an election. Accordingly, it cannot automatically follow that a threat to the existence of

a political party is a threat to the existence of a State and therefore an essential interest that is necessary to protect at all costs. The Respondent has failed to demonstrate how this threat to the survival of the incumbent party at a political level was a threat to the State itself.

632 Accordingly, it must follow that there was no threat demonstrated by the Settlers/War Veterans to an essential interest of the State that would satisfy the essential interest requirement in ILC Article 25(1)(a).

(...)

636 The evidence presented demonstrates that the initial land occupations by the Settlers/War Veterans did not constitute a threat to the survival of the State, but rather a threat solely to the incumbent political party which could have been brought under control by the police. As to the economic threat, the Tribunal agrees there is little doubt that the Zimbabwean economy was in a more robust state prior to the March of History and that the economy entered an increasingly sharp decline in stability as the decade drew on. However, any alleged imminent peril to the State only materialized after the implementation of the FTLRP and its associated policies, which was the State's own response to the initial land occupations by the Settlers/War Veterans. The Respondent admits that this response was poorly received internationally, and had a detrimental impact on the State's ability to obtain foreign direct investment. In view of the Respondent's initial response, a necessity plea would ultimately fail because of Article 25(2)(b) of the ILC Articles.

(...)

642 The Tribunal notes that the Parties are in agreement that the occupation movement was political and racial in nature; the Parties then diverge in their approach towards such a movement. The Respondent's contention that political and racial movements should not be addressed because of their volatile nature cannot be accepted. The purpose of any State, and particularly its police force, is to maintain order in spite of such instabilities rather than stepping back and allowing the citizenry to devolve into anarchy. The Tribunal further notes that there seemed to be a promotion of such racial and political overtones, instead of an attempt to subdue them, with Minister Mutasa analogising the current police force's refusal to aid its white farmers to the British police force's refusal to aid the Zimbabweans in 1968 (...). Such retributive justice indicates unjustified discrimination, but this element will be discussed in greater depth below. As the Tribunal cannot accept a State's refusal to diffuse a situation by virtue of its characterisation as political and/or racial in nature, whether the FTLRP was the only way to address the occupation movement will turn on the facts.

(...)

645 The Tribunal finds that there has been a total failure on the part of the Respondent to divorce the politics of the situation from the underlying necessary duty of the State to protect its citizenry. It is the Respondent's burden to prove that it took the "right" or "correct" decision by doing nothing. The Respondent has submitted that there were no alternative means, except that of appeasement, on the one hand, or "Rhodesian style security" on the other (which would have resulted in bloodshed and loss of life). However, such arguments are pitched in such broad terms as strongly to suggest that the Respondent took an intuitive a priori decision of avoiding any kind of measure that would involve physical confrontation of the invaders and did not give detailed consideration to the alternative approaches. The Respondent did not offer any evidence of the specific measures that could have been explored as possible methods of addressing the Invasions

and the reasons why those specific measures were dismissed (including, inter alia, any possible solutions that would have been offered by the police and armed forces, and alternatives provided by both the Zimbabwean courts and the international community). The Respondent has not demonstrated that it carried out a rigorous process of assessing all possible alternatives, and it failed to take control of the situation by maintaining law and order. Instead, it instructed the police and other officials not to act. The Tribunal finds on the evidence that the Government was assisting and encouraging the Settlers/War Veterans after the Invasions. Indeed, in the short period of “ten days to two weeks of the beginnings of the land invasions, [President Mugabe] declared himself in favor of these land invasions” (see Tr. Day 3, p. 968).

646 Accordingly, the Tribunal finds that the Respondent has not satisfied the requirement that the implementation of the FTLRP was the only means available to stop the advances of the Settlers/War Veterans.

(...)

652 It is at this juncture that the Tribunal must discuss the obligation erga omnes not to engage in racially discriminatory acts. As argued by the Respondent in its Rejoinder, it is accepted by the international community that situations will arise where racial discrimination is justified and will remain so for as long as is necessary. Policies that discriminate in favour of the aboriginal inhabitants of a particular State (affirmative action) may, generally speaking, fall within this category as justifiable. These policies aid in promoting, inter alia, the health and well-being, general knowledge, social integration, skills, and commercial know how of, and added employment and business opportunities for, indigenous persons and their broader communities. Such policies may be reasonably expected to exist until the social and economic indicators of the aboriginal population are brought in line with the corresponding averages of the general population for developed States, or global averages for developing States. The Respondent has referred broadly to this general principle, citing examples such as the policies implemented in States such as the United States of America, Malaysia, Singapore and New Zealand. In comparison, the Respondent claims that the FTLRP was also “meant to change the system and to open the road that African Zimbabweans over time enjoy ‘their full rights and obligations as citizens’” (...). The Tribunal is not unsympathetic to national aspirations to correct colonial wrongs. Yet, while the Tribunal can agree to these principles to a broad extent, it finds the Respondent’s position too extreme. Some of the examples of policies that the Respondent has cited, which provide incentives and preferential treatment to indigenous persons, are good examples of policies that actually intend to, and lawfully do address such inequalities. However, the Tribunal rejects the Respondent’s attempt to align the FTLRP with other legitimate policies that justifiably discriminate by race in order to address historical injustices.

653 The Tribunal does not question the legitimacy of the Lancaster House Agreement and its corresponding policy from 1979-2000 that expropriated land, with compensation, for redistribution. The discrimination in favour of indigenous Zimbabweans was necessary in order to remedy the unconscionable anti aboriginal policies implemented throughout the Rhodesian era. For Zimbabwe’s FTLRP to be considered legitimate, however, it must be established that the racial discrimination associated with this land redistribution programme was justified and necessary as well. The Respondent has submitted that the FTLRP was a means of quelling civil unrest and its inherently discriminatory policy was necessary to satisfy the demands of the Settlers/War Veterans who threatened the State during and after the March of History.

654 The Respondent blames the aggression displayed by the Settlers/War Veterans solely on the former Rhodesian Government, claiming that the land sought by the Settlers/War

Veterans was originally “stolen” from the Zimbabwean people by the Rhodesians (see Resp. Skel., para. 83). The Respondent submits that the Claimants, as “European farmers”, contributed to the March of History by using force to resist the change to the FTLRP and therefore prolonging Zimbabwe’s situation of necessity (see *ibid.*, para. 110). Mr. Mutasa’s testimony noted, “In Somoh (phonetic), we have a saying that, if you go to warm yourself by the fire of a thief, you become a thief. And so the von Pezolds [the Claimants], in coming to Rhodesia, them being white became identified with the Rhodesians, and they became Rhodesians by that stroke of the pen” (see Tr. Day 5, p 1373). The Hearing further confirmed that the objective criteria in determining which farmers would stay on their land was purely based on whether they were white (see Tr. Day 4, pp. 1200-1203). Of pertinence, it should be noted that the Claimants invested in Zimbabwe in 1988, after its establishment as an independent State when it ceased being Rhodesia (see Heinrich V, para. 5).

655 The Tribunal has determined earlier in the Award that the March of History was not a threat to the State, but rather the incumbent political party (see above paras. 636-637). Furthermore, the Tribunal has found above that the FTLRP was not the only means of addressing this alleged threat (see above para. 646). The Tribunal now also finds that the aggressive nature of the Settlers/War Veterans’ demands was not justified and necessary so as to give rise to a corresponding justified and necessary response by the Government. Rather, the aggression displayed by the Settlers/War Veterans was a product of prejudice and racial discrimination.

656 From the Tribunal’s analysis, a clear line can be drawn between Zimbabwe’s original expropriation policy from 1979-2000, which was adequately founded and justifiable, and the FTLRP (2000 onwards), which Zimbabwe enacted in response to political pressures, rather than an underlying need to remedy the anti indigenous land policies of the former Rhodesian Government. Zimbabwe has therefore failed to provide sufficient evidence or jurisprudence to support the proposition that the FTLRP is a justifiable form of discrimination against all foreign land owners, in favour of the indigenous population.

657 Accordingly it cannot be said that Zimbabwe has provided a legitimate reason for implementing an unjustified policy that discriminated against the landowners on the basis of their skin-color and foreign ancestral heritage, thereby contravening its obligation *erga omnes* not to engage in racial discrimination. This breach of an obligation *erga omnes* by Zimbabwe, through the implementation of the FTLRP and associated policies, was an impairment to the international community as a whole and ILC Article 25(1)(b) precludes a defence of necessity. Similarly, and on the same evidence, Zimbabwe’s violation of its obligation *erga omnes* means that it has breached ILC Article 26 and is therefore precluded from raising the necessity defence in relation to any events upon which the FTLRP policy touches. As the Respondent has failed on these two points by breaching its obligations *erga omnes*, the Tribunal considers it unnecessary to determine whether the Respondent’s racial discrimination was also a breach of a peremptory norm, as the Claimants submit.

(...)

668 The Tribunal has carefully considered the Respondent’s arguments relating to necessity as a defence to the above alleged treaty breaches. The argument that Zimbabwe was in a state of emergency from 16 February 2000 to 16 March 2013, so that the Government had no other reasonable choice but to expedite the LRP and expropriate land without compensation, is unconvincing. The Respondent cannot invoke ILC Article 25”.

#### IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO<sup>10</sup>

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

En materia de DI de los derechos humanos, conviene destacar las interesantes consideraciones del tribunal arbitral en el caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI n° ARB/10/15), sobre los efectos de la noción de “margen de apreciación”, una noción creada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el contexto de la interpretación de las obligaciones que corresponden a los Estados en virtud de los APPRI. Además, destaca el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI n° ARB/06/2), porque en el mismo se hizo uso del DI de los derechos humanos para justificar la existencia de ciertas reglas jurídicas sobre la fecha de valuación de la propiedad objeto de expropiación y sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales.

El Derecho de la UE ha sido objeto de algunas decisiones relevantes durante el año 2015. Destaca el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (caso CIADI n° ARB/07/19), donde se rechazaron definitivamente todas las alegaciones formuladas por *Electrabel* sobre las supuestas vulneraciones de las obligaciones de no expropiación y de proporcionar un trato justo y equitativo en virtud del TCE. Además, en la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 6-10-2015, relativa al caso *EDF International S.A. c. Hungría* se trató la relación entre el Derecho europeo de la competencia y el orden público mencionado en el artículo 190.2 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado como una de las causales para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.

En materia de DI del medio ambiente, en el año 2015 fue un hito relevante la decisión parcial sobre la demanda de reconvencción en el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (caso CIADI n° ARB/08/6). Ecuador también había formulado una demanda de reconvencción en el caso del socio de *Perenco* en los campos petrolíferos objeto del arbitraje (caso CIADI n° ARB/08/5). A diferencia de *Perenco*, en el caso *Burlington* el tribunal arbitral solo ha visitado personalmente a la zona afectada para efectuar una inspección *in situ* en 2015, sin pronunciarse todavía sobre la demanda reconvenccional planteada por el Estado receptor de la inversión.

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

---

<sup>10</sup> Epígrafe elaborado por el Dr. Bjorn Arp.

## 1. Derecho Internacional de los derechos humanos

El caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabwe* (caso CIADI nº ARB/10/15) versaba sobre la expropiación que varios ciudadanos de origen europeo habían sufrido de unas fincas y otros derechos agrícolas de la mano del gobierno de Zimbabwe. La cuestión de los derechos humanos fue suscitada directamente en el escrito de *amicus curiae* presentado por una ONG alemana, pero que el tribunal arbitral no admitió al procedimiento por considerar que esa organización no actuaba de forma independiente del Gobierno de Zimbabwe (Orden Procesal nº 2, de 26 de junio de 2012). El Gobierno había justificado la expropiación afirmando que quería reducir la proporción de terratenientes blancos mediante una “reforma agraria”. El órgano arbitral, al explicar su razonamiento, afirmó que las medidas adoptadas para discriminar en virtud de la pertenencia racial constituían una violación de normas *erga omnes* de DI general, si bien no fundamentó con precedentes relevantes estas afirmaciones. Al mismo tiempo, evitó pronunciarse sobre el carácter de *jus cogens* de la prohibición de la discriminación racial. En concreto, el órgano arbitral afirmó lo siguiente:

“657. Accordingly it cannot be said that Zimbabwe has provided a legitimate reason for implementing an unjustified policy that discriminated against the landowners on the basis of their skin-color and foreign ancestral heritage, thereby contravening its obligation *erga omnes* not to engage in racial discrimination. This breach of an obligation *erga omnes* by Zimbabwe, through the implementation of the FTLRP and associated policies, was an impairment to the international community as a whole and ILC Article 25(1)(b) precludes a defence of necessity. Similarly, and on the same evidence, Zimbabwe’s violation of its obligation *erga omnes* means that it has breached ILC Article 26 and is therefore precluded from raising the necessity defence in relation to any events upon which the FTLRP policy touches. As the Respondent has failed on these two points by breaching its obligations *erga omnes*, the Tribunal considers it unnecessary to determine whether the Respondent’s racial discrimination was also a breach of a peremptory norm, as the Claimants submit”.

En el mismo caso, el órgano arbitral hizo unas interesantes observaciones sobre la alegación del Estado de que fuera aplicable en el arbitraje la noción de “margen de apreciación”, desarrollada de manera pretoriana por el TEDH, para interpretar las obligaciones del APPRI. En concreto, el Estado había argumentado lo siguiente:

“453. The Respondent relies on two European Court of Human Rights (“ECHR”) cases in support of its position that the Tribunal should give it a wide margin of appreciation as to its determination of what was required by way of land reform in the public interest and how the land reform was carried out. In particular, the Respondent refers to the following passage of the ECHR’s judgment in *Jahn & Ors v. Germany* (“*Jahn*”) (see CM, paras. 136, quoting RLEX-2): 91. The Court is of the opinion that, because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities, accordingly, enjoy a certain margin of appreciation. Furthermore, the notion of “public interest” is necessarily extensive. In particular, the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The

Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is "in the public interest" unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *James and Others*, cited above, p. 32, § 46; *The former King of Greece and Others*, cited above, § 87; and *Zvolský and Zvolská v. the Czech Republic*, no. 46129/99, § 67 in fine, ECHR 2002-IX). The same applies necessarily, if not a fortiori, to such radical changes as those occurring at the time of German reunification, when the system changed to a market economy".

Frente a este razonamiento, los demandantes pusieron de relieve que se trataba de un concepto jurídico propio de la jurisprudencia del TEDH, que no podía trasladarse de manera automática a la interpretación del APPRI controvertido:

"459. [...] The Claimants submit that measures that are discriminatory on grounds of race are absolutely prohibited and therefore made outside the bounds of a margin of appreciation, and that the margin of appreciation cannot be invoked in regard to illegal conduct (see Cl. PHB, para. 126; Reply, para. 289). In any event, the Claimants submit that the margin of appreciation principle has developed in the context of human rights adjudication under the *European Convention for Human Rights*, and is not apt for use in the context of BIT claims (see Reply, paras. 282-297)".

El órgano arbitral, siguiendo en este caso los argumentos presentados por los demandantes, rechazó el intento del Estado de incorporar la noción de "margen de apreciación" en la interpretación de los APPRI de la siguiente forma:

"465. As to "margin of appreciation" and the Respondent's argument that it should be given a wide margin when determining what is in the Zimbabwean public interest, the Tribunal is of the opinion that due caution should be exercised in importing concepts from other legal regimes (in this case European human rights law) without a solid basis for doing so. Balancing competing (and non-absolute) human rights and the need to grant States a margin of appreciation when making those balancing decisions is well established in human rights law, but the Tribunal is not aware that the concept has found much support in international investment law. The Respondent has only referred the Tribunal to European human rights cases in its arguments.

466. This is a very different situation from that in which margin of appreciation is usually used. Here, the Government has agreed to specific international obligations and there is no "margin of appreciation" qualification within the BITs at issue. Moreover, the margin of appreciation doctrine has not achieved customary status. Therefore the Tribunal declines to apply this doctrine.

467. In any case, the Claimants have noted that neither the "margin of appreciation" nor the proportionality doctrine can be used to justify illegal conduct, such as a breach of an obligation *erga omnes*, by engaging in racial discrimination. As discussed below, there is ample evidence that the Claimants were targeted in the present case on the basis of skin colour.

468. Accordingly, the Respondent's arguments relating to margin of appreciation are also dismissed".

Por tanto, este tribunal ofreció una explicación sobre la imposibilidad de traspasar conceptos jurídicos de un régimen autónomo a otro de manera automática, sin que exista una base jurídica que lo posibilite.

El Laudo que acabamos de citar contrasta con lo decidido por otro órgano arbitral en el caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI nº ARB/06/2). Este litigio versaba sobre la expropiación de una mina para la producción de ácido bórico en Bolivia. En el arbitraje se planteó la cuestión de determinar la fecha relevante para calcular la indemnización resultante de la expropiación. El órgano arbitral optó por la fecha de valuación de la propiedad en el momento de dictar el Laudo, y no la fecha de la expropiación efectiva por el gobierno. El tribunal no solo justificó su decisión con previas resoluciones arbitrales, sino también con la práctica del TEDH. De este modo, el órgano arbitral sí trató de trasladar conceptos jurídicos de un régimen autónomo a otro, aunque aparentemente sólo para ilustrar la existencia de una práctica muy generalizada en materia de determinación del monto de la indemnización. A diferencia del caso *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabue* (caso CIADI nº ARB/10/15), en este caso la práctica de la gran mayoría de los tribunales de inversiones también aplicaba la fecha de valuación en el momento del laudo. En concreto, el órgano arbitral señaló lo siguiente:

“377. The Tribunal thus concludes by majority that, dealing with an expropriation that is unlawful not merely because compensation is lacking, its task is to quantify the losses suffered by the claimant on the date of the award (or on a proxy for that date). This is easily explained by a reference to restitution: damages stand in lieu of restitution which would take place just following the award or judgment. It is also easy to understand if one keeps in mind that what must be repaired is the actual harm done, as opposed to the value of the asset when taken.

378. Several investment arbitration tribunals, other adjudicatory bodies (such as the European Court of Human Rights), and scholars have followed this approach. Some authorities also suggest that such valuation date only applies if the value of the asset increased after the taking, not when it decreased. Here, this issue does not arise and hence can be left open. Indeed, as is explained below, the Claimants have shown that the value of their investments would have increased after expropriation.

379. In the majority’s opinion, assessing the value of the investment on the date of the award (taking the date of the most recent valuation as a proxy) allows the Tribunal to take into consideration *ex post* data, *i.e.*, information available after the date of the expropriation. Its task is to compensate the Claimants’ actual loss on the date of the award. What matters is that the victim of the harm is placed in the situation in which it would have been in real life, not more, not less. Using actual information is better suited for this purpose than projections based on information available on the date of the expropriation, as it allows to better reflect reality (including market fluctuations) when attempting to ‘re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed’”.

Sobre este punto, la árbitro B. Stern presentó una opinión disidente. Según ella, la fecha de valuación que el tribunal debería haber tomado en cuenta era la fecha de la expropiación y no la del laudo arbitral final.

En el mismo caso *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (caso CIADI nº ARB/06/2), el órgano arbitral también utilizó argumentos del DI de los derechos humanos para justificar la obligatoriedad para las partes de las medidas provisionales dictadas por un órgano arbitral. El tribunal aportó jurisprudencia de la

Corte Internacional de Justicia y del TEDH para poner en contexto las decisiones de otros tribunales arbitrales del CIADI que sostenían la obligatoriedad de las medidas provisionales. Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH, el tribunal se refirió al caso *Mamatkulov c. Turquía* afirmando que:

“580. The European Court of Human Rights (the “ECtHR”) justifies the binding force of its provisional measures on the same principles. For instance, in *Mamatkulov*, it stressed that interim measures ordered in accordance with Article 39 of the Rules of the ECtHR:

(...) play a vital role in avoiding irreversible situations that would prevent the Court from properly examining the application and, where appropriate, securing to the applicant the practical and effective benefit of the Convention rights asserted. Accordingly, in these conditions a failure by a respondent State to comply with interim measures will undermine the effectiveness of the right of individual application guaranteed by Article 34 and the State’s formal undertaking in Article 1 to protect the rights and freedoms set forth in the Convention”.

Finalmente, los demandantes fundamentaron también en la jurisprudencia del TEDH su alegación de que el tribunal arbitral tuviera que compensar los daños morales (párr. 604). Pero el tribunal no acogió este argumento porque ya en la parte correspondiente al fondo había fallado que Bolivia no había violado las obligaciones de proporcionar tanto un trato justo y equitativo como una protección y seguridad plenas, con lo que no podía siquiera plantearse la eventual existencia de daños morales (párr. 617).

## **2. Derecho de la Unión Europea**

Con su Laudo de 25-11-2015, el órgano arbitral cerró la última cuestión pendiente en el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (caso CIADI n° ARB/07/19). En su Decisión sobre Jurisdicción, Derecho aplicable y Responsabilidad de 30-11-2012, el tribunal ya se había pronunciado sobre la relación entre el Derecho de la UE y el TCE. En el Laudo final de 2015, confirmó su Decisión de 2012 y analizó las alegaciones de *Electrabel* sobre los costes de transición, que igualmente rechazó. En conclusión, el órgano arbitral negó que hubiera expropiación (artículo 13.1 del TCE) o violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo (artículo 10.1 del TCE). Para llegar a esta conclusión, siguiendo lo establecido en su Decisión de 2012, el órgano arbitral aplicó los criterios propios del Derecho de la UE. Las discusiones sobre los costes que conllevan las decisiones regulatorias de la Comisión Europea es una buena ilustración de la aplicación por el órgano arbitral de los criterios del Derecho de la UE:

“100. For present purposes, it suffices to say that an electricity undertaking may sustain costs for two reasons resulting from an adverse decision by the Commission on State aid. First, under EU law, the undertaking may be required to repay State aid; and, second, the undertaking may suffer losses resulting from the consequential termination of its PPA before the expiry of its full contractual term. These costs, amounting to payments and lost operating revenues (or profits), can therefore no longer contribute to the return on the undertaking’s investment.

101. The term “stranded costs” is a term of art in EU terminology. It has been defined as “costs incurred by a company operating in a sector undergoing deregulation, prior to

deregulation, that could have been recovered under a regulated market, but cannot be recovered in a liberalized market.” More specifically, it here refers to relevant losses comprising the notional difference between (i) the electricity undertaking’s relevant investment costs; and (ii) the undertaking’s relevant operating revenues to be generated in the future up to its PPA’s contractual expiry date, i.e. post its premature termination. The term “net stranded costs” results from a calculation of these relevant losses less repayable State aid. That end-result can be a positive or negative figure for the undertaking. Given that the calculation seeks to assess future revenues on certain hypotheses post-termination, it must necessarily use estimated and not actual figures”.

Por otra parte, en una sentencia dictada el 6-10-2015, el Tribunal Federal Suizo explicó la relación entre el Derecho europeo de la competencia y el orden público mencionado en el artículo 190.2 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado como una de las causales para rechazar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. La recurrente había aducido el argumento de que la decisión del tribunal arbitral de condenarle a pagar 107 millones de Euros a favor del inversor era contrario a sus obligaciones internacionales, en particular, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, por tanto, contrario al principio de DI público *pacta sunt servanda* (párr. 5.2). La recurrente afirmaba que la violación de este principio conllevaba la violación del orden público material reconocido en el Derecho suizo. Sin embargo, el Tribunal Federal Suizo rechazó este argumento en los siguientes términos:

“5.3.1. A grand renfort de citations extraites de la doctrine et de la jurisprudence relatives au droit international public, la recourante s’emploie, tout d’abord, à démontrer que la violation du principe *pacta sunt servanda*, au sens de ce droit-là, rendrait la sentence qui en est affectée contraire à l’ordre public matériel, dont la disposition précitée sanctionne la violation.

Que semblable démonstration ait été faite n’est déjà pas certain. Sans doute la primauté du droit international sur le droit interne est-elle un principe généralement admis, y compris par la Suisse (cf. art. 5 al. 4 Cst.; RS 101). Il ne s’ensuit pas pour autant qu’il faille nécessairement taxer d’incompatible avec la définition restrictive de l’ordre public matériel rappelée plus haut une sentence imposant à une partie l’obligation de dédommager de façon équitable la partie adverse, quand bien même cette injonction contredirait une norme tirée du droit supranational (cf. ATF 132 III 389 consid. 3). Quoiqu’il en soit, point n’est besoin d’examiner plus avant la question théorique soulevée par la recourante pour les raisons indiquées ci-après.

5.3.2. Le Tribunal arbitral, après avoir soigneusement analysé la question sur la base des arguments avancés de part et d’autre, a jugé qu’il pouvait faire droit à la conclusion (v) de l’intimée sans porter atteinte au droit européen, étant donné, d’une part, qu’il n’y avait pas de contradiction à cet égard entre le TCE et le TFUE et, d’autre part, que l’indemnité allouée à la partie demanderesse était inférieure au montant maximum des coûts échoués éligibles, tel qu’il avait été fixé par la CE. Il s’en est expliqué clairement dans sa sentence (n. 523, 538 à 547 et 681).

5.3.2.1. La recourante lui reproche de ne pas avoir pris en considération des critères qualitatifs pour juger de l’admissibilité de l’indemnisation litigieuse au regard du droit européen. Elle se réfère, à ce propos, à un document intitulé ‘Communication de la Commission relative à la méthodologie d’analyse des aides d’État liées à des coûts échoués’, qu’elle avait produit sous pièce R-331 dans la procédure arbitrale. A la suivre, il découlerait de ce document que les indemnisations pour de tels coûts sont assimilées à des aides d’État et soumises, à ce titre, à des conditions.

Les arbitres n'auraient pas non plus tenu compte des contraintes procédurales applicables aux aides d'État en droit européen et, singulièrement, de l'art. 108 al. 3 TFUE en vertu duquel tout paiement visant à réparer des coûts échoués doit impérativement être soumis à l'examen préalable de la CE. Pourtant, leur attention aurait été attirée sur cette question dans un passage du premier mémoire après enquêtes de l'intéressée (n. 199). Du reste, poursuit la recourante, le Tribunal arbitral n'avait pas jugé nécessaire d'apporter des précisions au sujet des exigences précitées, en dépit de la requête en interprétation qu'elle lui avait soumise.

5.3.2.2. Peut être laissée ouverte la question de savoir si, par le seul dépôt d'un document parmi les quelque 500 pièces qu'elle a versées au dossier de l'arbitrage, et par les quelques lignes qu'elle a consacrées aux prétendues contraintes procédurales, la recourante a suffisamment attiré l'attention des arbitres sur la problématique qu'elle soulève dans son recours.

Toujours est-il que ce qu'elle reproche, en réalité, au Tribunal arbitral, c'est de ne pas avoir pris en considération les arguments soulevés par elle quant aux critères qualitatifs et aux contraintes procédurales applicables aux aides d'État en droit européen. Ce qu'elle dénonce, sous le couvert du grief de violation de l'ordre public matériel, c'est, en fait, une violation de son droit d'être entendue. Force est pourtant de constater qu'elle n'invoque pas le grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. d LDIP dans ce cadre-là. Par conséquent, la Cour de céans ne peut pas entrer en matière, vu l'art. 77 al. 3 LTF. Pour le surplus, la recourante ne démontre pas que, abstraction faite des deux arguments que le Tribunal arbitral n'a pas pris en considération, en violation ou non de son droit d'être entendue, les motifs qu'il a retenus pour justifier l'indemnisation de l'intimée, ordonnée par lui, rendraient à eux seuls la sentence attaquée incompatible avec l'ordre public matériel.

Au demeurant et en tout état de cause, il ne ressort pas de la confrontation des arguments respectifs avancés par les parties dans le recours et la réponse que la prise en compte des critères qualitatifs et des contraintes procédurales préconisée par la recourante conduirait à coup sûr à la mise au jour d'une violation du droit européen imputable au Tribunal arbitral et, suivant la réponse à apporter à la question théorique évoquée plus haut mais laissée indécidée, à la constatation de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public matériel. A cet égard, la tentative de la recourante de compléter ses explications dans sa réplique est d'emblée vouée à l'échec, tout comme le dépôt d'une pièce probante portant une date postérieure à celle du prononcé de la sentence entreprise”.

En conclusión, el Tribunal Federal Suizo no acogió los argumentos de la recurrente sobre la supremacía del DI, incluido el Derecho de la UE, para identificar una violación del orden público en el sentido del artículo 190.2 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado.

Tanto la decisión arbitral en el caso *Electrabel*, como la del Tribunal Federal Suizo, confirman que los APPRI celebrados antes de adherirse a la UE continúan desplegando plenos efectos jurídicos. La Comisión Europea no ha podido elaborar argumentos jurídicos ni de política judicial para reconducir la solución de las controversias de inversiones hacia las instituciones europeas. Esto conlleva que en el futuro coexistirán en Europa las vías de recurso ante los tribunales europeos y el arbitraje de inversiones en los casos de flujos intraeuropeos de inversiones, pudiendo los inversores elegir la vía judicial de su preferencia.

Por esta razón, la Comisión Europea ha urgido en repetidas ocasiones a sus Estados miembros a terminar estos acuerdos bilaterales, especialmente los que son celebrados por dos Estados miembros de la UE (APPRI intra-UE). Incluso ha iniciado procedimientos por incumplimiento contra algunos Estados miembros por este motivo durante el año 2015, como se comenta en el último epígrafe de esta crónica.

### 3. Derecho internacional del medio ambiente

En el caso *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (caso CIADI nº ARB/08/6), el órgano arbitral admitió la demanda en reconvenional del Estado sobre los alegados daños medioambientales causados por el inversor extranjero (*Perenco*). En su Decisión de 11-8-2015 sobre esta demanda de reconvenición, el tribunal parecía dar por sentada su jurisdicción (*Perenco* tampoco había alegado la falta de jurisdicción del tribunal sobre esta cuestión) nacida de una relación contractual entre *Perenco* y el Estado receptor de la inversión, y se limitó a declarar que:

“34. Ecuador presented the environmental counterclaim on the basis that its experts had determined the existence of an “environmental catastrophe” in the two oil blocks situated in the country’s Amazonian rainforest that had been worked by the consortium under *Perenco*’s operatorship. Ecuador viewed this as an extremely serious matter deserving the most careful consideration by the Tribunal. On this point, the Tribunal cannot but agree. Proper environmental stewardship has assumed great importance in today’s world. The Tribunal agrees that if a legal relationship between an investor and the State permits the filing of a claim by the State for environmental damage caused by the investor’s activities and such a claim is substantiated, the State is entitled to full reparation in accordance with the requirements of the applicable law”.

El órgano arbitral también dio por sentadas, desde el principio, las amplias facultades de los Estados para regular cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente:

“35. The Tribunal further recognises that a State has wide latitude under international law to prescribe and adjust its environmental laws, standards and policies in response to changing views and a deeper understanding of the risks posed by various activities, including those of extractive industries such as oilfields. All of this is beyond any serious dispute and the Tribunal enters into this phase of the proceeding mindful of the fundamental imperatives of the protection of the environment in Ecuador”.

En lo referente al Derecho aplicable, el órgano arbitral consideró que fuera necesariamente el Derecho nacional vigente en la época relevante de la presencia de *Perenco* en Ecuador (2002-2009). El tribunal estudió la relación entre la Constitución ecuatoriana de 2008 y la legislación medioambiental preexistente. El tribunal destacó que la Constitución *per se* no establecía los estándares técnicos aplicables a las operaciones de hidrocarburos (párr. 352). Ecuador había alegado que la Constitución establecía nuevas obligaciones en materia medioambiental que iban más allá de las contempladas en la legislación medioambiental que predata la Constitución (párr. 321-323). Sin embargo, el órgano arbitral consideró que en este supuesto el Congreso hubiera adoptado las necesarias modificaciones y adaptaciones de la legislación de desarrollo, a fin de adaptarla a los dictados de la nueva Constitución (párr. 324). Al hilo

de su análisis de la legislación ecuatoriana, el órgano arbitral hizo algunas consideraciones relevantes desde un punto de vista del DI del medio ambiente. En concreto, el tribunal señaló que:

“347. Nothing precludes Ecuador from promulgating new regulations that hold oilfield operators to more stringent environmental standards (or indeed to prohibit such activities altogether in areas which it considers to be ecologically sensitive), provided that this is done consistently with the Constitution’s requirements and any international legal obligations voluntarily assumed by the State. [...]”.

Como la decisión giraba en torno a la aplicación de las normas ecuatorianas sobre medio ambiente, el tribunal hizo referencia a estas consideraciones sólo a modo de *dictum*. La relevancia de la afirmación del tribunal radica en que reconoció la integración de las reglas internacionales sobre medio ambiente vinculantes para el Estado en el contexto de las controversias internacionales sobre inversiones.

La decisión del tribunal sobre la demanda reconvenicional no resolvió definitivamente la cuestión de la responsabilidad de *Perenco* porque las partes no habían aportado pruebas suficientes. El tribunal, por tanto, decidió nombrar a su propio experto para que suministrara más información sobre esta cuestión, que sería objeto de un ulterior pronunciamiento (punto 8 y ss. de la parte dispositiva, recogida en el párr. 611 de la Decisión).

## V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES<sup>11</sup>

En este epígrafe se analizan dos decisiones dictada sobre la base de sendos recursos de revisión, así como cinco decisiones emitidas por comisiones *ad hoc* de anulación.

### 1. La revisión de los laudos arbitrales

En primer lugar, en el marco del caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/10/5), Venezuela solicitó la revisión del Laudo dictado el 13-3-2015, por el que el tribunal arbitral resolvió que las empresas demandantes tenían derecho a ser indemnizadas por la expropiación de su negocio de prestación de servicios petroleros en Venezuela. En el procedimiento de revisión, sustanciado conforme al artículo 51 del Convenio CIADI, Venezuela fundamentó su solicitud en lo que describió como un error en el cálculo de los daños efectuado por el tribunal en el procedimiento original:

- “16. (Venezuela) Describe el error de la siguiente manera:
- a. En el párrafo 197 del Laudo, el Tribunal dejó constancia de los supuestos que había decidido adoptar a efectos de la valuación de los flujos de caja descontados (DCF, por sus siglas en inglés) del negocio de Tidewater:
    - i. un negocio compuesto por los servicios prestados por los 15 buques que SEMARCA operaba en el Lago de Maracaibo o desde él;

---

<sup>11</sup> Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives y la Profa. Laura Aragonés Molina.

- ii. las cuentas pendientes de cobro, como elemento tanto que sustentaba el capital de trabajo del negocio en curso como susceptible de recuperación en sí mismo;
  - iii. tomando el promedio de los flujos de caja históricos de la empresa correspondientes al período 2006 –2009;
  - iv. aplicando un riesgo de capital del 6,5 %;
  - v. aplicando un riesgo país del 14,75 %;
  - vi. pero sin descuento adicional debido a su concentración en un único cliente.
- b. Durante la audiencia, el Tribunal había solicitado que los expertos valuadores de ambas partes prepararan cálculos adicionales, mediante la aplicación de sus modelos de valuación existentes pero con diversas variables alternativas.
- c. En el párrafo 201 del Laudo, el Tribunal dejó constancia de los resultados de los cálculos de los expertos mediante la aplicación de los elementos que había identificado en el párrafo 197. Dejó constancia de las valuaciones presentadas del siguiente modo:
- (a) Demandantes: 31,959 millones de dólares estadounidenses (sólo 11 buques) (ingresos múltiplo de 3,79) + 16,484 millones de dólares estadounidenses en concepto de cuentas pendientes de cobro no recurrentes = 48,443 millones de dólares estadounidenses;
  - (b) Demandada: 27,407 millones de dólares estadounidenses (15 buques con 100 % de recuperabilidad de cuentas pendientes de cobro).
- d. Después de observar que la determinación de la compensación ‘no es ni puede ser una ciencia exacta, sino que se trata de una cuestión de estimación fundada’, el Tribunal valuó el negocio de Tidewater en 30 millones de dólares estadounidenses, a los que agregó 16,4 millones de dólares estadounidenses en concepto de cuentas por cobrar no recurrentes para arribar a una cifra en concepto de indemnización total de 46,4 millones de dólares estadounidenses. Venezuela afirma que, al llegar a tal resultado, ‘el Tribunal claramente tuvo en cuenta los cálculos de los expertos respectivos de las partes plasmados en el párrafo 201 del Laudo’.
- La valuación registrada respecto de las Demandantes se basó en la presentación realizada por el experto de Tidewater, el Sr. Kaczmarek, durante la audiencia. Venezuela asevera que la cifra real presentada por el Sr. Kaczmarek correspondiente a las variables adoptadas en el párrafo 197 no ascendía a 31,959 millones de dólares estadounidenses, sino a 13,917 millones de dólares estadounidenses. Por consiguiente, el total registrado en el párrafo 201(a) debería haber sido 30,401 millones de dólares estadounidenses (13,917 millones + 16,484 millones)”.

Según Venezuela, este error en el cálculo de la indemnización suponía el descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, si el tribunal hubiera tenido conocimiento del mismo, cumpliendo así con la condición esencial prevista en el artículo 51.1 del Convenio CIADI para poder solicitar la revisión. En particular, Venezuela sostenía que si el tribunal hubiera tenido conocimiento de que las cifras presentadas en el párrafo 201 no coincidían con la información presentada por los expertos, el tribunal habría asignado un monto diferente en concepto de indemnización.

Para poder proceder a la revisión del laudo, el órgano arbitral debía comprobar si efectivamente la solicitud cumplía las condiciones previstas en el artículo 51.1 del Convenio CIADI; por lo que, en primer lugar, expuso cuáles eran estas condiciones, al tiempo que declaró que éstas eran acumulativas, de modo que, de no cumplir con alguna de ellas, la solicitud debía ser desestimada:

“23. Con arreglo al Artículo 51(1) del Convenio, el único fundamento por el cual un solicitante puede pedir la revisión de un laudo es ‘el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el

laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia’.

24. La revisión es uno de los recursos incluidos en una lista cerrada contenida en el Convenio mediante excepciones específicas al principio fundamental de carácter definitivo del laudo consagrado en el Artículo 53.

25. El criterio de revisión contiene tres elementos esenciales:

- a. Que se haya descubierto un hecho;
- b. Que hubiera podido ‘influir decisivamente en el laudo’; y
- c. Que hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión al tiempo de dictarse el laudo (y que el desconocimiento del hecho por la parte que inste la revisión no se deba a su propia negligencia).

26. A menos que la Solicitante pueda establecer estos tres elementos, su solicitud no cumplirá con los requisitos del Artículo 51 y deberá desestimarse.

Una vez expuestas las condiciones para poder pedir la revisión del laudo, el tribunal examinó el párrafo pertinente del laudo cuya revisión se solicitaba y constató que se había producido un mero error de transcripción:

27. En el caso que nos ocupa, la Solicitud se funda en la referencia contenida en el párrafo 201(a) del Laudo según la cual:

Con estas limitaciones, el diferencial de cifras presentadas por los dos expertos es el siguiente:

(a) Demandantes: 31,959 millones de dólares estadounidenses (sólo 11 buques) (ingresos múltiplo de 3,79) + 16,484 millones de dólares estadounidenses en concepto de cuentas pendientes de cobro no recurrentes = 48,443 millones de dólares estadounidenses;

28. Venezuela alega que la cifra que constaba en el documento presentado por el experto de las Demandantes (en función de los supuestos que decidiera el Tribunal) ascendía a 13,917 millones de dólares estadounidenses, y no a 31,959 millones de dólares estadounidenses.

29. Al momento de revisar el documento mencionado en este párrafo de su Laudo a efectos de la presente Solicitud, el Tribunal concluye que existe un error material en su transcripción del documento subyacente allí citado. El inciso debería interpretarse correctamente y en el siguiente sentido:

(a) Demandantes: 13,917 millones de dólares estadounidenses (sólo 11 buques) (ingresos múltiplo de 1,65) + 16,484 millones de dólares estadounidenses en concepto de cuentas pendientes de cobro no recurrentes = 30,401 millones de dólares estadounidenses”.

Por su parte, *Tidewater* alegó que, ante un error de transcripción, el mecanismo adecuado para resolver el problema no era la revisión, sino la rectificación del laudo prevista en el artículo 49.2 del Convenio CIADI. Sin embargo, Venezuela insistió en la idoneidad del procedimiento de revisión para dilucidar este caso, pues afirmó que el error no se podía solventar con la mera rectificación del mismo, sino que precisaba un nuevo análisis de la decisión del tribunal. Ante la decisión de Venezuela de proseguir con el procedimiento de revisión, el tribunal procedió a analizar la solicitud para comprobar si se cumplían dos condiciones: 1) el descubrimiento de un hecho nuevo y desconocido por el tribunal y por la parte solicitante; y 2) la influencia decisiva de ese hecho en el laudo.

En cuanto a la primera condición, relativa al descubrimiento de un hecho nuevo y desconocido, el tribunal concluyó que el error de transcripción alegado por Venezuela no constituía un hecho nuevo a efectos de la revisión, pues los cálculos en los que Venezuela basaba su solicitud estaban contenidos en los documentos presentados ante el tribunal en el procedimiento original, y debía entenderse que las partes eran conocedoras de todos los hechos establecidos en dichos documentos, por lo que, además, no constituía un hecho nuevo ni se había descubierto con posterioridad al laudo:

“33. Venezuela alega que el hecho nuevo es el conocimiento de que la cifra correcta para una operación de 11 buques ascendía a 13,917 millones de dólares estadounidenses, en lugar de a USD 31,959 millones de dólares estadounidenses. Afirma que, si el Tribunal hubiera estado al tanto de este hecho, el Laudo habría oscilado entre 27,407 millones y 35,462 millones de dólares estadounidenses (la cifra correspondiente a 11 buques presentada por el experto de Tidewater aumentada a 15 buques).

34. Venezuela no cita autoridad alguna para aseverar que un error de transcripción puede constituir un hecho nuevo a efectos de la revisión.

35. Con este propósito, debe considerarse que el Tribunal y las Partes están al tanto de cada hecho establecido por el material presentado ante el Tribunal. Tal como ha resuelto la Corte Internacional de Justicia en el contexto de una solicitud de revisión:

Debe considerarse que la Corte está al tanto de cada hecho establecido por el material presentado ante él, independientemente de que haga referencia expresa o no a tal hecho en su fallo; de manera similar, una parte no puede argumentar que no estaba al tanto de un hecho plasmado en los escritos de su oponente o en un documento anexo a dichos escritos o, de otro modo, sometidos periódicamente a conocimiento de la Corte.

36. De acuerdo con la opinión del Tribunal, Venezuela no ha identificado un ‘hecho’ nuevo en los términos del Artículo 51(1).

37. Si el ‘hecho’ invocado por Venezuela consiste en que la valuación DCF del experto de Tidewater correspondiente a una operación de 11 buques ascendía a 13,917 millones de dólares estadounidenses, y no a 31,959 millones de dólares estadounidenses, este hecho no es nuevo ni se ha descubierto con posterioridad al dictado del Laudo. Por el contrario, estaba contenido en el documento presentado por el experto, como parte de un conjunto de cálculos solicitados por el Tribunal y presentados el último día de la audiencia.

38. Si el supuesto ‘hecho’ nuevo es el conocimiento de que el Tribunal utilizó la cifra equivocada, ese tampoco califica como tal. El hecho debe haber existido (pero no descubierto) al momento del Laudo a fin de involucrar al Artículo 51(1). Si ese conocimiento constituía un ‘hecho’ nuevo, cualquier supuesto error cometido por el Tribunal involucraría al Artículo 51(1). Eso entraría en conflicto directo con el principio de carácter definitivo plasmado en el Artículo 53, que dispone que el laudo ‘no podrá ser objeto de apelación’ ni de cualquier otro recurso, con excepción de los procedimientos cuidadosamente restringidos enumerados en el Convenio.

39. En consecuencia, el Tribunal resuelve que el primer elemento indispensable para una solicitud de revisión no se ha cumplido y, por ende, la Solicitud debe desestimarse sobre la base de dicho fundamento”.

A pesar de que el tribunal declaró que el error en el cálculo de la indemnización no constituía un hecho nuevo y desconocido en el sentido del artículo 51.1 del Convenio

CIADI, consideró conveniente examinar cómo hubiera podido influir este hecho en el laudo de haberse cumplido la primera condición.

Para valorar la influencia de este hecho, el órgano arbitral examinó de nuevo los documentos que contenían las cifras a las que se refería la solicitante, y que fueron presentados ante el tribunal en el procedimiento original y analizó el proceso seguido para determinar la indemnización adecuada. De este análisis concluyó que en el procedimiento original el tribunal observó divergencias sustanciales en el enfoque de los expertos de las partes en cuanto a la valuación adecuada que debía aplicarse a la inversión expropiada, en especial, respecto a dos variables que, según el tribunal, debían tenerse en cuenta para dicha valuación:

“40. Los dos documentos de que se extraen las cifras plasmadas en el párrafo 201 del Laudo están compuestos por tablas de cifras ilustrativas, preparadas a pedido del Tribunal el penúltimo día de la audiencia y presentadas el último día de la audiencia. Muestran, en forma tabular y sin más elaboración el efecto de los distintos supuestos según la opinión del experto respectivo en los cálculos de dicho experto.

41. Estos documentos no representaban las opiniones respectivas de los expertos en cuanto a la valuación apropiada que había de aplicarse al negocio que, según el Tribunal, ha sido expropiado. El experto de la Demandante propuso una valuación ex ante del negocio de 81,68 millones de dólares estadounidenses, mientras que la Demandada llegó a una valuación ex ante de 2,9 millones de dólares estadounidenses.

42. En el párrafo 198, el Tribunal hace constar su agradecimiento por estas tablas ilustrativas, pero destaca lo siguiente:  
Produjeron una convergencia mucho mayor en las cifras de lo que había ocurrido en los informes de los expertos que se presentaron durante la fase escrita. Sin embargo, continúa habiendo diferencias sustanciales en el enfoque adoptado por los expertos, que, a su vez, afectan las cifras presentadas.

43. Esto ocurrió particularmente con dos de las variables que, según el análisis del Tribunal, ‘tienen un efecto sustancial en la valuación de la inversión de las Demandantes en SEMARCA’: a) el trato de las cuentas pendientes de cobro, y b) el ámbito de la actividad que ha de valorarse.

44. El Tribunal abordó cada uno de estos elementos por separado en su Laudo. En definitiva, resolvió que un elemento separado del monto total en concepto de indemnización debía atribuirse al valor del negocio, en función de un supuesto de ámbito de actividad de 15 buques, mientras que otro elemento separado debía atribuirse a las cuentas pendientes de cobro no recurrentes, antes de arribar a una valoración total a efectos de compensación de 46,4 millones de dólares estadounidenses”.

La divergencia en las cifras presentadas por los expertos condujo al tribunal en el procedimiento original a aplicar su propio enfoque en la determinación de la valuación adecuada del negocio expropiado, basándose en todas las pruebas presentadas ante él, por lo que el órgano arbitral en el procedimiento de revisión resolvió que, aún en el caso de que el hecho alegado por Venezuela pudiera considerarse un hecho nuevo y desconocido conforme al artículo 51.1 del Convenio CIADI, la solicitud sería inadmitida porque tal hecho no hubiera influido decisivamente en el laudo:

“59. El párrafo 201 aparece en el Laudo inmediatamente después de los dos párrafos ya citados en que el Tribunal explica el motivo por el cual ‘los dos conjuntos de cifras no pued[e]n compararse en forma directa’. Tal como se expresara supra, su función consiste en dejar constancia ‘[d]el diferencial de cifras presentadas por los dos expertos’.

60. En vista de la falta de comparabilidad, el Tribunal tuvo que adoptar su propio enfoque a efectos de determinar la valuación. Ya había observado lo siguiente: Si bien a las Demandantes les corresponde demostrar que sufrieron algún daño a fin de recibir compensación, al Tribunal le corresponde determinar el monto otorgado en concepto de compensación. Se trata necesariamente de una cuestión para la estimación fundada del Tribunal a la luz de todas las pruebas que tiene a su disposición.

61. El párrafo 202, que aparece inmediatamente después del párrafo que exhibe las cifras presentadas por los expertos, vuelve a enfatizar que el Tribunal debe realizar su propia determinación. Comienza afirmando lo siguiente:

El Tribunal ya observó que la determinación de un nivel de compensación apropiado basado en un análisis de los flujos de caja descontados de este tipo no es ni puede ser una ciencia exacta, sino que se trata de una cuestión de estimación fundada. El Tribunal considera que un comprador dispuesto a comprar habría valuado el negocio en aproximadamente 30 millones de dólares estadounidenses...

62. Esta formulación deja claro que el Tribunal no ha adoptado las cifras planteadas por los expertos de ninguna de las dos Partes, sea en sus informes originales, sea en sus tablas ilustrativas. En su lugar, ha tenido en cuenta la totalidad de las pruebas presentadas ante él al momento de determinar el nivel de compensación apropiado que había de otorgarse, sobre la base de un análisis de los flujos de caja descontados. Este fue un proceso que, tal como había observado el Tribunal, ‘presenta dificultades particulares en vista del carácter del negocio de SEMARCA’. Tal como resolvió, la determinación resultante de un nivel de compensación apropiado ‘no es ni puede ser una ciencia exacta’”.

Por último, en cuanto a las costas y honorarios, el tribunal decidió que los miembros del tribunal no cobraran honorarios y gastos; que la solicitante se hiciera cargo de los gastos del CIADI; y que cada parte se hiciera cargo de los gastos incurridos por ella con motivo de la solicitud.

En segundo lugar, en el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/27), Venezuela (en adelante, también la solicitante) presentó una solicitud de revisión del laudo dictado el 9-10-2014, de acuerdo con el artículo 51 del Convenio CIADI y la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La solicitante alegó que los actos de las demandadas posteriores al laudo demostraban que éstas no tenían intención de cumplirlo y si estos hechos hubiesen sido conocidos, habrían afectado decisivamente a la reparación otorgada por el tribunal en el laudo original:

“2.1.2 En particular, antes de que se dictara el Laudo, las Demandadas manifestaron que, para evitar una doble indemnización en el caso de que el Laudo les fuera favorable, estaban dispuestas a reembolsar a Petróleos de Venezuela, S.A. (“PDVSA”), de conformidad con la cláusula 15(1) del Contrato de Asociación Cerro Negro (Cerro Negro Association Agreement, “CNAA”), el monto correspondiente a la indemnización ya

recibida en el arbitraje CCI. Al tomar su decisión acerca de la doble indemnización, el Tribunal se basó en esta manifestación.

2.1.3 Sin embargo, con posterioridad al Laudo, las Demandadas solicitaron y obtuvieron de un tribunal federal de los Estados Unidos una Orden y Sentencia a instancia de parte por el monto total del Laudo, y no mencionaron el asunto de la doble indemnización. Las Demandadas no han reconocido que la reparación debería reducirse en función del monto total ya pagado en cumplimiento del arbitraje paralelo ante la CCI. Dado que estos hechos se produjeron después del Laudo, cuando este se dictó, ni el Tribunal ni Venezuela tenían conocimiento de ellos ni podrían haberlos descubierto. Si los hubiesen conocido, esos hechos habrían afectado decisivamente la reparación otorgada, incluido el método aplicado para realizar y calcular la reducción a fin de evitar una doble indemnización.

2.1.4 En consecuencia, la Solicitante solicita que se revise el párrafo 404 del Laudo de la siguiente manera:

El párrafo 404(e) del Laudo debería revisarse a fin de agregar la siguiente oración como segunda oración del subpárrafo: “Los reembolsos que deban efectuarse a PDVSA se harán al mismo tiempo que se cumpla con lo establecido en este Laudo”;

El párrafo 404(e) del Laudo debería revisarse a fin de agregar la siguiente oración al final del subpárrafo: “El reembolso que se contempla en el subpárrafo (e) anterior será con intereses a la misma tasa de interés especificada en este subpárrafo (h) o, alternativamente, la parte del Laudo equivalente al monto del reembolso mencionado en el subpárrafo (e) anterior no devengará intereses desde la fecha en que tal monto se pagó a Mobil Cerro Negro” [traducción del Tribunal]”.

Para poder resolver sobre la admisión de la solicitud de revisión planteada por Venezuela, el tribunal expuso, en primer lugar, las condiciones previstas en el artículo 51 del Convenio CIADI:

“3.1.1 El artículo 51 del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

“(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo”.

3.1.2 El texto del Convenio del CIADI debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, de conformidad con el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.1.3 El Tribunal señala que, de conformidad con el artículo 51 del Convenio del CIADI, una solicitud de revisión debe cumplir las siguientes condiciones:

- a) La solicitud debe basarse en el “descubrimiento” de un “hecho”.
- b) El hecho, en cuyo descubrimiento se funda la Solicitud, debe ser de naturaleza tal que “hubiera podido influir decisivamente en el laudo”.
- c) El hecho debe haber sido “desconocido” por el Tribunal y el solicitante “al tiempo de dictarse el laudo”.
- d) La ignorancia del hecho por parte del solicitante no debe haber sido producto de su “negligencia”; y

e) La solicitud de revisión debe presentarse en el término de 90 días desde que se descubriera el hecho y, en todo caso, dentro del plazo de tres años desde la fecha en que se dictara el laudo.

3.1.4 El Tribunal considera que estos requisitos son acumulativos y que, si alguno de ellos no se cumple, la solicitud debe desestimarse”.

A la luz de los hechos alegados por Venezuela como fundamento de su solicitud, el tribunal invitó a las partes a presentar su postura sobre la existencia de un requisito temporal en el artículo 51.1 del Convenio CIADI, en particular, si el hecho descubierto debía ser anterior al laudo. Venezuela mantuvo que el artículo 51.1 del Convenio CIADI no exigía que el hecho descubierto fuera anterior al laudo; sin embargo, aun si ello fuera una condición, la solicitud seguiría siendo admisible pues implicaba tanto hechos preexistentes al laudo, como posteriores a él y, en el caso de los segundos, tales hechos constituían una manifestación y revelación de los primeros. Por su parte, *Mobil* manifestó que las restantes condiciones previstas en el artículo 51.1 del Convenio CIADI daban por entendido que el hecho debía existir antes de que se dictara el laudo. A esta misma conclusión llegó el tribunal en su decisión:

“3.1.8 Para respaldar su postura de que el artículo 51(1) del Convenio del CIADI abarca los hechos posteriores al Laudo, la Solicitante alega que i) la propia disposición no exige expresamente que el hecho sea anterior al laudo; ii) no existe nada en los travaux que pudiera llevar a concluir que existe un requisito temporal; iii) el Prof. Schreuer reconoce la posibilidad de que hechos posteriores a un laudo puedan ser el fundamento de una solicitud de revisión; iv) al interpretar una disposición similar, el TEJ reconoció que el hecho nuevo relevante puede haber surgido después de la sentencia, y v) la única decisión de la CIJ sobre el tema se refería a un hecho que surgió años después de la sentencia y que no pudo haber influido en ella.

3.1.9 Si bien es cierto que el artículo 51(1) no exige expresamente que el hecho descubierto sea anterior al Laudo, tanto las implicaciones textuales de la norma como su objeto y fin confirman que el hecho descubierto debe haber existido antes de que se dictara el Laudo.

3.1.10 El Tribunal observa que, de conformidad con el artículo 51(1) del Convenio del CIADI, una solicitud de revisión de un laudo requiere que i) el hecho fuera “desconocido” y que ii) la ignorancia del hecho “no se deba a [...] negligencia”. Estos requisitos deben cumplirse “al tiempo de dictarse el laudo”.

3.1.11 Por lo tanto, el artículo 51 presupone que el hecho pertinente podría haber sido conocido cuando se dictó el laudo y que, de no haberlo sido, dicha ignorancia podría haber sido producto de la negligencia cuando se dictó el laudo. Sólo un hecho que existía cuando se dictó el laudo podría haber sido conocido en ese momento. Sólo la ignorancia de un hecho que existía cuando se dictó el laudo podría ser producto de la negligencia. De ello se deduce que sólo un hecho que existía cuando se dictó el Laudo puede ser la base de una solicitud de revisión de conformidad con el artículo 51(1) del Convenio del CIADI.

3.1.12 Esta interpretación no sólo se corresponde con los términos del artículo 51(1), sino también con su objeto y fin. El concepto de revisión afecta negativamente al principio de cosa juzgada y, por lo tanto, puede menoscabar la estabilidad de las relaciones jurídicas. No se acepta en todas las reglas arbitrales y, cuando se acepta, debe mantener su carácter excepcional.

3.1.13 El Tribunal reconoce la opinión del Prof. Schreuer de que “[e]xcepcionalmente, puede surgir un hecho nuevo después de haberse completado el laudo que pueda constituir un fundamento apropiado para la revisión. Por ejemplo, pagos hechos al CIADI respecto a las costas del procedimiento después de que se haya completado el laudo o los honorarios legales facturados después de haberse firmado el laudo no se reflejarán en la determinación de las costas del laudo” [traducción del Tribunal]. Sin embargo, el Tribunal señala que el artículo 51 del Convenio del CIADI no contempla excepciones. En cualquier caso, la excepción mencionada por el Prof. Schreuer no sería aplicable a este caso”.

El tribunal destacó que las partes habían recurrido a sentencias dictadas por diferentes tribunales internacionales para fundamentar sus argumentos, dada la escasez de casos de revisión planteados tanto ante los tribunales del CIADI, como ante otros tribunales. El tribunal refutó la interpretación realizada por Venezuela de algunas de estas decisiones judiciales, a la vez que ofreció su interpretación sobre estos casos:

“3.1.14 (...) Según la Solicitante, el TEJ ha reconocido que los hechos posteriores al dictado de una sentencia pueden servir de fundamento para una solicitud de revisión, mientras que la postura opuesta de la CIJ no se aplica al caso porque es distinguible en los hechos. Por el contrario, las Demandadas se basan en el razonamiento de la CIJ porque el artículo 51 del Convenio del CIADI tomó como modelo el artículo 61 del Estatuto de la CIJ y porque no existen diferencias sustanciales entre los textos de ambos artículos que puedan justificar otra interpretación.

3.1.15 El Tribunal no está de acuerdo con el argumento de que el TEJ reconoció en el caso *Jean-François Ferrandi c. Comisión de las Comunidades Europeas* que los hechos que se produjeron después de dictada la sentencia pueden servir de fundamento para una solicitud de revisión. En realidad, el TEJ no aborda esta cuestión. En el caso antedicho, se consideró que la solicitud era inadmisibile por haber sido presentada extemporáneamente. A la inversa, el TEJ sí abordó esta cuestión en el caso *Riseria Modenese Srl c. Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas y Birra Peroni SpA*, en el que decidió que la admisibilidad de una solicitud de revisión está condicionada a la existencia de un hecho “anterior al dictado de la sentencia” [traducción del Tribunal].

3.1.16 El Tribunal disiente en la valoración que la Solicitante realiza de la decisión de la CIJ en el caso *Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia* en cuanto a la interpretación del artículo 61 del Estatuto de la CIJ. En 2003, la Corte debió estudiar una solicitud presentada por Yugoslavia para revisar una sentencia dictada en 1996. Yugoslavia fundaba su solicitud, entre otras cosas, en un hecho ocurrido en 2000. La Corte decidió que no podía considerar ese hecho como “un hecho nuevo en el sentido del artículo 61, capaz de fundamentar una solicitud de revisión de esa Sentencia” [traducción del Tribunal].

3.1.17 En ese caso, la CIJ abordó específicamente la cuestión de si el hecho descubierto debía ser anterior a la sentencia, y llegó a la conclusión de que el artículo 61 del Estatuto de la CIJ, tomado como modelo por el artículo 51 del Convenio del CIADI, se refiere a “un hecho existente al momento en que se dictó la sentencia y descubierto con posterioridad a ella. Un hecho ocurrido varios años después de dictada una sentencia no es un ‘hecho nuevo’ en el sentido del artículo 61. Esta conclusión se mantiene independientemente de las consecuencias legales que el hecho pueda tener” (traducción del Tribunal). A continuación, la Corte analizó las consecuencias legales de los supuestos hechos nuevos y llegó a la conclusión de que no tenían los efectos que pretendía la solicitante y que, incluso si los hubieran tenido, no constituían hechos en el sentido del artículo 61.

3.1.18 Varios tribunales arbitrales han aplicado la misma solución en circunstancias similares. Así, el Tribunal Arbitral Mixto Franco-Búlgaro sostuvo en 1929 que “el uso del término ‘descubrimiento’ implica, sin lugar a dudas, la existencia del hecho, que el Tribunal desconocía al momento de emitir su decisión” (traducción del Tribunal).

3.1.19 El Tribunal señala que todas las cortes y todos los tribunales internacionales que han tenido oportunidad de considerar la cuestión llegaron a la conclusión expresada por este Tribunal en los párrafos 3.1.10 a 3.1.11 anteriores. De conformidad con el artículo 51(1) del Convenio del CIADI, una solicitud de revisión requiere que el hecho que la motive existiera al momento en que se dictó el laudo. Los hechos que surjan con posterioridad a él no pueden servir de fundamento para solicitar la revisión en los términos del artículo 51(1) del Convenio del CIADI.

En consecuencia, una solicitud que se basa en hechos posteriores al Laudo es inadmisibles”.

Habiendo declarado que los hechos posteriores al laudo no podían fundamentar una solicitud de revisión, el tribunal arbitral examinó si los hechos anteriores a él invocados por Venezuela, consistentes en unas supuestas intenciones y en una estrategia por parte de *Mobil*, y que, según Venezuela, estaban vinculadas inextricablemente a los hechos posteriores alegados, podían dar lugar a su revisión:

“3.1.20 El Tribunal recuerda que la posición de Venezuela ha pasado de basarse en hechos posteriores al Laudo a basarse en hechos tanto anteriores como posteriores al Laudo, en donde los hechos posteriores sirven de prueba de los anteriores.

3.1.21 Los supuestos hechos anteriores al Laudo se identifican como “intenciones y estrategia”. El Tribunal considera que “intenciones y estrategia” pueden o no materializarse en hechos. Las intenciones y la estrategia describen un estado mental y no constituyen acontecimientos que puedan considerarse hechos en el sentido del artículo 51(1) del Convenio del CIADI. Por lo tanto, incluso si el Tribunal estuviera inclinado a concluir que una solicitud de revisión bajo el artículo 51(1) del Convenio del CIADI puede basarse en el descubrimiento de hechos posteriores al Laudo presentados como prueba de hechos anteriores a él, la Solicitud aún sería desestimada por falta de hechos anteriores al Laudo.

3.1.22 Además, incluso si las intenciones y la estrategia se consideraran hechos, la Solicitante no ha aportado prueba de cuáles eran las intenciones y la estrategia de las Partes *Mobil* al momento en que se efectuaron las manifestaciones objetadas ante el Tribunal en el procedimiento original”.

En conclusión, la solicitud de Venezuela fue inadmitida en su totalidad al no estar fundamentada en hechos existentes con anterioridad al laudo conforme al artículo 51.1 del Convenio CIADI y, basándose en el cambio de postura de la solicitante en cuanto a los fundamentos de la solicitud, con el objetivo de impedir la ejecución del laudo original, resolvió que Venezuela debía a pagar todos los costos y gastos del procedimiento, además de los honorarios y gastos de los árbitros y los honorarios legales de *Mobil*:

“4.1.1 El artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y

gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

4.1.2 Las Partes acordaron lo siguiente en la sección 3(2) de la Resolución Procesal n.º 1: “El Tribunal podrá determinar las costas establecidas en el artículo 61(2) del Convenio, y decidir de conformidad con ese artículo la manera en que deberán pagarse las costas y por quién a su discreción en la Decisión o en una o más Resoluciones separadas anteriores o posteriores a esta. Cada Parte podrá presentar, además de la información que exige la regla de arbitraje 28(2), su postura acerca de cómo deben pagarse las costas y por quién, así como los argumentos en apoyo de la misma. Sin perjuicio de lo antedicho, si no media una decisión en contrario por parte del Tribunal, todas las costas se distribuirán equitativamente entre ambas Partes” [traducción del Tribunal].

4.1.3 Ambas Partes han solicitado que el Tribunal decida a su favor respecto de todas las costas relacionadas con el procedimiento.

4.1.4 En sus presentaciones de costas, las Demandadas alegaron que debía fallarse a su favor respecto de su totalidad, de conformidad con la práctica mayoritaria en arbitraje internacional, que consiste en asignar las costas sobre la base de que las costas siguen al acontecimiento.

Además, determinar las costas a favor de las Partes Mobil sería especialmente apropiado en este caso, donde se alega que la Solicitud es manifiestamente inadmisibles e infundada y que se ha presentado con el sólo objeto de demorar la ejecución del Laudo. Si bien la Solicitante también pidió que las costas se determinaran a favor de Venezuela, no explicó por qué la asignación de costas debía realizarse de ese modo.

4.1.5 Venezuela ha presentado una solicitud de anulación del Laudo, además de la Solicitud a partir de la cual se inició el actual proceso de revisión. El Tribunal señala que el Convenio del CIADI admite procedimientos posteriores al laudo simultáneos en relación con el mismo laudo.

De hecho, las solicitudes simultáneas o solapadas pueden constituir el único medio procesal para que una parte pueda intentar obtener la aplicación alternativa de estos recursos como consecuencia de los plazos previstos en el Convenio. En consecuencia, el Tribunal no puede concluir sobre esta base que la Solicitud se ha presentado con el solo objeto de demorar la ejecución del Laudo.

4.1.6 Por otro lado, la Solicitud se ha desestimado por inadmisibles, por considerarse que no se basa en hechos anteriores al Laudo. Todos los tribunales y todas las cortes internacionales que abordaron esta cuestión en el contexto de un proceso de revisión han decidido que el hecho descubierto debe ser anterior al laudo. Sin embargo, en un principio, la Solicitud se basó sólo en hechos posteriores al Laudo. Además, Venezuela se ha basado sistemáticamente en que los hechos alegados eran posteriores al Laudo para justificar otro de los requisitos del artículo 51(1) del Convenio del CIADI, es decir, que el hecho descubierto fuese desconocido al momento de dictar el Laudo. En este sentido, sostuvo que los hechos que surgieron luego de que se dictó el Laudo “solo podían conocerse después del Laudo” (traducción del Tribunal). No fue sino cuando el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus posiciones sobre la temporalidad de los hechos descubiertos que la Solicitante cambió su postura para alegar que los hechos posteriores al Laudo meramente constituían pruebas de hechos anteriores.

4.1.7 El Tribunal considera que el cambio en la postura de la Solicitante es consecuencia de la preparación rápida de la Solicitud luego de que las Partes Mobil intentaran ejecutar el Laudo un día después de emitirse. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Solicitud no tenía el propósito de solicitar la revisión del Laudo sobre la base de una verdadera preocupación de que no se hubiese considerado un hecho decisivo

desconocido, sino de entorpecer el rápido intento de las Demandadas de ejecutar el Laudo.

4.1.8 Los honorarios y gastos legales de las Demandadas ascienden a USD 93 463 y GBP 32 561,16.

4.1.9 Los honorarios legales de la Solicitante ascendieron a USD 157 999,25.

4.1.10 En ejercicio de la discreción otorgada al Tribunal en virtud del artículo 61(1) del Convenio del CIADI, así como de la sección 3(2) de la Resolución Procesal n.º 1, el Tribunal considera apropiado otorgar a las Partes Mobil (i) todos los costos del procedimiento, incluyendo cargos y gastos administrativos del CIADI y honorarios y gastos de los Miembros del Tribunal, así como (ii) todos sus gastos y honorarios legales. Al adoptar esta decisión, el Tribunal ha tenido en cuenta las circunstancias descritas en los párrafos 4.1.6 a 4.1.7 anteriores. En consecuencia, la Solicitante deberá pagar a las Partes Mobil los siguientes montos:

- a) USD 93 463 y GBP 32 561,16 en concepto de gastos y honorarios legales; y
- b) Todos los costos del procedimiento, una vez hayan sido determinados por el CIADI y no más tarde de 30 días después de que el CIADI notifique a las Partes el Estado Financiero Final”.

## 2. La anulación de los laudos arbitrales

En primer lugar, en el caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* la comisión *ad hoc* de anulación examinó la solicitud de anulación del laudo a la luz de tres de las cinco causas de anulación reconocidas por el Convenio CIADI: que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (artículo 52.1.e), que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 52.1.b) y que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52.1.d).

Sobre la determinación del estándar relativo a la falta de motivación del laudo, a partir de la práctica arbitral consolidada por anteriores comisiones de anulación, en este caso se concluyó que:

“77. Deben satisfacerse dos pruebas antes de que un comité *ad hoc* pueda anular un laudo con base en motivos contradictorios. Primero, los motivos deben ser genuinamente contradictorios en la medida en que se cancelen mutuamente de manera que equivalgan a una falta de motivación. Segundo, el punto con respecto al que estos motivos se brindan es necesario para la decisión del tribunal.

(...)

78. Por lo tanto, al revisar las contradicciones alegadas, el comité *ad hoc* debe estar atento al hecho de que a veces lo que puede aparentar ser una contradicción puede ser el resultado de un compromiso alcanzado por un cuerpo colegiado para alcanzar una decisión. Asimismo, al revisar las contradicciones aparentes, el comité *ad hoc* debería, en la medida de lo posible y con atención a cada caso, preferir una interpretación que confirme la consistencia de un laudo en oposición a sus supuestas contradicciones internas.

79. El estándar de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI es, por lo tanto, alto. No permite que un comité *ad hoc* cuestione el razonamiento del tribunal y eso le impone al solicitante la carga de probar que el razonamiento del tribunal

sobre una cuestión que es esencial para el resultado del caso estaba ausente, era incomprensible, contradictorio o frívolo. Con el fin de prosperar, la Solicitante debe cumplir esta carga”.

El primer aspecto que la comisión analizó fue si una contradicción entre el laudo y lo señalado por uno de los miembros del tribunal en una opinión separada podía dar lugar a la anulación:

“95. El Comité considera que el Tribunal en su Laudo decidió la cuestión sometida ante él, es decir, si tenía jurisdicción en la materia. El Tribunal decidió esta cuestión por mayoría de votos. Cumplió con el Convenio del CIADI. Tanto el profesor Pierre-Marie Dupuy como el profesor Domingo Bello Janeiro acordaron que el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer el caso. El juez Brower disintió y concluyó que el Tribunal tenía jurisdicción. La cuestión de jurisdicción fue decidida por un voto de 2 a 1 a favor de rechazar la jurisdicción.

96. Por lo tanto, el Tribunal decidió en su Laudo la “cuestión” de jurisdicción y “decidió” por voto de la mayoría en estricto cumplimiento con los párrafos (1) y (3) del Artículo 48 del Convenio del CIADI.

97. En los siguientes párrafos el Comité decidirá (a) la cuestión de si el razonamiento de la opinión del profesor Bello Janeiro (i) afecta la mayoría y (ii) contradice el Laudo; y (b) asumiendo que hay una contradicción, si ésta resultaría en que el Laudo (i) no abordara las pretensiones sometidas al Tribunal o (ii) no estableciera los motivos en que se basa.

98. El Comité ha revisado cautelosamente la Opinión Separada y las alegadas contradicciones entre la Opinión Separada y el Laudo. El Comité considera que no hay tales contradicciones. Pero aún si el Comité aceptara el argumento de Daimler con respecto a las contradicciones entre la Opinión Separada y el Laudo su conclusión continuaría igual. La mayoría claramente votó que el Tribunal no tenía jurisdicción y el razonamiento en la Opinión Separada no afectó el voto del profesor Bello Janeiro o la decisión mayoritaria. Asimismo, el Comité no considera que alguna de estas alegadas contradicciones tenga el efecto de despojar al Laudo de su base racional en una cuestión determinante para el resultado.

99. Con respecto a las alegadas contradicciones, Daimler sostiene que “existe también una divergencia de conclusiones y razonamientos entre el Laudo y la Opinión Separada del profesor Bello Janeiro, por lo cual es imposible confirmar la existencia de una decisión mayoritaria en los asuntos jurisdiccionales claves decididos en el Laudo”. Según Daimler, las contradicciones subyacen en tres puntos específicos: (a) el marco interpretativo; (b) las Directrices del Banco Mundial y (c) la evolución jurisprudencial. El Comité no está de acuerdo con Daimler.

(...)

104. El Artículo 48(4) del Convenio del CIADI claramente apoya la postura adoptada en la Opinión Separada. Esta disposición permite de forma explícita que un árbitro formule un voto particular incluso si no disiente de “la mayoría”. Al votar con la mayoría sobre la(s) decisión(es) el autor puede adjuntar su “voto particular al laudo”. Dicha opinión probablemente no será elaborada o adjuntada al laudo si no agrega nada diferente a lo allí expuesto. Si una opinión separada se limitara a acordar con todos los aspectos de los fundamentos del laudo de la mayoría entonces sería repetitivo y sin sentido. Si esto fuera lo que el Artículo 48(4) permite, también carecería de sentido.

105. Pero aún al asumir que en los tres puntos identificados por Daimler (es decir, el marco interpretativo, las Directrices del Banco Mundial y la evolución jurisprudencial) el profesor Bello Janeiro no explicaba su “cambio de opinión” sino que brindaba sus motivos en apoyo al Laudo, el Comité no encuentra contradicción alguna entre la Opinión Separada y el Laudo con respecto a los tres puntos.

106. Primero, no hay nada en la Opinión Separada que indique que el profesor Bello Janeiro no esté de acuerdo con los fundamentos del Laudo o de que el fundamento propuesto por él sustituya los fundamentos del Laudo. Por el contrario, apoya de forma expresa el fundamento del Laudo. Segundo, aún si la Opinión Separada sugiriese, como sostiene Daimler, que debería asignársele más peso a ciertas fuentes (por ejemplo, práctica judicial y jurisprudencia), o que se le debería brindar más importancia a las Directrices del Banco Mundial, o que la evolución jurisprudencial era pertinente y debería haber sido considerada, estos son, en el contexto de la Opinión Separada, motivos adicionales o subsidiarios que el profesor Bello Janeiro brinda. Estos motivos no tienen como finalidad reemplazar a aquellos en el Laudo. Los dos árbitros que conforman la mayoría estuvieron de acuerdo con la decisión y los fundamentos de esta, pero le asignaron peso diferente a ciertas fuentes. Tercero, una opinión separada por su propia naturaleza incluye consideraciones adicionales o subsidiarias que no se reflejan en el laudo.

107. Sin embargo, aún de asumir que el fundamento del Laudo y el de la Opinión Separada eran contradictorios, ello no afectaría el Laudo en ningún sentido ni resultaría en un motivo de anulación.

(...)

117. En resumen, lo importante a los fines de conformar una mayoría no es el fundamento individual de los miembros que conforman la mayoría, sino sus votos.

(...)

119. Daimler sostiene que las decisiones invocadas por Argentina y anteriormente mencionadas no aplicarían a este caso dado que las bases de anulación presentados en esos casos no se referían a una “falta de motivación”. El Comité no está de acuerdo. Lo que surge de las autoridades antes citadas es que lo importante para la validez de un laudo no es una identidad de fundamentos brindados por los árbitros que conforman la mayoría, sino la identidad de sus votos con respecto al resultado. En este caso la mayoría claramente votó para rechazar la jurisdicción.

120. En resumen, en el presente caso, el Comité no tiene duda de que los árbitros que conforman la mayoría votaron a favor de desestimar el caso por falta de jurisdicción y la Opinión Separada no afecta el Laudo ni permite su anulación con base en la alegada “falta de motivación”.

El segundo punto examinado en el contexto de la primera causa de anulación invocada por el inversor extranjero fue la existencia de incongruencias internas en la argumentación adoptada en el laudo sobre las cláusulas del APPRI celebrado entre Alemania y Argentina que establecían un periodo de espera de 18 meses antes de recurrir al arbitraje de inversiones y la cláusula de la nación más favorecida:

“128. El Comité está de acuerdo con Argentina en que no hay nada en el Laudo o en la Opinión Separada que pudiera sugerir que el Laudo carece de fundamentos. Una lectura

integral del Laudo, en su contexto, en oposición a una comparación entre partes aisladas, apoya la decisión de este Comité.

(...)

134. Tras un análisis de las porciones del Laudo invocadas por Daimler como contradictorias –párrafos 230 y nota al pie 403, por un lado, y párrafos 247 a 248 y nota al pie 432 por otro lado– el Comité considera que estas porciones del Laudo no se contradicen mutuamente. Asimismo, el Comité considera que, aún de asumir que dichas porciones fueran contradictorias, estas no cumplen el estándar requerido para anular un laudo. Ese estándar se cumple solo cuando las contradicciones en el laudo cancelan sus razones mutuamente en una medida tal que estas implican una falta de motivación en un punto que es determinante para la decisión del Tribunal.

135. El Comité reitera que una solicitud según la cual un laudo contiene motivos contradictorios no debe ser analizada en forma aislada. Los motivos en un laudo tienen que ser analizados teniendo en cuenta su contexto. Antes de que un comité proceda a anular un laudo sobre la base de motivos contradictorios, debe examinar su contexto y asegurarse que estos tienen el efecto de cancelarse mutuamente dejando a la decisión sobre una cuestión determinante para el resultado sin fundamento. Además, si luego de haber determinado sus motivos y decidido sobre un punto dado, el Tribunal, en un exceso de precaución o de otro modo, examina los otros argumentos efectuados por las partes, dichos análisis adicionales –y quizás innecesarios– no pueden compararse con los motivos de la decisión del Tribunal para determinar si los dos conjuntos de motivos son contradictorios, ya que aun si lo son no se cancelarán mutuamente. En dichos casos, los motivos para la decisión ya se encuentran en el Laudo, y los motivos adicionales no pueden tener efecto en la decisión del Tribunal.

136. La nota al pie 432 pertenece al párrafo 248 del Laudo. Este párrafo se encuentra bajo la sección titulada “Requisito de que el trato comparativo invocado sea más favorable”. Esta sección comprende los párrafos 240 a 250. En el primer párrafo de esa sección en particular, es decir, el párrafo 240, el Tribunal afirmó: “Como este Tribunal ya ha concluido que la redacción de los Artículos 3 y 4 del TBI, centrada en la frase “trato en su territorio”, no le permite concordar con la teoría de la Demandante, no es estrictamente necesario analizar el requisito de que el trato comparativo invocado sea más favorable. Incluso si este análisis fuera necesario, por el momento el Tribunal no podría llegar a la misma conclusión que la Demandante en este respecto”.

137. A partir de una lectura del texto y un examen del contexto del Laudo, es claro para el Comité que el Tribunal brindó sus motivos en relación con el término “trato en el territorio” y concluyó que la redacción del TBI, y específicamente los Artículos 3 y 4 de este, no permitían que el Tribunal aceptara los argumentos de Daimler en este sentido. El razonamiento sobre el requisito de favorabilidad en el trato comparativo no es –en palabras del Tribunal– “estrictamente necesario”, pero incluso si lo fuera no llevaría al Tribunal a una conclusión favorable a la Demandante.

138. Considerando que el razonamiento sobre el trato comparativo era subsidiario o –en palabras del Tribunal– “no estrictamente necesario”, y que se emitió una decisión sobre el punto por diferentes motivos, las contradicciones alegadas, aún si existieron, no hubieran afectado el resultado del Laudo.

(...)

141. El Comité está de acuerdo con Argentina en que no existe contradicción entre los párrafos 200 y 281, por un lado, y la nota al pie 355 y el párrafo 204, por el otro.

(...)

146. El razonamiento del Tribunal es claro y lleva a su conclusión. El Tribunal observó que puesto que Daimler incumplió la Cláusula de 18 meses, el Tribunal no tenía competencia para conocer las reclamaciones de Daimler (incluidas reclamaciones bajo las cláusulas de NMF). El Tribunal consideró que, salvo que las cláusulas de NMF otorgaran dicha competencia, no podría ir más allá. Luego, el Tribunal consideró si las cláusulas de NMF otorgaban dicha competencia y concluyó que no. No existe contradicción en esta motivación, mucho menos una contradicción de tal naturaleza que los motivos se cancelen mutuamente.

(...)

149. La nota al pie 433 se encuentra incluida en el párrafo 248 del Laudo, en la cual, como se establece en el párrafo 138 anterior, el Tribunal realizó un análisis adicional y subsidiario que no era necesario. Con base en el estándar expuesto en el párrafo 77 anterior, el Comité está de acuerdo con Argentina en que aún si la nota al pie 433 contradijera los párrafos 250 y 281, la contradicción no afectaría un punto fundamental o determinante del resultado del Laudo.

150. En otras palabras, el texto de la nota al pie 433 no es fundamental para la decisión principal, y no afecta el razonamiento principal del Laudo sobre el punto.

151. Por los motivos anteriormente expuestos, el Comité considera que ninguno de los dos motivos de anulación propuestos por Daimler constituyen una falta de motivación por parte del Tribunal. Es por ello que no puede prosperar la solicitud de anulación del Laudo por parte de Daimler en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI”.

Descartada esta primera causa de anulación, la comisión *ad hoc* examinó el contenido de la segunda causa invocada por el inversor extranjero, fundada en la extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal. En primer término, la comisión definió esta causa de anulación recordando que una anulación no puede equipararse a una apelación del laudo:

“186. El Comité considera que una extralimitación de facultades debe ser “manifiesta”; en otras palabras, debe ser simple, evidente, obvia y clara para ser causal de anulación. Según determinó el comité de anulación de Wena: “La extralimitación de facultades debe ser evidente por sí sola en lugar del producto de elaboradas interpretaciones en uno u otro sentido. Cuando esto último sucede, la extralimitación de facultades ya no es manifiesta” [traducción del Comité]. Si este Comité realizara un análisis cuidadoso y detallado de los respectivos argumentos de las partes presentados ante el Tribunal, como sugiere Daimler, y anulara el Laudo sobre la base de que su interpretación de los hechos o del derecho o apreciación de la prueba es diferente a la del Tribunal, cruzaría la línea que separa la anulación de la apelación.

187. El Comité también considera que cuando es posible más de una interpretación, el laudo no puede ser anulado sobre la base de que hubo una extralimitación de facultades, mucho menos una extralimitación manifiesta de facultades.

(...)

188. El procedimiento de anulación no es una apelación y, por lo tanto, no es un mecanismo para corregir supuestos errores de hecho o de derecho que pudo haber

cometido un tribunal. La anulación en virtud del Convenio del CIADI es un recurso limitado destinado a garantizar la equidad fundamental del procedimiento de arbitraje.

189. Por lo tanto, cuando se afirma que ha habido una extralimitación manifiesta de facultades por la no aplicación del derecho aplicable, el comité *ad hoc* no tiene la función de verificar si la interpretación del derecho por parte del tribunal fue correcta, o si determinó correctamente los hechos o apreció correctamente la evidencia. Estas son cuestiones relevantes para la apelación, pero no para el procedimiento de anulación en virtud de los limitados motivos previstos en el Convenio del CIADI.

(...)

191. En resumen, lo que puede hacer el Comité es determinar si el Tribunal identificó correctamente el derecho aplicable y se esforzó en aplicarlo. Con respecto a lo último, hay una diferencia entre esforzarse por aplicar el derecho correcto y aplicar correctamente el derecho. Mientras el primero puede brindar una causal de anulación, el segundo excede el alcance de la autoridad de un comité *ad hoc* de anulación. El Comité considera que el Tribunal cumplió lo que se le requería en virtud del Convenio del CIADI”.

Una vez fijado el alcance de esta causa de anulación, la comisión concluyó que el tribunal no se había extralimitado en sus facultades, en primer lugar, en la forma en que aplicó al arbitraje el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“192. Con respecto a la alegada falta de aplicación de la CVDT, el Comité encuentra que el Tribunal claramente identificó la CVDT como aplicable a la disputa y se esforzó por aplicarla a varias cuestiones de interpretación del TBI que surgieron entre las Partes.

(...)

194. Luego el Laudo analiza la aplicación o no aplicación de las cláusulas de NMF e indica, en varios párrafos, cómo, según la opinión del Tribunal, la CVDT es relevante a los fines de la interpretación de las distintas disposiciones del TBI.

(...)

196. Esto es suficiente, en opinión del Comité, para concluir que la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI por la presunta falta de aplicación de la CVDT no se justifica”.

Tampoco entendió como una violación de dicha causa de anulación la valoración del principio *pacta sunt servanda* realizada por el tribunal:

“200. El Comité considera que no hubo una falta de aplicación del derecho aplicable.

201. En los párrafos 240 a 243 del Laudo, el Tribunal identifica las fuentes y los principios que aplicaría para determinar si los inversores chilenos reciben mejor trato que los inversores alemanes, y concluye que al aplicar estos principios a dicha cuestión, “el Tribunal no podría avalar el uso de la cláusula NMF propuesto por la Demandante, a menos que pudiera determinar que las disposiciones de resolución de controversias del Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania (el “Tratado Básico”) sean objetivamente menos favorables que las del Artículo X del TBI Argentina-Chile (el “Tratado Comparativo”)”.

(...)

203. Luego de indicar que aceptar las afirmaciones de la Demandante sobre qué es favorable podría resultar en una situación en la que los términos “más” o “menos” favorable no tengan significado objetivo, el Laudo analiza los factores que deberían ser considerados al determinar cuándo un tratamiento a un inversor puede ser considerado más favorable, factores que incluyen los costos de someter un caso ante los tribunales locales y al arbitraje internacional. En dicho contexto, el Laudo indica que si al recurrir a los tribunales locales el inversor recibe un trato menos favorable o discriminatorio; dicho inversor deberá ser indemnizado “conforme al principio del Derecho Internacional general ordinario de reparación plena”.

204. El Comité recalca que el Laudo debe ser leído en contexto. El Tribunal revisó en detalle los factores relevantes para el denominado trato comparativo, que incluyen costos, e indicó, de manera subsidiaria, que si el inversor recibiera un trato menos favorable o discriminatorio en los tribunales locales, puede ser indemnizado conforme al principio de reparación plena. Asimismo, este análisis del “trato comparativo”, según se afirmó en el párrafo 138 anterior, fue identificado por el Tribunal como innecesario para determinar la cuestión de la jurisdicción, y específicamente, la aplicación de las cláusulas de 18 meses y de NMF.

205. Por lo tanto, Daimler está errado en su reclamo de que el Laudo aplicó el principio de “reparación plena” o no aplicó el principio de *pacta sunt servanda* a su decisión sobre jurisdicción. Una observación subsidiaria en el contexto de una sección que el Tribunal consideró adicional, pero no necesaria, a su decisión no puede derivar en una anulación por falta de aplicación del derecho adecuado.

206. En consecuencia, el Comité *ad hoc* descarta la aseveración de Daimler según la cual el Laudo es el resultado de una extralimitación manifiesta de facultades según el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI”.

La tercera causa de anulación invocada por la demandante consistió en el quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento, cuya definición fue fijada por la comisión *ad hoc* de la siguiente forma:

“262. El Comité considera que en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI, el quebrantamiento de una norma de procedimiento justifica la anulación del laudo siempre que (i) el quebrantamiento sea grave; y (ii) la regla en cuestión sea fundamental.

263. El quebrantamiento es grave si priva a una parte de la protección que la norma tenía por finalidad proporcionar.

(...)

264. En otras palabras, para que la violación a una norma de procedimiento sea grave, dicha violación “debe haber conducido al Tribunal a un resultado sustancialmente distinto del que habría alcanzado si se hubiera respetado la norma en cuestión”.

265. Con respecto a las normas de procedimiento consideradas fundamentales, el Comité considera que son normas de justicia natural, es decir, normas que refieren a la justicia esencial del procedimiento”.

A continuación la comisión *ad hoc* valoró los argumentos presentados por la demandante para fundamentar su petición de anulación con arreglo a esta última causa:

1) el retraso perjudicial en emitir la decisión jurisdiccional; 2) la imposición de una carga de la prueba indebida, la denegación de la oportunidad igual y justa de ser escuchada; y 3) la ausencia de deliberación y adopción de una decisión mayoritaria, llegando nuevamente a la conclusión de que no procedía anular el laudo dictado por el tribunal:

“270. Las Partes parecen estar de acuerdo que una demora *per se* no justificaría la anulación, pero que la demora injustificada o irrazonable que causa perjuicio a una parte puede, dependiendo de las circunstancias, abrir la puerta a la anulación.

271. Según el Comité, el expediente de este procedimiento de anulación no respalda los alegatos de Daimler y, por lo tanto, el Comité rechazará dichos alegatos.

272. Según el texto de la Resolución Procesal No. 3, el 16 de julio de 2008 el Tribunal no decidió, como sostuvo Daimler, que tenía suficiente información para decidir sobre la cuestión jurisdiccional. En dicha Resolución Procesal el Tribunal consideró que no se requería una audiencia separada para tratar la jurisdicción ya que había recibido suficiente información mediante los alegatos escritos. Por lo tanto, el Tribunal canceló la audiencia sobre jurisdicción originalmente programada para el 5 y 6 de diciembre de 2008.

273. Fue en la Resolución Procesal No. 4, del 27 de agosto de 2008, que el Tribunal decidió unir las cuestiones jurisdiccionales a las de fondo.

274. No hay nada en el expediente de este procedimiento de anulación que sugiera que como resultado de la Resolución Procesal No. 3 o la decisión de unir las cuestiones jurisdiccionales a las de fondo el Tribunal hubiese cerrado las presentaciones sobre jurisdicción o evitado que las Partes presentaran más argumentos o alegatos sobre jurisdicción. Por el contrario, el expediente indica, y durante la Audiencia de Anulación resultó aún más claro, que luego del 16 de julio de 2008 las Partes debatieron las excepciones a la jurisdicción, que incluyó debates durante la audiencia que tuvo lugar desde el 30 de noviembre al 7 de diciembre de 2009, en la que se trató las cuestiones jurisdiccionales y de fondo.

275. Las Partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia el 29 de marzo de 2010– Demandada –y el 30 de marzo de 2010– Demandante. Luego el Tribunal solicitó a las Partes información adicional el 20 de agosto de 2010 y las Partes presentaron sus respuestas el 28 de septiembre de 2010.

276. En el procedimiento que culminó con el Laudo, Argentina presentó cinco excepciones jurisdiccionales distintas. En el Laudo, el Tribunal se refirió a cada una de estas excepciones, y luego de establecer las posiciones de las Partes rechazó cuatro excepciones y aceptó la quinta titulada “La cláusula de la Nación Más Favorecida no autoriza a la Demandante a pasar por alto los requisitos de los artículos 10(2) y 10(3) del Tratado”. El presente caso no era, por lo tanto, un caso en el cual, como sugirió Daimler, el Tribunal hubiese decidido posponer la decisión sobre una excepción a la jurisdicción, hubiese hecho que las Partes presentaran sus argumentos sobre el fondo durante meses, y luego hubiese emitido un Laudo fundamentado en esa excepción de jurisdicción particular.

277. La lectura del Laudo sugiere que al menos algunas de las excepciones a la jurisdicción no podrían haber sido decididas sin debatir los hechos o la prueba adicional vinculada con el fondo del caso. Pero en todo caso, no es obligación del Comité cuestionar los motivos que pudiera tener el Tribunal para cancelar la audiencia separada

sobre jurisdicción, o unir la cuestión jurisdiccional a la de fondo o para no decidir sobre todas las excepciones a la jurisdicción sin tratar el fondo. Eso requeriría, por un lado, una revisión de todo el expediente y todas las circunstancias existentes al momento en que se emitió dicha decisión, y por el otro, una revisión de los motivos que tuvo el Tribunal para llevar a cabo el procedimiento en la forma que lo hizo. Aun si el Comité realizara este ejercicio, este no cumpliría un propósito. Una amplia revisión de esta naturaleza, si bien puede permitirse en procedimientos de apelación, ya que posibilita una revisión de los errores tanto de hecho como de derecho, claramente trasciende el alcance del procedimiento de anulación.

278. Como resultado de lo anterior, el Comité considera que no ha habido una demora indebida o irrazonable al emitir el Laudo como adujo Daimler y, por lo tanto, no se quebrantó una norma fundamental de procedimiento que amerite la anulación del Laudo.

(...)

281. El Comité considera que –como bien sostuvo Argentina– la lectura del párrafo 175 del Laudo en su contexto adecuado junto con los párrafos que inmediatamente siguen, incluso el párrafo 177 del Laudo, establece claramente que el Tribunal no impuso una carga de la prueba a Daimler, mucho menos una inadecuada e inaceptable carga de la prueba que resultara en un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento.

(...)

284. Como ya se observó, el Laudo debe ser interpretado en su contexto, y los párrafos y oraciones no pueden interpretarse ni se les puede asignar un significado aislado de la parte en la que están incluidos o los párrafos relacionados que les dan contexto. Una lectura de los párrafos anteriormente citados y una revisión del Laudo deja en claro que el Tribunal no impuso la carga de la prueba en ninguna de las Partes. Simplemente afirmó que el consentimiento del Estado no puede presumirse y, por lo tanto, debe demostrarse. Posteriormente, el Tribunal observó que su obligación, en base a las distintas cuestiones planteadas por las Partes, era identificar la verdadera intención de los Estados cuando expresaron su consentimiento al TBI.

285. De lo anterior surge que el Tribunal no impuso a Daimler una indebida carga de la prueba que sea equivalente a un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

(...)

288. El Comité considera que no hubo una violación grave al derecho fundamental de Daimler a ser escuchada en el procedimiento que concluyó con el Laudo.

(...)

291. Con respecto a la afirmación según la cual el Tribunal informó a las Partes en 2008 que había recibido información suficiente sobre las posiciones de las Partes en relación con la cuestión jurisdiccional, y luego introdujo y citó innumerables casos en el Laudo y en la Opinión Separada que ni siquiera existían en julio de 2008 sin brindarle a Daimler la oportunidad de ser escuchada sobre esas autoridades, el expediente en este procedimiento de anulación no apoya el argumento de Daimler.

(...)

295. Este Comité considera que un tribunal arbitral no se limita a referirse o basarse únicamente en las autoridades citadas por las partes. Puede, por iniciativa propia, basarse en otras autoridades públicamente disponibles, aun si no han sido citadas por las partes, siempre que la cuestión haya sido planteada ante el tribunal y que se haya conferido a las partes la oportunidad de tratarlas. Este es exactamente el caso aquí. Daimler tuvo la oportunidad de realizar sus presentaciones sobre todas las cuestiones relevantes relacionadas con las excepciones de jurisdicción. Una vez que se brindó la oportunidad el Tribunal no estuvo obligado a limitarse solo a esas autoridades, que habían sido citadas por las Partes. Ninguna norma de derecho, de procedimiento o requisito de debido proceso evitó que se refiriera o basara en otras autoridades que estaban en el dominio público. Dicha fundamentación no violó ninguna norma de justicia natural, incluido el derecho a ser escuchado.

296. En resumen, el 16 de julio de 2008, el Tribunal decidió no llevar a cabo una audiencia separada de jurisdicción, pero no cerró el procedimiento de jurisdicción ni privó a las Partes que efectuaran otros argumentos sobre jurisdicción. Daimler tuvo la oportunidad de presentar su caso sobre las excepciones a la jurisdicción presentadas por Argentina, desde el 16 de julio de 2008, a la presentación de los escritos posteriores a la audiencia en marzo de 2010, incluyendo las presentaciones durante la audiencia de jurisdicción y de fondo realizada en noviembre y diciembre de 2009. El hecho que el Tribunal citara en el Laudo decisiones o autoridades no citadas anteriormente por las Partes, pero que estaban disponibles al público, y eran relevantes a las cuestiones sobre las cuales las Partes habían efectuado amplias presentaciones no constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

(...)

300. El Comité no observa ningún quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento por parte del Presidente al preparar y presentar a los co-árbitros un proyecto de laudo para su consideración. Por un lado, es el Presidente quien preside las deliberaciones (Regla 14(1) de las Reglas de Arbitraje). Por otro lado, la preparación de un primer proyecto por el Presidente del Tribunal es un método de trabajo que tribunales emplean frecuentemente con el propósito de preparar un laudo. De esto no puede inferirse que los miembros del Tribunal no deliberaron sobre el Laudo. No hay nada en el expediente que sugiera que el proyecto no fue discutido o que no hubo una deliberación. Por el contrario, la Opinión Disidente y la Opinión Separada fuertemente sugieren que los árbitros habían deliberado; que hubo disidencia en la decisión –juez Brower– y una necesidad de aclarar el voto –profesor Bello Janeiro– lo cual demuestra que el Tribunal llegó a sus conclusiones luego de haber realizado las debidas deliberaciones.

301. Es cierto, y las Partes no lo controvierten, que en la redacción del Laudo el Presidente decidió utilizar, en ciertas partes del análisis, fragmentos del proyecto utilizados en un caso distinto que él presidió. Esto se demostró en la nota al pie 303 del Laudo. Sin embargo, esto no puede *ipso facto* llevar a la conclusión que el Laudo se hizo sin deliberaciones. No hay ni un ápice de evidencia, que remotamente sugiera que el Presidente simplemente copió un laudo, o sustanciales porciones de este, de un caso distinto y que el profesor Bello Janeiro meramente concurrió sin ninguna discusión o deliberación. Nuevamente, la Opinión Disidente y la Opinión Separada sugieren lo contrario.

302. Con respecto a las diferencias entre el Laudo y la Opinión Separada, el Comité ya se refirió a ellas en los párrafos 89 a 120 anteriores y concluyó que el Tribunal deliberó. No hay contradicciones entre el Laudo y la Opinión Separada del profesor Bello Janeiro. Aun si existiesen, el Laudo no se vería afectado ya que la mayoría claramente votó a favor del rechazo de la jurisdicción.

303. Entonces, el Comité considera que no hubo violación de una norma fundamental de procedimiento que resulte de la presunta falta de deliberación y emisión de una decisión mayoritaria por parte del Tribunal”.

Por lo que se refiere a las costas del procedimiento y los honorarios de los abogados, la comisión *ad hoc* concluyó que cada parte debía sufragar sus propios honorarios de abogados, mientras que la demandante pagaría los gastos del procedimiento:

“305. Una vasta mayoría de comités que intervinieron en procedimientos de anulación sostuvieron que las costas legales deben ser sufragadas en partes iguales por las partes. Esta postura se adoptó tanto en casos en que la solicitud de anulación fue admitida, total o parcialmente, como en casos en los cuales no prosperó.

306. Este Comité analizó si correspondía seguir dicha práctica y si el resultado de la aplicación de dicha práctica podía ser anómalo. En particular, el Comité debatió acerca de si correspondía que la Demandada sufragara las costas frente al hecho de que todos los fundamentos de anulación fueron rechazados no quedó probada la causal de anulación presentada por Daimler.

307. Por último, el Comité decidió que la Solicitante debía sufragar las costas del procedimiento de anulación (que ya fueron pagadas).

308. En cuanto a las costas legales, este Comité decidió seguir la práctica antes mencionada y ordenar que cada Parte sufragara sus propias costas legales. Esto no significa que el Comité considera que se debe aplicar dicha práctica como norma general, sino que toma en cuenta las circunstancias particulares del presente caso”.

En segundo lugar, en el caso *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala* la comisión *ad hoc* de anulación examinó la solicitud de anulación presentada por la empresa española a la luz de los mismos tres motivos de anulación examinados anteriormente en el caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina*: que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 52.1.b), que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52.1.d) y que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (artículo 52.1.e).

Como cuestión previa la comisión *ad hoc* se pronunció con carácter general sobre la naturaleza del procedimiento de anulación, subrayando las diferencias que existen entre un procedimiento de anulación y un procedimiento de apelación, un aspecto que muchas comisiones se esfuerzan por abordar en sus decisiones de manera preliminar:

“74. La mayoría de los comités han entendido que este recurso de nulidad debe ser distinguido con claridad de una apelación. La diferencia entre apelación y anulación es relevante en dos sentidos. Primero, en cuanto al resultado del procedimiento de revisión: en una apelación se puede modificar el laudo objeto del recurso, mientras que la anulación sólo puede invalidarlo (total o parcialmente) o afirmar su validez, sin poder modificar su contenido. Segundo, como ha sido reconocido (entre otros) en los Comités de *Soufraki* y *Pey Casado*, en la decisión de anulación no corresponde pronunciarse sobre la corrección sustantiva del laudo, porque el régimen de anulación fue diseñado para resguardar la integridad y no el resultado de los procedimientos de arbitraje CIADI; por eso, la anulación sólo se remite a la legitimidad del proceso de decisión y no a su mérito.

75. Bajo este estándar, no todo error o diferencias de apreciación respecto a la corrección del laudo es anulable, de modo que debe evitarse anulaciones por meros desacuerdos interpretativos. Si bien esta diferencia ha sido siempre reconocida teóricamente, su aplicación práctica efectiva ha sido menos consistente. Por esta razón, este Comité más que dedicarse a la formulación conceptual de esta diferencia, procurará aplicarla de manera rigurosa al momento de decidir sobre cada una de las causales de anulación invocadas en contra del Laudo.

76. Asumido que el propósito del procedimiento de anulación no es decidir sobre la corrección de la decisión contenida en el Laudo, basta que la decisión del Laudo sea defendible para que no haya lugar a la anulación. Por eso, aunque este Comité tenga diferencias, incluso severas, con el Tribunal, de ello no se sigue que deba dar lugar a la anulación del Laudo”.

Hecha esta aclaración, la comisión *ad hoc* pasó a analizar la causa de anulación basada en la extralimitación manifiesta de las facultades en el contexto tanto de la jurisdicción como del derecho aplicable. En primer lugar, analizó si el tribunal se había extralimitado en sus funciones al no haber ejercido su jurisdicción para conocer sobre el fondo de la controversia:

“83. El Laudo decidió que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia respecto a las reclamaciones de Iberdrola por expropiación, por violación del trato justo y equitativo, por violación del estándar de plena protección y seguridad y por incumplimiento de las obligaciones de protección a su inversión. El Tribunal asume su falta de jurisdicción, primero, sobre la base del lenguaje restringido del TBI, conforme al cual tendría jurisdicción sólo sobre controversias referentes a cuestiones reguladas en ese tratado; en particular, a las alegaciones de violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el respectivo tratado con respecto a una inversión. Para arribar a esta conclusión, el Laudo se funda en el sentido natural del texto del Artículo 11 del TBI, que expresa el consentimiento de Guatemala para someterse a arbitraje con inversionistas españoles (Laudo, § 301). Luego, se apoya en una tesis planteada por una parte de la doctrina que identifica y distingue entre cuatro tipos de disposiciones referidas al consentimiento en los tratados de protección de inversiones (Laudo, § 304).

(...)

88. A juicio del Comité, el Laudo declinó su jurisdicción porque consideró que la Demandante no presentó un razonamiento claro y concreto sobre cuáles fueron los actos de imperio de Guatemala que en derecho internacional podrían constituir violaciones al Tratado. El Laudo afirma que si bien Iberdrola se refirió a normas y estándares del Tratado, sus alegaciones consistían exclusivamente en diferencias interpretativas del derecho doméstico guatemalteco. En definitiva, el Tribunal consideró que el CIADI carecía de jurisdicción y el Tribunal de competencia, porque la demanda de Iberdrola era calificable únicamente bajo la perspectiva del derecho interno, y el Tratado otorgaba jurisdicción sólo para el conocimiento de incumplimientos de derecho internacional.

89. Por lo tanto, la demanda de anulación de Iberdrola en esta materia constituye un cuestionamiento a una tesis general y abstracta para declinar jurisdicción, como es que el Tribunal asume que las cuestiones de derecho interno excluyen a las internacionales, tesis que no es sostenida por el Laudo”.

Por lo que respecta a la extralimitación de las funciones en el contexto de la aplicación del derecho, la comisión afirmó que:

“96. Es relevante distinguir entre la no aplicación del derecho relevante y su aplicación errónea. Sólo el primer caso constituye una extralimitación de facultades que puede dar lugar eventualmente a una anulación.

(...)

99. De acuerdo al Artículo 42 del Convenio CIADI el Tribunal tiene la obligación de decidir la diferencia de conformidad con las normas de derecho acordadas por las partes. En este caso particular el acuerdo de las Partes se encuentra en el Artículo 11.3 del TBI, que dispone que debe aplicarse el derecho del Estado receptor de la inversión, es decir, Guatemala en este caso. Por lo tanto, para que el Tribunal fallara la disputa presentada por Iberdrola debía aplicar, además del TBI y el derecho internacional general, las disposiciones legales de Guatemala. En consecuencia, para la correcta resolución de la anulación en este punto es necesario responder la siguiente pregunta: ¿Qué derecho aplicó el Tribunal en su Laudo para determinar la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal?

100. El Laudo no se refiere de manera expresa al derecho aplicable ni hace referencia al Artículo 11.3 del TBI. El Tribunal no se pronuncia sobre el debate que existe entre las Partes respecto a la correcta aplicación del derecho de Guatemala; es más, declara que esa controversia se encuentra fuera del ámbito de su competencia.

101. Sin embargo, el Tribunal consideró que la disputa presentada por Iberdrola se encontraba fuera de su competencia porque era una disputa exclusiva de derecho doméstico guatemalteco (Laudo, §§ 322, 325, 330, 350-352, 354, 356, 359 y 365). Para hacer esta distinción el Tribunal debió aplicar necesariamente, al menos *prima facie*, el derecho guatemalteco y también el derecho internacional. En efecto, la afirmación del Tribunal relativa a que el caso de Iberdrola es puramente doméstico supone necesariamente una instancia de aplicación del derecho guatemalteco. Correlativamente, afirmar que el caso de Iberdrola no trataba de materias reguladas en el TBI, es también una forma de aplicación del derecho internacional.

102. De esta manera, la aplicación del test *prima facie* de jurisdicción *ratione materiae* supone e implica la aplicación del derecho guatemalteco e internacional en las partes que resulten relevantes. Con todo, no fue necesario que el Tribunal realizara una aplicación más profunda del derecho guatemalteco y del derecho internacional, porque entendió que no tenía jurisdicción para ello. Por lo tanto, el Tribunal sí aplicó el derecho relevante, aunque fuera para calificar la disputa como una de derecho nacional, lo que le llevó a concluir que se trataba de un asunto para el que carecía de jurisdicción y competencia”.

Llegada a esta conclusión, la comisión *ad hoc* evaluó la segunda causa de anulación planteada por la demandante en la solicitud de anulación basada en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, fijando el contenido de dicho concepto conforme a la práctica asentada por anteriores comisiones:

“104. A juicio del Comité, el quebrantamiento de una norma es grave cuando es sustancial y es tal que priva a una parte del beneficio que esa norma pretende concederle. Por eso, se ha fallado que un quebrantamiento grave supone, potencialmente, una decisión diferente a la que se habría dictado si la norma procesal infringida hubiese sido observada. La prueba de la potencial diferencia en lo resolutivo del Laudo corresponde al recurrente.

105. Este Comité entiende que una norma fundamental de procedimiento es aquella que fija un estándar procesal mínimo que debe ser respetado conforme al derecho

internacional, como fue definido en *Wena Hotels c. Egipto*. En general, se han reconocido como violación de normas fundamentales las siguientes hipótesis: (i) la falta de imparcialidad y tratamiento desigual de las partes, (ii) la violación del derecho a ser oído, (iii) la ausencia o abuso de deliberación de los árbitros; (iv) la vulneración de reglas de la prueba y (v) la vulneración de reglas de legitimación. De esas normas fundamentales de procedimiento, Iberdrola ha alegado el quebrantamiento grave de su derecho a ser oída”.

Con arreglo a esta definición, la comisión examinó si el tribunal había quebrantado el derecho de la demandante a ser oído por el tribunal, en primer lugar, en el tratamiento dado por el tribunal al escrito presentado por la demandante tras finalizar la audiencia oral:

“107. El Comité considera que los principios de predeterminación de las reglas del procedimiento, de tipicidad y de audiencia debida, de la manera en que fueron formulados por Iberdrola, constituyen manifestaciones del derecho a ser oído; esto es, se trata una norma fundamental que, al igual que el comité *ad hoc* en *Pey Casado c. Chile*, este Comité entiende como la plena y equitativa oportunidad de las partes de exponer su caso, presentar su defensa o presentar pruebas en relación con todas las reclamaciones en cada etapa del procedimiento arbitral. En consecuencia, se trata efectivamente de una norma fundamental de procedimiento, cuyo quebrantamiento grave puede llevar a la anulación parcial o total de un Laudo.

108. Asumido este principio, los comentarios hechos por el Tribunal en el § 347 del Laudo no implican, a juicio del Comité, una violación de esos principios. En efecto, el Tribunal, así como cualquier otro tribunal establecido bajo el Convenio del CIADI, no tiene la obligación de adelantar a las partes cuál sería su decisión relativa a la admisibilidad del cambio en el *petitum*, ni tampoco solicitarles su opinión al respecto. Por el contrario, es precisamente en el Laudo donde el Tribunal debe pronunciarse sobre la admisibilidad de los cambios en la presentación de sus acciones.

109. Adicionalmente, Iberdrola tuvo la oportunidad, y de hecho explicó al Tribunal, las razones de su cambio de *petitum*. En consecuencia, si el Tribunal consideró al empezar su deliberación que el referido cambio era inadmisibile, no tenía ninguna obligación de advertírsele a las Partes ni tampoco de otorgarles una oportunidad adicional para que se refirieran sobre el tema. Iberdrola puede tener sus críticas a las razones por las cuales el Tribunal censura su cambio de *petitum*, (cuestión que escapa a este procedimiento de anulación), pero a juicio de este Comité no existe ningún reproche que pueda hacerse al momento en que el Tribunal comunica su decisión, ni respecto al procedimiento según el cual alcanzó esa conclusión. Consecuentemente, el recurso de anulación sobre este punto será rechazado.

110. Que sin perjuicio de lo referido en el párrafo anterior, este Comité considera que no existe en el Laudo quebrantamiento de alguna norma de procedimiento fundamental. En efecto, aun concediendo que hubiese alguna violación de una norma procesal, en ningún caso podría ser calificada como grave, el Comité estima que las consideraciones del Tribunal acerca del tardío cambio de *petitum* por Iberdrola no tiene efecto alguno en el Laudo. La reclamación principal del Memorial de Anulación y la Réplica de Iberdrola era la de expropiación y sólo de manera subsidiaria la violación de trato justo y equitativo; por el contrario, en el Escrito Posterior a la Audiencia ambas reclamaciones son presentadas como alternativas. Este cambio no es sustantivo, sino sólo se refiere al orden en que el Tribunal debía considerar las reclamaciones de expropiación y de trato justo y equitativo. Así, en el *petitum* de la Memorial de Anulación y de la Réplica, el Tribunal debiese haber conocido la reclamación de trato justo y equitativo sólo si

rechazaba la reclamación de expropiación, mientras que en el *petitum* del Escrito Posterior a la Audiencia debía considerar ambas reclamaciones sin prelación entre ellas. Ninguna alteración de lo resuelto podría haberse seguido de esa circunstancia, pues el análisis en su propio mérito por parte del Tribunal de la pretensión basada en infracción del deber de trato justo y equitativo es el mismo en ambos casos, y la única diferencia se refiere a la oportunidad o secuencia en que tal análisis debía realizarse.

111. En efecto, el Tribunal revisó tanto la reclamación por expropiación (§§ 320 ss.), como la de violación del estándar de trato justo y equitativo (§§ 324 ss.), concluyendo que ambas planteaban una disputa de derecho guatemalteco y no, además, una de derecho internacional. Es en razón de estas consideraciones que el Tribunal concluyó que estaban fuera de la jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal, de modo que resulta irrelevante el orden en que las reclamaciones fueron revisadas, única consecuencia posible del cambio de *petitum*".

Acto seguido se valoró bajo la misma causa de anulación el tratamiento que el tribunal había prestado a los argumentos presentados por la demandante y, más en particular, la alegación de que el tribunal habría reformulado indebidamente sus pretensiones:

"113. En cuanto a la alegación de Iberdrola relativa a que el Tribunal habría reformulado indebidamente sus pretensiones, este Comité entiende que el Tribunal tiene facultades exclusivas para establecer la naturaleza jurídica del caso al realizar el control de jurisdicción *ratione materiae*. Como se adelantó (...), la calificación legal que el Tribunal hizo del caso presentado por Iberdrola, si bien muy exigente en opinión de este Comité, es a estos efectos al menos defendible. Por eso, la reformulación del caso alegada por Iberdrola no puede constituir un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento que lleve a la anulación del Laudo, de modo que escapa del ámbito de control de este Comité.

114. El Comité concuerda con Iberdrola en cuanto a que la regla contenida en el artículo 48(3) del Convenio del CIADI es una norma fundamental de procedimiento y que un quebrantamiento grave a su respecto puede justificar la anulación del Laudo. En consecuencia, el Comité a estos efectos debe determinar si existe alguna pretensión de Iberdrola que no haya sido razonada y resuelta por el Tribunal. En este punto resulta esencial la distinción entre pretensiones y argumentos de una parte. Como ha sido reconocido por otros comités de anulación, el Artículo 48(3) del Convenio del CIADI establece la obligación de los tribunales de tratar todas las pretensiones de las partes, pero esta obligación no incluye la de referirse a cada uno de los argumentos que las partes invocan en apoyo a ellas.

115. El Tribunal trata en el Laudo cada una de las pretensiones de Iberdrola. Analiza, con distintos grados de profundidad, cada una de las alegadas violaciones a los estándares de protección del TBI y considera que cada una de esas pretensiones representan únicamente disputas de derecho local (§ 84). En opinión de este Comité, la alegación de Iberdrola de que las actuaciones de Guatemala son violatorias del TBI, con independencia de su legalidad interna, no supone plantear una nueva pretensión, sino sólo dar un argumento que apoya sus pretensiones. Por tanto, si el Tribunal no aborda expresamente ese argumento (aun cuando sí lo haga inequívocamente de manera implícita) no significa una violación grave a una norma fundamental de procedimiento".

La falta de motivación fue la última causa de anulación examinada por la comisión *ad hoc*. En concreto, la comisión examinó si el laudo podría ser anulado en virtud de una

falta de expresión de los suficientes motivos o de una contradicción entre los motivos alegados:

“118. En cuanto a la ausencia de motivación, la experiencia muestra que es improbable que un laudo carezca por completo de fundamentos. Hasta ahora no se ha dado el caso de un laudo que haya sido anulado por carecer de toda fundamentación. Sin embargo, es más probable que ciertas decisiones del laudo no estén fundadas en motivaciones, como lo exige el Convenio del CIADI. Sobre este punto, los comités de anulación han formulado diversos criterios para determinar que debe entenderse por un laudo fundado.

119. La motivación suficiente es generalmente más problemática en esta sede de nulidad, pues es difícil que un Comité entre a sopesar la suficiencia de las razones entregadas por un tribunal, sin convertirse de ese modo en un tribunal de apelación que revisa el mérito del fallo. La fijación de un estándar de razones suficientes que sea consistente con la función restringida de la anulación es particularmente difícil, razón por la cual este Comité será especialmente cauteloso en esta tarea. A juicio del Comité, un criterio adecuado es el seguido por el comité en la caso *MINE* conforme al cual si el laudo permite seguir su razonamiento desde el “Punto A” hasta el “Punto B” quiere decir que se encuentra suficientemente fundado, con independencia de la opinión que el comité tenga acerca de la corrección material de esa fundamentación. En efecto, en ese caso el comité declaró que “the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A to Point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law”. Este criterio ha sido seguido, entre otros, también por los comités de los casos *Fraport*, *Wena Hotels*, *Lucchetti* y *CDC*.

(...)

121. Por último, las razones contradictorias también pueden dar lugar a una anulación. Si el Laudo expresa motivos lógicamente contradictorios, la fundamentación es inexistente, pues éstos se cancelan entre sí.

122. Se explica, entonces que los comités de anulación que se han enfrentado a este problema hayan declarado, como cuestión de principio, que las razones contradictorias equivalen a una falta de motivación y son motivo suficiente para anular el laudo.

(...)

123. A continuación se analizarán en concreto sólo dos de los problemas de fundamentación del Laudo alegados por Iberdrola y reseñados en el § 56 anterior, atendido que, tal como se señaló en los §§ 86 a 89 anteriores, el Comité considera que el Laudo no afirma una incompatibilidad de principio entre las disputas de derecho guatemalteco y las controversias internacionales, razón por la cual resulta innecesario referirse a su fundamentación como solicita Iberdrola.

124. Como se ha razonado (§ 119), un laudo está suficientemente fundado si permite al lector al menos seguir su razonamiento desde el punto inicial de la argumentación hasta la conclusión. En síntesis, el ejercicio que realiza el Laudo que conoce este Comité es el siguiente: (i) el TBI otorga jurisdicción al Tribunal sólo respecto a disputas sobre materias reguladas por el propio Tratado; (ii) el caso presentado por Iberdrola se refiere únicamente una disputa exclusivamente de derecho local; (iii) de ello se sigue que no existe conexión entre la disputa presentada por Iberdrola y las materias reguladas por el TBI, que son de naturaleza internacional; (iv) en consecuencia, la demanda presentada por Iberdrola está fuera de la jurisdicción y competencia del Tribunal; y (v) sin embargo, al haber sido conocida dicha disputa por los tribunales locales, el Tribunal tiene jurisdicción para conocer del reclamo de denegación de justicia.

125. El Comité considera que ese razonamiento se encuentra lógicamente estructurado en el Laudo y es posible seguirlo sin lagunas ni saltos lógicos.

(...)

126. El siguiente paso es determinar si cada una de las premisas contenidas en los numerales (i) a (v) del párrafo anterior se encuentran suficientemente fundamentadas. El Comité observa que existe una evidente disparidad en la justificación del Tribunal de las premisas anteriores.

127. Por una parte, se encuentran las premisas (i), (iv) y (v), cuya fundamentación se desprende naturalmente de la lectura del Laudo. En efecto, como se ha adelantado, la premisa (i) está tratada en los §§ 291 a 310. En estas secciones el Tribunal señala que primero debe determinar cuál es el alcance del consentimiento otorgado (§ 294). Luego, en el § 299 recurre a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a efectos de interpretar el Artículo 11 del TBI y en el § 301 recurre al sentido natural de las expresiones del mismo Artículo. En los §§ 304 a 306 se apoya en una distinción doctrinaria para calificar los distintos tipos de consentimiento otorgados usualmente en los Tratados de Inversiones. Finalmente, en los §§ 307 y 308 el Tribunal recurre al preámbulo del TBI para complementar su interpretación. De esta manera, a juicio del Comité, la conclusión expresada en el § 309, en cuanto a que el consentimiento de Guatemala se extiende únicamente a “cuestiones reguladas por el Tratado” se encuentra suficientemente fundada.

128. En cuanto a la premisa (iv) del § 125 anterior, el Comité observa que su fundamentación también aparece expresada en el Laudo. La consideración relativa a la falta de jurisdicción es la conclusión principal del Laudo y es una consecuencia lógica de las tres premisas anteriores recogidas en el § 125. En efecto, una vez que el Tribunal establece el alcance del Artículo 11 del TBI y caracteriza el caso de Iberdrola como puramente local y sin conexión con el TBI, necesariamente debe declinar su jurisdicción.

129. Por último en lo relativo a la premisa (v) del § 125, el Tribunal señala en § 416 que con independencia del carácter doméstico de la disputa presentada por Iberdrola, mantiene su jurisdicción y competencia para conocer de la eventual denegación de justicia, pues se trata de una disputa de naturaleza diversa. Apoya su conclusión en los casos *Generation Ukraine c. Ucrania* (§ 372), *Parkerings c. Lituania* (§ 420) y *Azinian c. México* (§ 421).

130. Las premisas más problemáticas son las identificadas como (ii) y (iii) en el § 125 anterior. Como se reseñó, el Tribunal es repetitivo en cuanto a que Iberdrola presentó una disputa de derecho local y que no existe conexión entre esa disputa y el TBI. El problema radica en que no es lo mismo afirmar algo que justificarlo. Las afirmaciones (ii) y (iii) son fácilmente identificables en el Laudo, sin embargo resulta más difícil precisar cuáles son las razones que subyacen a esas premisas.

131. La explicación, si bien sucinta, ofrecida por el Tribunal a este respecto se encuentra en los §§ 354 a 358 del Laudo. En el § 354 el Tribunal reconstruye el caso presentado por Iberdrola en doce peticiones concretas, cada una de las cuales supone únicamente una disputa local. De esta manera, concluye que Iberdrola “pide del Tribunal- con independencia de la denominación que le dé a sus reclamaciones- es la revisión de las decisiones regulatorias de la CNEE, del MEM y las judiciales de las cortes guatemaltecas, no a la luz del derecho internacional, sino del derecho interno de Guatemala”. En virtud de lo anterior, el Comité considera que la premisa (ii) del § 125 anterior, esto es, que el caso presentado por Iberdrola es puramente local se encuentra

suficientemente fundada a efectos del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI, por mucho que mantenga dudas acerca de si el argumento es correcto.

132. En cuanto a la premisa (iii) del § 125 anterior -esto es, que no existe una conexión entre el caso presentado y las materias reguladas por el Tratado- el Comité considera que su fundamentación puede desprenderse de los §§ 356 y 357 del Laudo. Así, el § 356 establece que la sola invocación de los estándares de protección del TBI es insuficiente para convertir el caso de derecho interno identificado previamente en un caso de derecho internacional. De esta manera el Tribunal afirma que debe existir “algo más” para que el caso pueda ser calificado como internacional. Luego, en el § 357 el Tribunal da a entender que la prueba de ese “algo más” correspondía a Iberdrola y que no logró demostrarlo, quedándose únicamente en la demostración de una disputa interpretativa local. Por mucho que también en este punto el Comité no necesariamente comparte el argumento del Tribunal, no puede sino reconocer la existencia de la motivación y su coherencia con resto de la motivación.

133. Atendido lo referido en los §§ anteriores, este Comité concluye que el Laudo, a efectos de este recurso de nulidad, expresa suficientemente los motivos en que se funda y no puede ser anulado por esta razón. Por cierto, esta conclusión no debe ser entendida como un pronunciamiento sobre el mérito de la argumentación del Laudo, cuestión que escapa a las facultades de un Comité de anulación establecido bajo las reglas del Convenio del CIADI (...).

134. Como se reseñó (§ 59), Iberdrola alega que el Laudo es contradictorio pues contendría en los §§ 350, 366 y 371 tres test de jurisdicción incompatibles entre sí. El § 350 dispone que “[e]n un caso como el planteado por la Demandante en este arbitraje, el Tribunal únicamente tendría jurisdicción si ésta hubiera demostrado que los hechos que alegó, de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado”. Por su parte, según el § 366 “lo que Iberdrola tendría que haber demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que habría contraído en un instrumento internacional, el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala”. Finalmente el § 371 señala que “[s]i (...) la interpretación del órgano regulador fue respaldada por los tribunales locales, para que este Tribunal pudiera resolver el presente proceso la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el Tratado”.

135. El § 350 del Laudo contiene un test de jurisdicción estándar, aplicado usualmente por tribunales CIADI enfrentados a excepciones a la jurisdicción *ratione materiae*. El test es independiente de la verdad de los hechos alegados, porque esas excepciones exigen lógicamente que la decisión sobre jurisdicción se adopte antes de entrar a analizar si los hechos en que se fundan pueden tenerse por probados. Iberdrola afirma que no es posible saber si este test es utilizado efectivamente por el Tribunal, más allá de la mera enunciación del principio, pues el Laudo contiene, además, otros dos test de jurisdicción. En cambio, Guatemala sostiene que es el único test realizado en el Laudo y es el resultado de su aplicación lo determinante en la decisión de negar la jurisdicción.

136. En consecuencia, las Partes no discuten la esencialidad del test a que hace referencia el § 350 del Laudo para determinar la jurisdicción *ratione materiae*; su diferencia radica en si el Tribunal se limitó a enunciar el principio, para luego dejarlo sin aplicación, o si lo aplicó de manera suficientemente motivada. Para esta tarea el Comité debe analizar en particular los §§ 366 y 371, que contendrían según Iberdrola otros test jurisdiccionales incompatibles con el del § 350.

137. Puede parecer que el § 366 contiene un test que confunde cuestiones de fondo con problemas jurisdiccionales, al señalar que “lo que Iberdrola tendría que haber

demostrado es que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional el Tratado, y que ello implica una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala”. Siguiendo la interpretación de Iberdrola, el test enunciado en este párrafo llevaría a que el CIADI sólo tendría jurisdicción y el Tribunal competencia si efectivamente existiera una violación al TBI; esta afirmación sería equivalente a decir que el Tribunal sólo tiene jurisdicción para acoger las demandas, pues si la demanda debe ser rechazada quedaría al mismo tiempo fuera de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal. Este supuesto test disuelve, en opinión de Iberdrola, la distinción entre cuestiones de fondo y de jurisdicción y sería además contrario a lo resuelto por otros tribunales CIADI.

138. El Comité considera que el Laudo en este punto deja momentáneamente de lado el test jurisdiccional y se refiere a cuestiones de fondo, pero sólo para el caso hipotético que tuviese efectivamente jurisdicción. Dos elementos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el mismo párrafo inicia con la siguiente afirmación “La única responsabilidad del Estado que cabe analizar dentro de la competencia de este Tribunal, es la internacional la cual se determina a la luz del derecho internacional. En este punto no tienen diferencias las Partes”. Es sólo en ese marco, que el Tribunal declara, de modo semánticamente equívoco, que Iberdrola debiera haber demostrado violaciones a las obligaciones denegación de justicia, único reclamo que conoció en el fondo. Tal como se reseñó, el Laudo afirma que la reclamación de denegación de justicia se encontraba dentro de su jurisdicción y competencia, pero la rechazó por falta de fundamento. Una solución como esa (aceptar la jurisdicción, pero rechazar por mérito) habría resultado imposible si se aplicara consistentemente el supuesto test de jurisdicción del § 366. En conclusión, si bien la referencia al fondo de la disputa resulta innecesaria en el Laudo y está equívocamente expresada, aun así no es determinante para la comprensión contextual del Laudo.

139. Por otra parte, el Comité advierte que el § 366, referido a la tarea del Tribunal en caso de ser superado el test jurisdiccional establecido en el § 350, es un simple *obiter* que no forma parte del argumento central del Laudo, sin que ello signifique una contradicción entre este párrafo y el resto del Laudo considerado en su conjunto.

140. Iberdrola hace también referencia al § 371 del Laudo, donde se sostiene, según la Demandante, que si las controversias legales de derecho nacional fueron ya decididas por los tribunales guatemaltecos, “la Demandante tendría que haber demostrado, fuera de toda duda, que la actuación de las cortes violó el tratado”. Sostiene Iberdrola que el Tribunal limita su jurisdicción sólo a los casos de violación efectiva de los estándares de protección del TBI por parte de las cortes nacionales. A juicio de Iberdrola, este párrafo reflejaría una serie de inconsistencias: (i) confunde nuevamente el test de jurisdicción con los requisitos de fondo; (ii) reduce la protección del TBI únicamente a casos de denegación de justicia; y (iii) de esta manera introduce una cláusula de elección de vías jurisdiccionales que no se encuentra en el TBI.

141. El Comité considera que efectivamente el § 371 contiene un test jurisdiccional, pero éste funciona en un nivel distinto que el expuesto en el § 350. Una vez que el Tribunal ha concluido que Iberdrola ha presentado una disputa puramente local, que se encuentra fuera de su jurisdicción, aún mantiene competencia para pronunciarse sobre el tratamiento que le dieron los tribunales de Guatemala a la referida disputa. Este párrafo se encuentra al final de la sección sobre jurisdicción y el Tribunal ya había afirmado varias veces que la disputa presentada por Iberdrola era puramente local. Entonces, lo referido en el párrafo es consecuencia de que la disputa, en opinión del Tribunal, sea de derecho doméstico. Así, el Tribunal que carece de jurisdicción para resolver la disputa interna, constata que sí puede pronunciarse sobre la forma en que los tribunales nacionales trataron el asunto. Entendido de esta manera, el § 371 no se contradice con el

párrafo § 350 del Laudo: el segundo establece cual es el test de jurisdicción aplicable y el primero se refiere a las cuestiones que positivamente puede conocer el Tribunal una vez que el caso de Iberdrola no pasa el test anterior.

142. De la lectura del Laudo no se desprende que el Tribunal haya afirmado, como cuestión de principio, que el recurso a las cortes locales haya excluido cualquiera reclamación internacional diversa a la denegación de justicia. El contexto en que el Tribunal hace la afirmación del § 371 es muy ilustrativo de su sentido. El Tribunal ha analizado en todo el capítulo cuarto del Laudo los aspectos jurisdiccionales del caso de Iberdrola (sin que este Comité pueda pronunciarse acerca de la corrección de ese análisis y la calificación jurídica que concluye). En efecto, se han revisado en los 21 párrafos anteriores del Laudo las reclamaciones de expropiación, trato justo y equitativo, plena protección, entre otros estándares. Esta tarea es incoherente con asumir que el Tribunal estime que por haber recurrido Iberdrola a los tribunales locales, el Laudo puede sólo pronunciarse sobre denegación de justicia.

143. Es cierto que a primera vista podría parecer que también se confunden cuestiones de fondo con jurisdiccionales, y el uso del condicional (“violaría el Tratado” o “podría haber violado el Tratado” en vez de “violó el Tratado”) habría aclarado el sentido del párrafo. Sin embargo, el examen posterior que hace el Laudo de la reclamación de denegación de justicia desmiente esta posible interpretación. Resulta obvio para el Comité, que para analizar esta pretensión de Iberdrola el Tribunal no se aparta en el § 371 de las directivas establecidas en el test jurisdiccional puramente hipotético establecido en el § 350.

144. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Comité concluye que no existe una contradicción en el test de jurisdicción utilizado que pueda llevar a la anulación por no expresar los motivos en que se funda, porque las imprecisiones conceptuales anotadas no afecta su coherencia”.

La comisión *ad hoc*, por último, pasó a analizar la cuestión de las costas procesales y los honorarios de abogados:

“146. Asimismo, el Comité considera que Iberdrola tenía motivaciones suficientemente serias para impugnar el Laudo, a pesar de las restricciones impuestas por el objeto anulatorio de este recurso, y en ningún caso puede considerarse su recurso como frívolo, razón por la que se ha decidido que cada Parte asuma sus propios costos y por mitades los costos administrativos de este proceso de anulación, incluyendo los honorarios y gastos de los Miembros del Comité”.

En tercer lugar, en el caso *Señor Tza Yap Shum c. Perú* el Estado receptor de la inversión había solicitado la anulación tanto de la decisión sobre jurisdicción como del laudo sobre el fondo de la controversia con arreglo a los tres criterios de anulación examinados en los anteriores casos, siendo evaluados por la comisión *ad hoc* en el siguiente orden: que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 52.1.b), que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (artículo 52.1.e) y que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52.1.d).

Así las cosas, primero, conviene analizar el contenido de la decisión de anulación relativa a la decisión del tribunal sobre jurisdicción a la luz de las citadas tres causas de anulación.

En cuanto a la extralimitación de las facultades, la comisión evaluó si el tribunal no había aplicado correctamente las normas de interpretación del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y, en consecuencia, no había interpretado correctamente la cláusula de jurisdicción del APPRI celebrado entre Perú y China:

“76. El Comité está de acuerdo con la República del Perú en que, puesto que la jurisdicción de un tribunal de arbitraje se apoya en el consentimiento de las partes, ignorar los términos del acuerdo de las partes del modo en que está expresado en la cláusula arbitral constituye una extralimitación de facultades. Más generalmente, una extralimitación en las facultades tiene lugar toda vez que las facultades ejercidas por los árbitros no son aquellas que les fueron otorgadas. De ello se desprende que un tribunal de arbitraje usurpa sus facultades cuando le atribuye a las partes acuerdos y declaraciones que estas no han hecho.

(...)

78. El Comité observa que el texto del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI no hace distinción alguna entre las decisiones del tribunal arbitral sobre la competencia o el fondo de la diferencia. Esto ha sido reconocido también de manera sostenida por decisiones de otros comités *ad hoc*.

(...)

80. El Comité reconoce que no habría un laudo vinculante en el sentido del Artículo 53 del Convenio CIADI si un laudo pudiera ser anulado porque el tribunal arbitral malinterpretó el lenguaje del tratado. (...) En la opinión del Comité, la interpretación errónea de la cláusula arbitral no equivale a una extralimitación manifiesta en las facultades.

(...)

82. La existencia de un significado textual claro e inequívoco debe ser evidente, de conformidad con los estándares adoptados por las decisiones de comités *ad hoc* por extralimitación manifiesta en las facultades. Tal como se destacó, “manifiestamente” no se refiere a la gravedad de la extralimitación sino a la claridad con la cual se puede apreciar la extralimitación en las facultades. (...) La práctica predominante de los comités *ad hoc* es explícita, como surge de las decisiones que las Partes han presentado en respaldo de su argumentación.

(...)

98. El Comité considera que el Tribunal de Arbitraje no cometió extralimitación manifiesta alguna en sus facultades en su interpretación del Artículo 8 ni al concluir que la palabra “involucra” es ambigua. A primera vista, las palabras de la primera oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China que rezan “[s]i una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones [...]” no incluyen la cuestión de la legalidad de la expropiación, pero de igual manera no hacen referencia a controversias limitadas exclusivamente al monto de compensación. Fuera de contexto, el significado de la frase no es textualmente obvio. El Tribunal de Arbitraje interpretó la expresión “controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación” en el contexto general del Artículo 8.

99. El Tribunal de Arbitraje realizó el proceso interpretativo ordenado por la CVDT.

Analizó el sentido corriente de la palabra “involucra”, consideró el contexto del Artículo 8(3) y posteriormente analizó las fuentes subsidiarias. No corresponde al Comité reemplazar la decisión del Tribunal de Arbitraje con la suya. Un organismo que tuviese jurisdicción de apelación bien podría hallar una falla como cuestión de derecho en algunos aspectos de la aplicación de la CVDT por parte del Tribunal de Arbitraje, pero un comité *ad hoc* no tiene estas facultades. En consecuencia, se rechaza la solicitud de anulación de la República del Perú sobre la base de una extralimitación manifiesta en las facultades”.

Por lo que se refiere a la falta de expresión de motivos, la segunda causa de anulación alegada por el Estado receptor de la inversión, la comisión examinó si el tribunal no había ofrecido motivos suficientes al interpretar el artículo 8.3 del APPRI celebrado entre Perú y China:

“101. (...) El presente Comité señala que los motivos del Tribunal de Arbitraje para su interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China pueden leerse en los párrafos 143 a 188 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. (...) Tal como destacó el Comité del caso *CDC c. Seychelles*, el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI requiere que los motivos del Tribunal de Arbitraje no sean frívolos.

(...)

104. El Comité considera que (el tribunal arbitral) llegó a su conclusión luego de haber señalado en el párrafo 150 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia que la frase “‘involucra el monto de compensación por la expropiación’ es susceptible de una gran variedad de significados posibles.” El Tribunal de Arbitraje interpretó esta primera oración del Artículo 8(3), que “presenta el problema central de interpretación”, valiéndose de la inferencia gramatical que debe atribuírsele a la palabra “involucra”.

(...)

105. Este razonamiento está relacionado con (i) el análisis del Tribunal de Arbitraje del Artículo 4 del APPRI Perú-China sobre expropiación, el cual, en la opinión del Tribunal de Arbitraje, contempla reclamos resultantes de una expropiación que se refieren a aspectos distintos al monto de la compensación; y (ii) el análisis del Tribunal de Arbitraje del contexto del Artículo 8(3), y en particular de los objetivos del APPRI Perú-China de promoción de inversiones, análisis conforme al cual el APPRI no resultaría atractivo para los inversionistas extranjeros si los reclamos de expropiación referidos a asuntos distintos al monto de la compensación fueran excluidos del arbitraje.

106. Habiendo cerrado ya la puerta a la interpretación restrictiva de la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje, sin embargo, consideró adicionalmente los argumentos de la República del Perú en el contexto global del Artículo 8, que establece tres etapas para la resolución de controversias. El Tribunal de Arbitraje concluyó que, si se adoptara la interpretación de la República del Perú, se denegaría completamente el acceso del inversionista al arbitraje CIADI, ya que la cláusula de elección de foro irrevocable prevista en la última oración del Artículo 8(3) descartaría el arbitraje sobre el monto de la compensación si el inversionista ha sometido las demás cuestiones de la controversia en materia de expropiación a un tribunal competente de la Parte Contratante, con arreglo al Artículo 8(2).

(...)

108. El Tribunal de Arbitraje luego recurrió a los medios de interpretación complementarios previstos en el Artículo 32 de la CVDT. Más específicamente, examinó (i) las circunstancias de la celebración del APPRI Perú-China, a saber, la notificación de China bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI, y (ii) los trabajos preparatorios del APPRI Perú-China, a saber, los testimonios de los negociadores del Tratado chinos y peruanos, los que consideró no concluyentes de la intención de las Partes Contratantes de limitar su consentimiento al arbitraje de controversias sobre el monto de la compensación únicamente. También examinó los APPRI suscritos por China antes del APPRI Perú-China, sin encontrar ninguna prueba contundente relativa al significado de las palabras “que involucra el monto de compensación por la expropiación.” Finalmente analizó casos de arbitraje de inversión (*Saipem, Telenor Mobile, Sedelmayer, Berschader y RosInvest*) así como una sentencia de un tribunal inglés (*European Media Ventures*) en sustento de su conclusión a favor de una interpretación amplia del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China.

(...)

110. A pesar de que la República del Perú sostenga que no es necesario que el Comité pondere la prueba contenida en el expediente, el Comité estima que esto es lo que persigue precisamente la Solicitante. El Tribunal de Arbitraje no llegó a su decisión sin examinar la prueba producida por la República del Perú, simplemente no quedo convencido con la prueba presentada por la República del Perú. La pertinencia y el peso de la prueba presentada ante el Tribunal no puede ser reevaluada por el Comité que no es un órgano de apelación. La República del Perú, por lo tanto, no puede criticar al Tribunal de Arbitraje por (i) considerar que la carta del Sr. Fan, la cual demostró que China no estaba dispuesta a aceptar la propuesta de Perú de arbitraje CIADI para todas las cuestiones, no constituía una prueba concluyente del alcance del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China, o por (ii) no llegar a esa conclusión en relación con todas las otras pruebas que tenía a su alcance. El Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI no le exige a un tribunal arbitral que se explique respecto de cada una de las pruebas producidas por cualquiera de las partes cuando dichas pruebas no sean determinantes para el resultado, ni que presente los motivos por los que prefiere ciertas pruebas por encima de otras. Más bien, el laudo debe permitir al lector conocer los motivos en los que se funda el laudo en sí mismo.

(...)

112. El razonamiento del Tribunal de Arbitraje satisface, en la opinión del Comité, el requisito del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI (...). En general, se entiende que una de las principales razones para exponer motivos en una decisión, además de garantizar a las partes que las cuestiones presentadas ante el tribunal fueron examinadas y comprendidas, es la de servir de base para la revisión de la decisión. En el contexto del Convenio CIADI, el objeto de la revisión se encuentra, sin embargo, restringido por el Artículo 52(1)(e) que sólo prevé un alcance limitado para la revisión, tal como lo confirman una serie de decisiones de comités *ad hoc*.

(...)

113. (...) El Comité estima que el Tribunal de Arbitraje sí explicó, a la luz de las pruebas producidas por las Partes, por qué había llegado a su decisión. El presente Comité iría más allá de sus facultades bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI si adhiriera a las proposiciones de la República del Perú. Por consiguiente, se las rechaza”.

El quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento constituye la tercera causa de anulación de la decisión de jurisdicción que la comisión entró a examinar a la luz de dos argumentos presentados por el Estado receptor de la inversión,

a saber: 1) que el tribunal había asumido su jurisdicción cuando no la tenía; y 2) que había tomado su decisión despreciando numerosa evidencia presentada y no refutada, sin ofrecer una motivación adecuada:

“115. El Comité no puede compartir el punto de vista según el cual, al asumir la jurisdicción donde no la tenía, un tribunal quebrantaría gravemente una norma fundamental del procedimiento. El Artículo 25 del Convenio CIADI establece las condiciones para acceder a la jurisdicción del Centro. El Artículo 41 del Convenio CIADI dispone que el Tribunal será juez de su propia competencia. Al pronunciarse acerca de la interpretación del Artículo 8 del APPRI Perú-China, el Tribunal de Arbitraje actuó de conformidad con el Convenio CIADI y la misión que le fue encomendada por las Partes. Ninguna de estas disposiciones procura alcanzar o proteger el debido proceso ante el tribunal de arbitraje. Su objetivo es aumentar al máximo la efectividad del procedimiento de arbitraje evitando tácticas dilatorias que, de lo contrario, tendrían lugar si la competencia fuera una cuestión interlocutoria a ser definida por algún otro responsable de la toma de decisiones distinto del tribunal de arbitraje.

116. En la opinión del Comité, el análisis del tribunal de arbitraje de las pruebas presentadas por las partes es una de las normas fundamentales de procedimiento protegidas por el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI para lograr un juicio justo.

(...)

117. El hecho de que toda la prueba producida por las Partes fue discutida ante el Tribunal de Arbitraje no es una cuestión controvertida. La notificación de China en virtud del Artículo 25(4) del Convenio CIADI, el testimonio experto del Profesor Chen, así como el testimonio de los negociadores del APPRI, el Sr. Fan y la Sra. Vega, fueron examinados y discutidos por el Tribunal de Arbitraje (...) Pero la República del Perú no identifica, en relación con las pruebas no refutadas que dice haber presentado ante el Tribunal de Arbitraje, ningún agravio que pueda constituir un quebrantamiento grave de la equidad del procedimiento arbitral, además de su insatisfacción respecto de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. El argumento de la Solicitante, que gira únicamente alrededor de la evaluación de dichas pruebas por parte de los árbitros, falla nuevamente en el contexto del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. El hecho de no valorar la prueba de la manera expuesta por la República del Perú en sus presentaciones no constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento.

(...)

119. El Comité considera que el derecho a una decisión motivada y definitiva de la controversia por parte de un tribunal arbitral constituye uno de los aspectos del derecho de acceso al arbitraje. Como tal, es también un norma fundamental del procedimiento protegida por el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. La existencia de la motivación garantiza que se han respetado mínimamente las exigencias fundamentales de justicia por parte del tribunal, lo cual sería incompatible con una decisión arbitraria, y está en consonancia con el Artículo 52 del Convenio CIADI que opera como válvula de seguridad contra laudos aberrantes. Ciertamente, la obligación de exponer motivos no requiere que se dé una respuesta detallada a cada uno de los argumentos de las partes.

120. Sin embargo, la República del Perú no puede simplemente asumir que se cumple uno de los supuestos de anulación demostrando que se ha cumplido otro de los supuestos, como lo hace al alegar que la omisión por parte del Tribunal de Arbitraje de expresar los motivos para su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia constituye un quebrantamiento de la norma fundamental de procedimiento según la cual el Tribunal debe abordar las cuestiones importantes presentadas por las Partes, en violación del

Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. Debe haber una demostración adecuada de la violación de cada una de las causales enunciadas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI. En el presente caso no se llevó a cabo dicha demostración. Además, la República del Perú no estableció una falta de expresión de motivos y, en consecuencia, no puede prosperar su argumento relacionado según el cual dicha alegada falta también constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. El reclamo de la Solicitante es infundado.

(...)

128. El Comité reconoce que la interpretación debe partir del sentido corriente de una palabra, de una parte de una frase, de una oración o de un párrafo. Una interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China no podía sorprender a la República del Perú. Conforme al Artículo 31(1) de la CVDT, el cual fue discutido en el procedimiento de arbitraje, la interpretación envuelve al texto, al contexto y al objeto y al fin. Cuando el texto auténtico existe en diferentes idiomas, como en el presente caso (el APPRI Perú-China fue suscrito en chino, español e inglés, siendo el texto en inglés el que prevalecerá en caso de diferencia de interpretación), el sentido corriente de la palabra o frase puede ser efectivamente definido empleando una exégesis lingüística a fin de disipar la ambigüedad que pueda surgir de una sola de las versiones lingüísticas del texto del tratado. Un diccionario es una herramienta útil para el intérprete, pero la Solicitante optó por no aportarle ninguno al Tribunal de Arbitraje y no puede reprochar a éste su análisis lingüístico en la interpretación de la palabra “involucra” en el párrafo 151 de su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia

(...)

129. El Comité considera que al interpretar la palabra “involucra” en la primera oración del Artículo 8(3), el Tribunal de Arbitraje no se fundó en algo que ninguna de las Partes hubiese alegado ni tampoco en lo que ellas no habrían podido esperar razonablemente, aun si los motivos expuestos por el Tribunal de Arbitraje pueden no haber sido previstos. El Comité no está convencido de que la interpretación de la palabra “involucra” en la frase “involucra el monto de compensación” no haya sido una cuestión en el arbitraje, y opina que la República del Perú podría haber razonablemente previsto que la interpretación de la frase “involucra el monto de compensación” sería la cuestión clave para cualquier decisión relativa al alcance del Artículo 8(3).

130. La tarea del Tribunal de Arbitraje era decidir sobre de su propia competencia, y sólo podía hacerlo interpretando los términos de la cláusula de arbitraje del APPRI. Las presentaciones de las Partes en el procedimiento de arbitraje estuvieron centradas en esta cuestión. Si el Comité adhiriera a la crítica de la República del Perú, crearía una obligación en cabeza de los árbitros de someter su razonamiento jurídico a discusión por las partes, lo que tendría como consecuencia que ningún laudo podría jamás ser adoptado antes de que las partes tuvieran la oportunidad de presentar argumentos acerca de la pertinencia del razonamiento jurídico del Tribunal.

(...)

133. El Comité acepta que las Partes tuvieron plena oportunidad de discutir acerca del significado de todo el Artículo 8, así que la pregunta que se plantea es si el Tribunal de Arbitraje tenía la obligación de volver a dirigirse a las Partes para preguntarles acerca de la última oración del Artículo 8(3) sobre la cual las Partes no se habían enfocado. Dada la importancia del análisis para el razonamiento entero del Tribunal de Arbitraje, uno podría estar inclinado a decir que debería haberlo hecho. Sin embargo, es posible tomar

la posición de que no tenía tal obligación, aunque el asunto podría haberse manejado mejor por el Tribunal de Arbitraje.

134. El Comité señala que la República del Perú arguyó ante el Tribunal de Arbitraje que el Artículo 8 del APPRI Perú-China establece un procedimiento de tres pasos, que se encuentra resumido en el párrafo 158 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia.

(...)

137. Para el Comité, los argumentos relativos a la última oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China fueron centrales para el razonamiento del Tribunal de Arbitraje. Tal como se analizó anteriormente, el Tribunal de Arbitraje estaba haciendo lo requerido por la CVDT, es decir, analizó el sentido de la palabra “involucra” en el contexto del Artículo 8(3) considerado como un todo. Si se aplica correctamente la CVDT, un intérprete, que debe considerar el sentido corriente dentro del contexto, no puede llegar primero a una conclusión relativa al significado y luego ver si ésta es respaldada por el contexto o por el objeto o fin. Es parte de una sola operación. En ese sentido, los argumentos relativos a la última oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China fueron centrales ya que la referencia al contexto no debería ser un elemento complementario. Sin embargo, por las razones que se expresan a continuación, el Comité no está convencido que el Tribunal quebrantó una norma fundamental del procedimiento en relación con su análisis de la última oración del Artículo 8(3).

(...)

141. El Comité considera que la interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China estuvo en todo momento presente en el debate entre las Partes. Un intérprete no se encuentra limitado por los argumentos presentados por las partes cuando su interpretación, poco factible de sorprender a alguna de las partes, procede de los términos de la disposición que han sido discutidos por las partes y descansa sobre una descripción del mecanismo de la cláusula de arbitraje. Por lo tanto, el Comité concluye que, si bien la República del Perú ha demostrado que el argumento jurídico relativo a la cláusula de elección de foro irrevocable en el Artículo 8(3) sobre el que se basó el Tribunal de Arbitraje no fue explícitamente articulado en el arbitraje, no ha demostrado que no podía haber anticipado de un modo razonable que dicho argumento iba a ser tomado en consideración por los árbitros.

142. El Comité considera que no existe ningún quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (...).”

Tras rechazar la anulación de la decisión sobre jurisdicción, la comisión *ad hoc* pasó a examinar los tres motivos de anulación presentados por el Estado receptor de la inversión con relación al laudo sobre el fondo de la controversia.

La primera causa de anulación estudiada por la comisión fue la extralimitación manifiesta de facultades del tribunal, en tanto que, según el Estado receptor de la inversión, el tribunal arbitral había confundido elementos del estándar del trato justo y equitativo, en particular el concepto de arbitrariedad, en su examen de la obligación de no expropiar injustificadamente:

“161. (...) el Comité no puede adherirse a la teoría de la Solicitante según la cual, bajo la apariencia de un análisis de expropiación, el Tribunal de Arbitraje, en realidad, resolvió reclamos de trato justo y equitativo y/o medidas arbitrarias y discriminatorias al concluir

que la SUNAT actuó de manera arbitraria. Las críticas de la República del Perú se refieren a los motivos del Laudo y no justifican la intervención del Comité. Las objeciones de la Solicitante basadas en la interpretación del APPRI Perú-China, el significado del Código Tributario peruano y las acciones del Tribunal Fiscal, del modo en que se evaluaron en el Laudo, requerirían que el Comité volviese a resolver el fondo de la cuestión. Por ende, el Comité no puede concluir que el Tribunal de Arbitraje dictó un laudo yendo más allá de sus facultades

162. Por último, la República del Perú alega que el Tribunal de Arbitraje se extralimitó en sus facultades al ignorar los “principios generales de derecho” identificados en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (...). En particular, la Solicitante hace referencia al Artículo 31 de los Artículos de la CDI, que exige que el daño por el cual se responsabiliza a un Estado debe ser causado por la conducta de dicho Estado. La República del Perú señala que, aunque el daño a TSG fue causado por la decisión del inversionista de no levantar las medidas cautelares previas en vez de decidir iniciar el procedimiento concursal preventivo, el Tribunal de Arbitraje declaró al Estado como responsable. El Comité advierte que en la práctica habitual de los comités *ad hoc*, la falta de aplicación del derecho aplicable se ha considerado como una extralimitación manifiesta de facultades. Sin embargo, una violación del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI requiere un error de interpretación o de aplicación de la ley aplicable atroz. Un mero error de derecho no constituye extralimitación en las facultades, menos aún una extralimitación manifiesta en las facultades. El Comité concluye que la República del Perú no identifica dicha violación del Artículo 52(1)(b)”.

A continuación la comisión *ad hoc* de anulación estudió si procedía anular el laudo al no haberse expresado en el mismo los motivos en que se fundó, analizando tres argumentos presentados por la parte que instó la anulación, a saber: 1) que el tribunal había cambiado de estándar jurídico a efectos de probar la expropiación; 2) que el tribunal había analizado unos hechos hipotéticos; y 3) que no se expusieron los motivos para importar el estándar de arbitrariedad al análisis de la expropiación:

“166. (...) la República del Perú califica de “error anulable” a la aplicación por parte del Tribunal de Arbitraje de estándares contradictorios relativos a la privación sustancial y a la permanencia para determinar la existencia de una expropiación en el párrafo 168 del Laudo (...)

167. (...) Ya se ha mencionado que el Comité del caso *Klöckner c. Camerún I* identificó una obligación por parte del árbitro de exponer motivos no contradictorios. Sin embargo, la causal de anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) se limita a una discordancia entre motivos que debería resultar evidente a partir de la lectura del laudo.

168. Pero en vez de centrarse en la contradicción entre los motivos, el argumento de la República del Perú se refiere más a una aplicación de la ley que difiere de su propia interpretación. Reabrir el debate acerca de los laudos *LG&E Energy* y *S.D. Myers* tal y como fueron interpretados por el Tribunal de Arbitraje en el contexto de una impugnación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI no tendría ningún propósito diferente al de transformar el recurso de anulación en una apelación.

(...)

172. (...) El Comité también considera que bajo el Artículo 52(1)(e) existe contradicción en la motivación cuando los motivos contradictorios son sustanciales. Además, el requisito de exponer los motivos (cuyo fin es permitir a las partes, y en particular a la parte vencida, comprender la decisión) sólo se aplica a aquellos motivos que constituyen

el fundamento de las conclusiones del Tribunal de Arbitraje. La impugnación por parte de Perú del tratamiento que le dio el Tribunal de Arbitraje al laudo *ADM and Tate & Lyle* es insostenible bajo cualquiera de estos estándares.

173. En respaldo de su segundo argumento conforme al cual el análisis del Tribunal de Arbitraje relativo a la expropiación se fundó en hechos hipotéticos y no en los hechos reales del expediente.

(...)

178. El Comité observa que las normas jurídicas concernientes a la carga de la prueba se encuentran expuestas en los párrafos 71-73 y 151 del Laudo. Los argumentos relativos a la violación de dichas normas no pueden dar lugar a una anulación por parte de este Comité bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, el cual sólo se refiere a la existencia de motivos y no a la aplicación correcta o no de la ley.

179. Además, las declaraciones del Tribunal de Arbitraje en el párrafo 168 del Laudo, que refutan los argumentos de la República del Perú, deben leerse conjuntamente con el razonamiento expuesto en la parte del Laudo referente a los efectos expropiatorios de las medidas cautelares previas y a la luz de la nota al pie 139 del Laudo, al final de la última oración del párrafo 168. En la opinión del Comité, los elementos fácticos sobre los que se funda un tribunal de arbitraje en una cadena de causalidad para llegar a su conclusión no están sujetos a revisión por parte de un comité *ad hoc* debido a la competencia limitada de éste bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. De lo contrario, el procedimiento de anulación se transformaría en una apelación.

(...)

192. El Comité concluye que, por lo tanto, resulta posible seguir el razonamiento del punto A al punto B y de ahí hasta llegar a la conclusión del Tribunal de Arbitraje que establece que el Sr. Tza Yap Shum fue privado de su inversión en TSG. El Tribunal de Arbitraje no se saltó la exposición de motivos necesarios. Este Comité, cabe recordar nuevamente, no es un órgano de apelación”.

En último término, la comisión *ad hoc* señaló que el laudo no podía anularse en virtud de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, afirmando que:

“202. (...) El Comité reconoce que el derecho a ser oído es una de las normas fundamentales de procedimiento protegidas por el Artículo 52(1)(d), pero dicho derecho no obliga al tribunal de arbitraje a abordar todos y cada uno de los argumentos que plantean las partes. En otras palabras, un tribunal de arbitraje está bajo la obligación de decidir a la luz de todas las pruebas presentadas por las partes, pero no está obligado a dar explicaciones sobre todas y cada una de las piezas de evidencia.

(...)

205. El Comité reconoce que es posible que los mismos defectos de un laudo caigan bajo varias de las causales establecidas en el Artículo 52. Sin embargo, esto no exime a la solicitante de la obligación de demostrar que tiene un reclamo válido con respecto a cada causal individual. Es necesario distinguir entre las diferentes causales. En este caso, las causales de anulación que establece el Artículo 52(1)(b) y (e) son simplemente subsumidas por la República del Perú en la causal del Artículo 52(1)(d). En consecuencia, se rechaza su impugnación”.

En cuanto a las costas procesales y honorarios de los abogados, la comisión asignó a cada parte sus gastos de asesoría jurídica y distribuyó las costas procesales en función del resultado que habían obtenido las partes en este procedimiento, en lugar de asignarlos a cada una por igual:

“207. El Comité nota que tanto las Partes como el Comité se beneficiaron con el profesionalismo del Secretariado que siempre actuó de manera diplomática y eficiente. En opinión del Comité, el rechazo de la Solicitud de Anulación de la República del Perú no justificaría decidir que la Solicitante vencida debería soportar la carga de todas las costas del procedimiento de anulación. La República del Perú planteó cuestiones serias para la anulación. Una de ellas fue hasta qué punto la aplicación de la CVDT es tan errónea que hay una extralimitación manifiesta de facultades. El Comité también lamenta que el Sr. Tza Yap Shum recién comunicó su decisión de retirar la solicitud de terminación de la Suspensión de la Ejecución al comienzo de la Primera Sesión. Esa solicitud fue una razón fuerte para celebrar una reunión en persona en Washington, D.C. con todos los gastos relacionados con tal reunión. Tales gastos fueron pagados por anticipado por la República del Perú, de conformidad con la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

208. Sobre la base de los Artículos 52(4) y 61(2) del Convenio CIADI, el Comité, que tiene discreción para decidir cómo y por quién serán sufragados los costos del procedimiento, concluye que simplemente asignar todos los costos a la República del Perú no reconocería las circunstancias enunciadas supra. En virtud de las consideraciones precedentes, el Comité decide que la República del Perú debe sufragar el 80% y el Sr. Tza Yap Shum debe sufragar el 20% de todos los costos y gastos relacionados con el proceso de anulación”.

En cuarto lugar, en el caso *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* la comisión *ad hoc* se enfrentó nuevamente al análisis de las tres causas de anulación ampliamente comentadas a lo largo de este epígrafe, por este orden: que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 52.1.b), que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52.1.d) y que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (artículo 52.1.e).

La comisión *ad hoc* se aproximó a la definición de la primera causa, la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, afirmando que:

“48. La Demandada invoca como primera causal de anulación que al dictar el Laudo “el Tribunal se [extralimitó] manifiestamente en sus facultades” (...). La extralimitación en las facultades es un concepto polisémico: - en su significado primario, se refiere a situaciones en las que un tribunal decide sobre controversias no incluidas en las facultades conferidas por las partes; - pero también tiene un sentido secundario: cuando siendo competente, un tribunal toma una decisión errónea, extralimitándose en sus facultades.

49. La facultad de un tribunal arbitral deriva de la autoridad que le han conferido las partes; si los árbitros abordan controversias no incluidas en las facultades conferidas, o deciden sobre cuestiones ajenas a su ámbito de competencia, o que no son susceptibles de ser resueltas por arbitraje, su laudo no puede mantenerse y debe ser anulado.

50. La extralimitación en las facultades se puede cometer tanto por exceso como por defecto. Los laudos pueden anularse si los tribunales - Se arrogan facultades que no tienen, sea mediante una decisión *ultra petita* o por exceder su ámbito de competencia, - si los árbitros no ejercen las facultades que les han conferido las partes; aunque sea un tanto paradójico, un déficit en el ejercicio de su competencia también puede constituir una extralimitación manifiesta en las facultades.

51. Para que se dé una extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia se debe probar que el Tribunal ha interpretado erróneamente la ley aplicable (por ejemplo, la ley que regula la propiedad de inversiones protegidas) o ha establecido erróneamente los hechos relevantes (por ejemplo, si un inversor realmente controla una inversión). El artículo 52(1)(b) del Convenio exige que la extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia se origine en una interpretación o determinación errónea “manifiesta”; si se cumple dicho requisito, el laudo del tribunal debería ser anulado.

52. La “extralimitación en las facultades” puede darse no solamente en los casos en los que los tribunales incorrectamente se declaran competentes, sino también en el caso de tribunales que, siendo competentes, no aplican el derecho de fondo aplicable a la controversia.

53. Las facultades conferidas a los árbitros no son ilimitadas, sino restringidas. Los árbitros están autorizados por las partes a emitir su laudo sobre el fondo solamente según lo que establezca el derecho aplicable, no sobre la base de un derecho distinto del acordado por las partes o *ex aequo et bono*. Si los árbitros hacen otra cosa, se exceden en las facultades otorgadas por las partes y su laudo es susceptible de anulación.

54. Aceptando este principio, comités *ad hoc* han concluido que los árbitros se extralimitan manifiestamente en sus facultades si: - ignoran por completo el derecho aplicable, o - fundan su laudo en un derecho distinto de aquél aplicable según el artículo 42 del Convenio, es decir, las normas legales acordadas por las partes, o, subsidiariamente, la legislación del Estado Contratante en la controversia, y las normas del derecho internacional que resulten de aplicación.

55. Para que un laudo sea anulado, el comité debe concluir que el error cometido por el tribunal consistió en la aplicación de la legislación incorrecta al fondo, no en la interpretación incorrecta de la legislación correcta. Entender lo contrario implicaría transformar el estándar claramente establecido de inaplicación del derecho aplicable en un estándar de error de derecho, cambiando la naturaleza del procedimiento de anulación del CIADI, y transformándolo en un mecanismo de apelación con respecto al fondo. Al aceptar este principio, los comités *ad hoc* han dejado claro que un error de interpretación de la ley aplicable no constituye una extralimitación manifiesta de facultades.

56. La interpretación o aplicación errónea del derecho aplicable a las cuestiones de fondo, incluso si es grave, no justifica la anulación. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, un error grosero o escandaloso podría ser considerado como equivalente a un error por falta de aplicación del derecho aplicable, y podría dar lugar a una posible anulación. Sin embargo, el umbral para aplicar esta regla excepcional debe ser muy alto; de no ser así, el mecanismo de anulación permitido por el Convenio podría convertirse en un sistema de apelación sobre el fondo, lo cual está prohibido.

57. El artículo 52(1)(b) del Convenio solamente permite la anulación si se cumple un doble requisito: tiene que haber extralimitación en las facultades, y la extralimitación en las facultades tiene que ser “manifiesta” -un término que ambas Partes definen como “percibido sin dificultad alguna”.

58. Las partes también están de acuerdo en que esta importante restricción adicional se aplica tanto a la extralimitación en las facultades en cuanto a la competencia como al error por la no aplicación de la legislación aplicable. Esta conclusión, compartida por el Comité, ha sido confirmada por otros comités.

59. Dicho esto, “manifiesto” no impide que en algunos casos se requiera una argumentación y un análisis extenso para probar la existencia de un uso impropio de facultades”.

Efectuada esta definición de la causa de anulación, en primer término la comisión rechazó admitir las pretensiones argüidas por el Estado receptor de la inversión, que solicitaba la anulación del laudo porque no se habían admitido diversas excepciones presentadas ante el tribunal en la fase de jurisdicción sobre la arbitrabilidad, la legitimidad y la negociación:

“80. El Comité recuerda que la obligación de expresar los motivos se satisface toda vez que la lectura del laudo permita seguir el modo en el que el tribunal avanzó desde el Punto A hasta el Punto B y finalmente hasta su conclusión.

81. En el presente caso, es verdad que los motivos (contenidos en el párrafo 86 del Laudo) preceden a la definición precisa de la Excepción sobre Arbitrabilidad (en el párrafo 87). También es verdad que en su razonamiento, el Tribunal no diferencia con claridad la Excepción sobre Arbitrabilidad de la Excepción sobre Competencia. Sin embargo, esta falta de precisión es excusable, dado que la Objeción sobre Arbitrabilidad solo se tornó relevante en el curso de la audiencia y, en todo caso (como se explicará un poco más adelante), debido a que carece de todo mérito. Las partes no pueden esperar que los Tribunales dediquen extensos razonamientos a argumentos que, a todas luces, no pueden prosperar.

(...)

102. El argumento complementario de la Demandada, de que al desestimar (implícitamente) su Excepción sobre Legitimidad y aceptar la jurisdicción sobre los reclamos de OPC, el tribunal se extralimitó de modo manifiesto en sus facultades, también debe ser desestimado.

103. (...) Resulta pues, que el Tratado extiende su protección a cualquier empresa estadounidense que –directa o indirectamente– posea o controle una inversión en la República del Ecuador.

104. Es un hecho que OPC es propietaria indirecta del 100% del capital social de OEPC y que ambas son empresas estadounidenses. Hay una presunción general de que la mayoría de accionistas controla también la empresa; esta presunción que sólo puede ser rebatida si hay elementos particulares que generen dudas acerca del control del propietario –y Ecuador no ha alegado que existan esos elementos particulares–. Por ello, no puede cuestionarse el hecho de que OPC, una empresa estadounidense, controle OEPC, y como tal tiene legitimidad para actuar como Demandante en el presente arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal no puede haberse extralimitado en sus facultades al confirmar el status de OPC como Demandante y declararse competente para conocer de sus reclamaciones.

105. En síntesis, se desestima la segunda causal de anulación invocada por la Demandada, consistente en que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus

facultades y omitió expresar los motivos al rechazar la Excepción sobre Legitimidad contra OPC.

(...)

132. En el presente caso, tras examinar y ponderar las pruebas, el Tribunal llegó a la conclusión de que los intentos de alcanzar un arreglo negociado fueron verdaderamente fútiles; que el período de seis meses establecido por el artículo VI.3 del Tratado podía ser obviado y que la Excepción de Negociación de la Demandada debía ser desestimada. La determinación fáctica realizada por el Tribunal parece razonable, y su conclusión jurídica es acorde a principios consolidados.

133. La desestimación de la Excepción de Negociación por parte del Tribunal, basada en el argumento de que cualquier negociación ulterior sería fútil, debe ser confirmada.

134. Dado que el Tribunal desestimó correctamente la Excepción de Negociación sobre la base de la futilidad, las cuestiones de

- si OEPC había formulado denuncias durante el transcurso del procedimiento de caducidad,
- si esas denuncias se hicieron antes o después del surgimiento de la controversia, y
- si esas denuncias proporcionan una razón adicional en apoyo de la decisión del Tribunal de desestimar la Excepción de Negociación se han tornado irrelevantes y no necesitan ser abordadas.

135. En síntesis, se desestima la cuarta causal de anulación invocada por la Demandada, a saber, que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al rechazar la Excepción de Negociación de la Demandada”.

Si bien la comisión *ad hoc* rechazó los argumentos presentados por el Estado receptor de la inversión para invocar la anulación con relación a estas excepciones de jurisdicción, sí declaró la nulidad del laudo por cuanto el tribunal se extralimitó en sus funciones, al haber asumido incorrectamente su competencia para determinar la compensación sobre el 100% de uno de los bloques expropiados, cuando en realidad el 40% de la titularidad de dicho bloque había sido transferido a un tercero y no era propiedad del inversor extranjero que había iniciado el arbitraje:

“265. El Comité ya ha concluido que, respecto al 40% de interés en la Propiedad Farmout la titularidad está dividida, quedando el interés participativo del titular beneficiario y el control en manos de AEC/Andes y actuando OEPC como fiduciaria del titular beneficiario. También ha concluido que en situaciones como ésta el derecho internacional establece que solamente el titular beneficiario, AEC/Andes, puede reclamar por las interferencias con su interés, mientras que la fiduciaria, OEPC, carece de legitimidad para reclamar en nombre del titular beneficiario.

266. En el presente caso, el Tribunal decidió compensar a OEPC por el 100% de la inversión en el Bloque 15. Pero el 40% de dicha inversión no pertenece a OEPC, la empresa estadounidense protegida por el TBI y que también es parte en el Contrato de Participación, sino a Andes, una empresa china, que no está protegida por el TBI y que no es parte de dicho Contrato. Al indemnizar a un inversor protegido por una inversión cuyo titular beneficiario es un inversor no protegido, el Tribunal ha extendido de modo ilícito el alcance de su competencia y ha extralimitado sus facultades.

267. El artículo 52(1)(b) requiere que la extralimitación en las facultades sea manifiesta. El Comité ya concluyó que esta limitación adicional se aplica a situaciones donde se

argumenta que el tribunal cometió una extralimitación en sus facultades. Dicho esto, “manifiesto” no impide que en algunos casos una argumentación y un análisis extensos puedan ser necesarios para probar que el uso indebido de facultades en realidad ha ocurrido.

268. En el presente caso, la extralimitación en las facultades es manifiesta: el Tribunal decidió que tenía competencia sobre la inversión que, en ese momento, ya no pertenecía a OEPC [a los efectos del artículo I(a) del Tratado], y que se debía compensar a las Demandantes por el 100% del valor del Bloque 15, sin tomar en consideración:

- Que de acuerdo con el Acuerdo Farmout, las Demandantes a cambio de contraprestación válida habían transferido un interés participativo del 40% de su participación en la Propiedad Farmout a AEC/Andes, quedando OEPC como un mero “fiduciario”, que tiene un título aparente, pero que actúa realmente en nombre y en beneficio del verdadero propietario, AEC/Andes;
- Que OEPC y AEC/Andes han actuado en todo momento en pleno cumplimiento de los términos y las condiciones acordados en virtud de los Acuerdos Farmout, no habiendo prueba en el expediente de que una declaración judicial de invalidez por aplicación del artículo 79 de la LHC o por otro motivo;
- Que, al no ser AEC/Andes parte de este procedimiento de arbitraje, el Laudo no pudo bajo ninguna circunstancia declarar la invalidez de dichos Acuerdos;
- Que la cesión de derechos y el Acuerdo Farmout son una y la misma cosa, que ambos se verían afectados en igual medida por la hipotética declaración de nulidad basada en el artículo 79 de la LHC;
- Que un principio no controvertido del derecho internacional para situaciones en las que el título legal está dividido entre un fiduciario y el titular beneficiario: como señalan la *Árbitro Stern* en su *Opinión Disidente* y el *Comité* ha corroborado, el derecho internacional solo otorga legitimidad y recurso al titular beneficiario del interés participativo, no al fiduciario.

269. El Comité concluye entonces que el Tribunal ha incurrido en una extralimitación manifiesta en sus facultades por las razones señaladas en el artículo 52(1)(b) del Convenio.

270. El artículo 52(3) del Convenio les otorga a los comités “la autoridad para anular un laudo o una parte de este basándose en cualquiera de los fundamentos señalados en el párrafo (1)” de dicho artículo. Ejerciendo la autoridad derivada de dicho artículo, el Comité anula parcialmente el Laudo, puesto que el Tribunal se declaró competente con respecto a una inversión cuyo titular beneficiario es ahora el inversor chino Andes (...), esto es, el 40% correspondiente a AEC/Andes del interés en la Propiedad Farmout y otorgó una compensación a favor de OEPC sobre la base de dicha decisión.

271. El resto del Laudo no se ve afectado.

272. Una advertencia final: ni los principios del derecho internacional ni la decisión del Comité implican que los inversores que sean titulares beneficiarios de cuotas participativas queden desprotegidos de las intromisiones de los Estados anfitriones. Dichos inversores disfrutarán de la protección otorgada por los tratados que beneficien a su nacionalidad. En el presente caso, AEC/Andes tiene derecho a la protección que disfrutaban los inversores de Bermuda/China, al invertir en Ecuador. A lo que no tienen derecho –porque no son ciudadanos ni empresas estadounidenses– es a la protección ofrecida a los inversores estadounidenses que inviertan en Ecuador al amparo del TBI EEUU-Ecuador”.

Importa repasar, a partir de lo anterior, las conclusiones que la comisión *ad hoc* extrajo tras haber aceptado parcialmente la anulación del laudo. En particular, con el objeto de

garantizar la economía procesal y evitar el inicio de un nuevo arbitraje de inversiones donde se dirimiese la indemnización, acarreando más gastos a las partes y demorando en el tiempo la emisión de un laudo definitivo, la comisión decidió que tenía facultad para determinar el nuevo monto de la indemnización que debía recibir el inversor extranjero:

“296. En consecuencia, la decisión del Comité de anular parcialmente el Laudo debe llevar a la anulación de la cuantía de los daños (US\$ 1.769.625.000) contenida en el sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo en la medida en que compensa a las Demandantes por el 100% (y no por el 60%) del valor del Bloque 15 –pero no del resto de dicho sub-párrafo.

297. La siguiente cuestión a abordar es si el Comité está autorizado a reemplazar el monto de los daños anulado por el número correcto, o si esta tarea debe ser confiada a un nuevo tribunal de inversiones. Las partes han discutido esta cuestión, y mientras que la Demandada se inclina por la constitución de un nuevo tribunal, las Demandantes han aceptado que en las circunstancias apropiadas los comités de anulación están autorizados a consignar los montos correctos en decisiones parcialmente anuladas.

298. El Comité coincide con las Demandantes.

299. Es cierto que los comités de anulación no están facultados para enmendar o reemplazar laudos. Pero no es esta la tarea que se está realizando. Lo requerido en este caso, en el que el Comité está anulando parcialmente el Laudo, es que el Comité de Anulación sustituya el monto de los daños del Tribunal por la suma correcta. Si esta tarea se puede llevar a cabo sin presentaciones ulteriores de las partes y sin ordenar prueba adicional, los comités deberían tener el poder para hacerlo. Razones básicas de economía procesal abogan a favor de esta solución. No hay necesidad de que las partes incurran en costos y sufran demoras adicionales, realizando un nuevo arbitraje de inversiones, cuando el número correcto puede ser insertado por el comité de anulación, tras llevar a cabo un cálculo aritmético muy sencillo y sin ulterior aporte de las partes.

300. Este es el caso en el presente arbitraje.

301. El Tribunal estableció el valor del 100% del Bloque 15, es decir, de la Propiedad Farmout, en US\$ 2.359.500.000. En consecuencia, el valor del 60% de la participación ascendería a US\$ 1.415.700.000. Aplicando a este monto el factor de reducción del 25% explicado en el párrafo 825 del Laudo, el monto resultante es de US\$ 1.061.775.000. Ésta es la cantidad correcta que debió haber sido insertada en el sub-párrafo (v) de la parte dispositiva del Laudo, que debería leerse así: “876. [...] Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$ 1.061.775.000 (Mil sesenta y un millones, setecientos setenta y cinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo hecho en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos indicados en los subpárrafos (i), (ii) y (iii)”.

En su solicitud de anulación, la parte demandante invocó sin éxito otros argumentos fundándose nuevamente en la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, entre los que destacan: la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del tribunal, la atribución a la demandante de un comportamiento negligente, el principio *res judicata*, el modelo utilizado para calcular el montante de la indemnización y la decisión de ignorar una ley interna al valorar los daños de las demandantes. Respecto a todos estos argumentos, señaló la comisión *ad hoc* que:

“349. Ecuador argumenta además que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, dado que, alega Ecuador, el principio de proporcionalidad no está comprendido en el Contrato de Participación, ni en la legislación ecuatoriana, ni en el derecho internacional consuetudinario.

350. El argumento no puede prosperar, porque el estándar para la anulación basadas en las alegaciones de aplicación o interpretación incorrectas de la ley aplicable al fondo es particularmente elevado: solo los errores jurídicos excepcionalmente groseros o flagrantes, reconocidos como tales por cualquier persona razonable, podrían interpretarse como equivalentes a una falta de aplicación de la ley aplicable al fondo, y podrían dar lugar a la posibilidad de anulación. El Tribunal no cometió ningún error jurídico grosero o flagrante. Al contrario: el Tribunal explicó convincentemente que el principio de proporcionalidad entre la intensidad y el alcance de la actividad ilícita y la severidad de la sanción es un principio general del derecho punitivo y del derecho sobre la responsabilidad extracontractual, tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho internacional.

(...)

367. Vale la pena señalar, en este resumen de los hechos, que el Tribunal deja de utilizar la expresión “negligente”, y la reemplaza por “imprudente”. El uso de este sinónimo demuestra que el Tribunal no le dio en ningún momento un significado legal preciso a los conceptos de “negligente” o “imprudente” –los usó como adjetivos convenientes para describir la conducta de las Demandantes. Contrariamente a lo que alega la Demandada, el Tribunal en ningún momento tuvo la intención de crear una nueva clase de violación de la LHC– una violación meramente negligente.

(...)

369. La conclusión del Tribunal de que la conducta de OEPC había sido “imprudente”, “negligente” y “desacertada” pero no de “mala fe”, no se menciona *expressis verbis* entre las razones esbozadas por el Tribunal para justificar su conclusión de la desproporcionalidad. Sin embargo el Tribunal se refiere a la conducta negligente o imprudente de las Demandantes en el párrafo 384, el primero de la sección sobre proporcionalidad, como una “Observación preliminar”; por lo tanto, es muy probable que esta conclusión fáctica tuviera peso en el pensamiento del Tribunal cuando decidió que la caducidad fue una sanción desproporcionada.

(...)

371. El Comité ya ha establecido que por regla general, las conclusiones fácticas y la ponderación de pruebas que realicen los tribunales quedan fuera del alcance de la revisión por los comités *ad hoc* –solo se podría hacer una excepción si el solicitante demostrara que los errores de hecho cometidos por el tribunal son tan flagrantes como para dar lugar a una de las causales de anulación enumeradas en el artículo 52(1) del Convenio.

372. En los párrafos 380, 383 y 384 del Laudo el Tribunal concluye que aunque las Demandantes no solicitaron la autorización necesaria, no obraron de “mala fe”; que “pueden haber sido negligentes pero no tuvieron la intención de inducir a engaño” y que su falta de pedir la autorización, “aunque imprudente y mal aconsejada, no fue de mala fe”.

373. Todas estas son conclusiones fácticas que el Tribunal adoptó luego de haber revisado el extenso registro de pruebas, oído a los testigos y ponderado las pruebas

disponibles. El Tribunal está en la mejor posición para llevar a cabo esta tarea, y sus conclusiones no deberían ser cuestionadas por un comité *ad hoc* –salvo en circunstancias excepcionales, cuando los errores de hecho cometidos por el tribunal sean tan flagrantes como para dar lugar a una de las causales de anulación establecidas en el artículo 52(1) del Convenio.

(...)

390. La cuestión fue traída a colación por la Demandada en la etapa de la competencia del arbitraje y dio lugar a la denominada primera Excepción sobre Competencia. El Tribunal la rechazó, argumentando que Ecuador no podía basarse en su legislación doméstica para eludir al arbitraje del CIADI, y que las partes no habían acordado que las reclamaciones relacionadas con la caducidad serían resueltas exclusivamente por los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos.

(...)

392. El Tribunal desestimó la excepción de Ecuador sin mucha dificultad (...).

393. El razonamiento puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y hasta sus conclusiones, para usar la prueba de MINE, y por lo tanto no justifica la anulación, porque el lector “can understand how the tribunal arrived at its conclusion”.

394. La Demandada asevera que la decisión del Tribunal de remitirse al principio de *res iudicata* fue flagrantemente incorrecta, y el error fue tan grave como para equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades. No es así. El principio de *res iudicata* es un rasgo característico de la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales, pero también es un principio importante de derecho internacional. En su Decisión sobre Competencia, el Tribunal ya había desestimado el argumento de Ecuador de que el foro apropiado para resolver cualquier controversia sobre caducidad eran los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. En la fase sobre el fondo, Ecuador decidió presentar nuevamente el mismo argumento –escuetamente disfrazado de defensa sobre el fondo. El Tribunal estaba en todo su derecho de rechazarlo sumariamente, razonando que en la Decisión sobre Competencia se había rechazado concluyentemente esa defensa.

(...)

415. Primero, la República argumenta que el Tribunal omitió examinar dos métodos de valuación alternativos propuestos por Ecuador (el de datos sobre ventas reales y el de la contraprestación de pago), que fueron rechazados sin dar ninguna razón. El no abordar argumentos específicos propuestos por la Demandada debe llevar a la anulación del cálculo de daños y del Laudo *in toto*.

416. El argumento de la Demandada es fácticamente erróneo. Tal como aseveraron correctamente las Demandantes, el Tribunal sí abordó, y en última instancia rechazó, la aplicación de los datos sobre ventas reales derivados de la venta de EnCana. De modo que el único método de valuación alternativo que el Tribunal no rechazó expresamente fue el de contraprestación de pago, una oscura metodología que la Demandada había mencionado brevemente en sus escritos previos a la audiencia y no había incluido en su escrito post-audiencia sobre *quantum*.

417. Los Tribunales no tienen la obligación de abordar todos los argumentos propuestos por cada parte. Solamente deben referirse a los argumentos decisivos para el caso. La Demandada no pudo probar que la aplicación del método de contraprestación de pago, como metodología alternativa para complementar la valuación resultante de la

metodología FCD, fuera un argumento decisivo que hubiera llevado a una modificación significativa de la compensación a ser otorgada. El hecho de que la Demandada no hiciera referencia al método de la contraprestación de pago en su escrito final y conclusivo sobre quantum parece indicar lo contrario: que el mismo Ecuador era de la opinión de que este carecía de materialidad para la decisión del Tribunal sobre compensación.

418. Hay un segundo argumento propuesto por la Demandada: esta sostiene que hay una contradicción en el Laudo, porque en el párrafo 709 el Tribunal afirma que utilizará un “modelo FCD como punto de partida para medir el VJM”, mientras que, de hecho, el Laudo estableció el valor de la inversión exclusivamente sobre la base de un modelo FCD.

419. El argumento carece de valor. El Tribunal en ningún momento afirmó que el modelo FCD fuese “un punto de partida” al que seguirían el análisis de otros métodos de valuación alternativos. El Laudo habla por sí mismo”.

La segunda causa de anulación discutida en el procedimiento fue el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, que fue definida por la comisión de la siguiente forma:

“61. A menudo, los solicitantes invocan el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, acompañado de otras causales. Pero las limitaciones para la aceptación de esta causal son considerables: solamente en unos pocos casos ha llevado a la anulación de laudos del CIADI.

62. La formulación del artículo 52(1)(d) refleja esas limitaciones; exigiendo tres requisitos:

- La norma de procedimiento tiene que ser fundamental, y solamente aquellas que resultan esenciales para que el proceso arbitral se mantenga íntegro y justo, califican como tales;
- El tribunal debe haberla quebrantado;
- Y el quebrantamiento debe ser grave, es decir, la violación debe haber impacto materialmente en el laudo un [sic]; sin embargo, no se requiere al solicitante que pruebe que la violación de procedimiento fue decisiva en el resultado, ni que el solicitante hubiera ganado el caso si la norma hubiera sido aplicada”.

Esta causa de anulación fue invocada por el Estado receptor a propósito de un correo electrónico enviado por el tribunal arbitral que aludía a la fase de la determinación del montante de la indemnización y que el Estado receptor de la inversión consideraba como una decisión no motivada contraria al artículo 48.3 del Convenio CIADI. La comisión, en cambio, afirmó que este argumento no podía prosperar:

“572. La audiencia sobre el *quantum* había tenido lugar en noviembre de 2009. Posteriormente ambas Partes habían ofrecido la participación de sus peritos para volver a hacer funcionar el modelo FCD con los datos aportados por el Tribunal. En el Correo electrónico de febrero el Tribunal sencillamente aceptó este ofrecimiento –una decisión que encajaba perfectamente dentro de sus facultades, de conformidad con el artículo 43 del Convenio y con la Regla de Arbitraje 34 (2).

573. El Correo electrónico de febrero no es una decisión final y vinculante sobre el *quantum*. Es simplemente una solicitud procesal para que los peritos de las partes se acercaran y ayudaran al Tribunal en la evaluación de los daños. No creó *res iudicata*.

Todos los árbitros siguieron siendo libres para decidir sobre el fondo, de una u otra manera. El Correo electrónico de febrero no formalizó ninguna decisión sobre el fondo. Dado que no lo hizo, no se podía exigir al Tribunal que expresara motivos”.

La tercera causa de anulación analizada por la comisión fue que el tribunal arbitral no expresó en el laudo los motivos en que se fundaba:

“64. La obligación de expresar los motivos surge del artículo 48(3) del Convenio, que obliga a los tribunales a que el laudo contenga una “declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal” y a que sea “motivado”. Los laudos no motivados pueden anularse, ya que las partes deberían estar en condiciones de verificar hasta qué punto las decisiones del tribunal están basadas en una interpretación correcta de la ley y en una adecuada evaluación de los hechos. Sin embargo, en tanto los motivos hayan sido expresados, incluso si son incorrectos, inconvincentes o incompletos, el laudo no puede anularse por esta causal. El artículo 52(1)(e) no permite ningún tipo de examen de la calidad o de la capacidad de persuasión de los motivos.

65. Sin perjuicio de lo anterior, otros comités *ad hoc* han sostenido que los motivos contradictorios o frívolos de tal magnitud, que equivalgan a una omisión de motivos, pueden conllevar la anulación:

- Los motivos contradictorios se cancelan mutuamente y no le permiten al lector comprender los fundamentos del tribunal;
- Los motivos frívolos son aquéllos manifiestamente irrelevantes, a sabiendas del tribunal.

66. Pero un examen de los motivos presentados por un tribunal no puede transformarse en una reevaluación de la corrección de las premisas fácticas y jurídicas sobre las que se basa el laudo. Los comités no tienen la facultad de revisar si los motivos establecidos por el tribunal en su laudo son adecuados. Más bien, el papel del comité se limita a analizar si un lector puede comprender de qué manera el tribunal llegó a su conclusión. Extender el alcance del artículo 52(1)(e) de modo que abarque aquellos laudos que contienen motivos no considerados apropiados, transformaría al procedimiento de anulación en una apelación.

67. De manera similar, la omisión de abordar algún argumento particular postulado por las Partes no justifica la anulación, salvo que este sea decisivo para la decisión del tribunal (no *obiter dictum*). Las contradicciones, inconsistencias y afirmaciones poco razonables del laudo se pueden remediar aplicando los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50 del Convenio, los cuales proporcionan a las partes la oportunidad de solicitar que el tribunal aborde las omisiones, rectifique los errores materiales y aclare la interpretación de los puntos dudosos”.

Esta causa de anulación fue invocada sin éxito sobre algunas excepciones presentadas ante el tribunal en la fase de jurisdicción por el Estado receptor de la inversión sobre arbitrabilidad, legitimidad e inadmisibilidad:

“83. El primer argumento no es cierto; el Tribunal no ignoró el argumento formulado por la Demandada de que la CE prevalece sobre el Tratado; el Tribunal lo rechazó, explicando que un Estado no puede basarse en su propia legislación para evitar la jurisdicción del CIADI conforme al Tratado, y porque el artículo 163 de la CE establece expresamente que los tratados prevalecen sobre las leyes locales.

84. El segundo argumento debe ser desestimado por su total falta de fundamento: el Tribunal actuó correctamente cuando desestimó la Excepción sobre Arbitrabilidad, y por tanto también al declararse competente sobre los reclamos sobre caducidad -no hay, pues,

extralimitación manifiesta de facultades. El Comité coincide con el Tribunal en que la República:

- Ignora el principio básico del derecho internacional de que un Estado no puede invocar su legislación local, incluidas las disposiciones constitucionales, con el propósito de evitar el cumplimiento de obligaciones contraídas en tratados;

- Ignora abiertamente la CE, que en su artículo 163 hace honor a este principio del derecho internacional, declarando que los tratados forman parte del régimen legal interno de la República y prevalecen sobre las leyes locales, y en el artículo 161, que crea una presunción general de que todos los tratados internacionales en vigor son compatibles con la Constitución.

- Malinterpreta el efecto del artículo 196 de la CE en relación con las obligaciones de derecho internacional de Ecuador: el artículo 196 de la CE no establece un principio de competencia exclusiva como el que alega Ecuador; la norma constitucional permite, pero en modo alguno impone como obligatorio, el recurso ante los tribunales de lo contencioso administrativo; entenderlo de otra manera llevaría a la conclusión de que todos los actos administrativos quedan excluidos del ámbito de aplicación del TBI, y de que los únicos actos que podrían someterse a los tribunales de inversión son los actos legislativos y los actos judiciales, adoptados por las autoridades legislativas y judiciales ecuatorianas -una conclusión tan insostenible que desacredita la argumentación de la Demandada.

85. En conclusión, se desestima la primera causal de anulación invocada por la Demandada, en el sentido de que el Tribunal omitió expresar los motivos y se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando se declaró competente para resolver los reclamos sobre caducidad.

(...)

97. El artículo 52(1)(e) establece que el laudo puede anularse cuando “no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funda”. Esa norma se refiere a las razones esgrimidas como fundamento de la parte dispositiva del laudo, en concordancia con el resarcimiento solicitado por las partes. Si no hay solicitud específica de resarcimiento, no hay necesidad de esgrimir razones.

98. Aunque no había obligación de dar razones, el Tribunal abordó la alegada falta de legitimidad de OPC en el párrafo 89 de la Decisión

(...)

99. En esta segunda pata del argumento, el Tribunal abordó, si bien de un modo muy sucinto, la primera cuestión planteada en la Excepción sobre Legitimidad: si el control ejercido por OPC era demasiado remoto para justificar la legitimidad.

100. De todos modos, la Decisión no parece analizar el segundo argumento esgrimido por la Demandada: que OPC carecía de legitimidad debido a que estaba reproduciendo parte de las reclamaciones de OEPC bajo el Tratado. Ecuador sostiene ahora que esta omisión del análisis de un segundo argumento de respaldo equivale a una omisión de la expresión de los motivos, que debería llevar a la anulación del Laudo en su totalidad.

101. La petición de la República no puede prosperar, porque es un principio indiscutido que un tribunal no tiene la obligación de abordar todos y cada uno de los argumentos formulados por las partes.

(...)

114. El Comité opina que las referencias cruzadas genéricas a la Decisión *in toto* deben entenderse como una *renvoi* al párrafo 86 de la Decisión, que implícitamente traslada el argumento de que si las controversias relativas a inversiones deben ser resueltas por un arbitraje con carácter vinculante, tal exigencia excluye el requisito previo de que se agoten previamente los recursos locales.

115. El requisito de que las decisiones sean motivadas debe evaluarse según la razonabilidad y la probabilidad de que la solicitud en cuestión prospere. En el presente caso, la propuesta de la Demandada de que debían agotarse los recursos locales contra el Decreto de Caducidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo de Ecuador, y que mientras tanto el arbitraje debía ser suspendido, no encuentra apoyo ni en el Tratado ni en el Convenio, no lleva a resultados razonables y *ab initio* tenía escasas chances prosperar (...).

116. En estas circunstancias, las razones sucintas e implícitas –como las que dio el Tribunal– pueden ser suficientes para evitar la anulación del Laudo.

117. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que la tercera razón para la anulación que invoca la Demandada –que el Tribunal omitió expresar los motivos para rechazar la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada– debe ser desestimada”.

La misma causa de anulación tampoco fue acogida por la comisión cuando se proyectó sobre otras alegaciones presentadas por el Estado receptor de la inversión, a saber: la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del tribunal, la decisión de ignorar la ley interpretativa del IVA y la decisión de hacer caso omiso de la alternativa a la caducidad:

“351. El Comité ha resumido el razonamiento del Tribunal sobre esta cuestión en la subsección precedente. Ese razonamiento puede seguirse desde el punto A hasta el punto B y hasta la decisión del Tribunal. El argumento de la Demandada de que el Tribunal omitió expresar los motivos por los cuales decidió sostener que Ecuador fue responsable de un quebrantamiento del principio de proporcionalidad, o de que su decisión se basa en razones incomprensibles o frívolas, no tiene asidero”.

(...)

544. La conclusión del Tribunal con respecto a la Ley Interpretativa del IVA es que esta no debería ser tenida en cuenta en el modelo FCD utilizado para valorar la inversión de las Demandantes (incrementando así la compensación en una suma que la Demandada estima en el rango de los US\$ 30 millones). La razón principal para esta conclusión es análoga a la invocada para excluir la Ley 42: la promulgación de la Ley Interpretativa del IVA fue violatoria de los derechos de las Demandantes derivados del Tratado y, por lo tanto, no se la podía utilizar para reducir las obligaciones de la Demandada.

(...)

546. Tras haber llegado a su conclusión con respecto a la Ley Interpretativa del IVA, el Tribunal podría haber detenido allí su razonamiento. No lo hizo. En cambio, el Tribunal agregó un argumento adicional para confirmar la conclusión a la que ya había llegado: aun si la Ley Interpretativa del IVA debiera ser aplicada (*quod non*), la cláusula 8.6 (e) del Contrato de Participación requeriría que se introdujera un factor de corrección, neutralizando los efectos de la Ley Interpretativa del IVA.

547. Ecuador solicita al Comité que anule este argumento adicional por carecer de motivos.

548. La solicitud de Ecuador no puede prosperar. Los comités están facultados para anular decisiones, cuando el Tribunal omite expresar las razones en las que se basan esas decisiones (no los razonamientos mismos). En este caso no hay controversia alguna en cuanto a que la decisión de no aplicar la Ley Interpretativa del IVA está apropiadamente razonada. La existencia o inexistencia o la calidad de cualquier razonamiento adicional no puede nunca llevar a una anulación de la decisión.

549. En todo caso, el razonamiento subyacente al argumento adicional postulado por el Tribunal puede seguirse adecuadamente desde el punto A hasta el punto B hasta sus conclusiones, tal como las Demandantes han explicado convincentemente en su Segunda Presentación.

(...)

560. La segunda razón es que el Tribunal debió haber considerado en su cálculo del *quantum* el impacto de una alternativa a la caducidad. La dificultad de este argumento es que en ningún momento fue alegado por la Demandada en el arbitraje, y que el Tribunal ya hizo en el cálculo de la compensación una reducción del 25 como sanción por la conducta de las Demandantes. Ello nunca puede llevar a la anulación del Laudo.

Por lo que respecta a las costas procesales y los honorarios de los abogados, la comisión *ad hoc* tuvo presente la anulación parcial del laudo para pronunciarse sobre este expediente y concluyó que:

“580. Ni Ecuador ni las Demandantes han prevalecido completamente en el presente procedimiento de anulación. La República solicitó una decisión de anulación del Laudo en su totalidad –el Comité desestimó esta solicitud. Alternativamente, Ecuador presentó una petición para la anulación parcial, que el Comité ha aceptado. Las Demandantes defendieron la plena validez de la Decisión y del Laudo.

581. El Comité por lo tanto no ha fallado completamente en favor de ninguna de las partes. Las reclamaciones de Ecuador eran *prima facie* graves. Además, cada parte presentó argumentos válidos y razonables en apoyo de su respectivo caso, y ambas actuaron con ecuanimidad y profesionalidad.

582. En vista de estas circunstancias, el Tribunal decide que cada una de las partes se haga cargo de la mitad de en que incurrió con el CIADI con motivo de este proceso, y que cada parte se haga cargo de sus propios costos de litigación y honorarios. Debido a que la Demandada ya pagó US\$ 1.000.000 para cubrir los costos sufragados por el CIADI, las Demandantes deberán reembolsar a la Demandada la mitad de dicho monto, por compensación contra la indemnización debida en virtud del Laudo”.

En quinto y último lugar, en el caso *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía* la comisión *ad hoc* de anulación examinó las tres causas de anulación citadas, por este orden: que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 52.1.b), que hubiere un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52.1.d) y que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (artículo 52.1.e). No obstante, es importante dejar constancia de las reflexiones generales sobre el procedimiento de anulación realizadas por la comisión antes

de analizar las tres causas de anulación, que tienen que ver con el carácter tan excepcional con el que ha sido concebido este procedimiento en el contenido del CIADI:

“40. In any review process, two potentially conflicting principles are at work: the principle of finality and the principle of correctness. Finality serves the purpose of efficiency in terms of an expeditious and economical settlement of disputes. Correctness is an elusive goal that takes time and effort, and may involve several layers of control, a phenomenon that is familiar from proceedings in domestic courts. In arbitration, the principle of finality typically takes precedence over the principle of correctness.

41. Article 52 of the ICSID Convention follows the model of a limited review. It represents a control mechanism that ensures that a decision has remained within the framework of the parties’ agreement to arbitrate and is the result of a process that was in accord with basic requirements of fair procedure. The main function of annulment is to provide a limited form of review of awards in order to safeguard the integrity of ICSID proceedings.

(...)

42. Annulment is fundamentally different from appeal. The result of a successful application for annulment is the invalidation of the original decision. The result of a successful appeal is its modification. A decision-maker exercising the power to annul only has the choice between leaving the original decision intact or annulling it in whole or in part. An appeals body may substitute its own decision for the decision that it has found to be deficient. Under the ICSID Convention, an *ad hoc* committee only has the power to annul the award. The *ad hoc* committee may not amend or replace the award by its own decision on the merits. Article 53(1) of the Convention explicitly rules out any appeal.

43. Annulment is concerned only with the legitimacy of the process of a decision: it is not concerned with its substantive correctness. Appeal is concerned with both. Annulment is possible on a very limited number of grounds. In the case of the ICSID Convention, these are listed exhaustively in Article 52(1). Appeal is possible on a much broader variety of reasons including those going to the merits of the decision.

(...)

47. It follows that, even in the presence of one of the grounds listed in Article 52(1) of the ICSID Convention, annulment does not follow automatically. An *ad hoc* Committee must decide whether the fault is grave enough to warrant annulment, especially whether it has made a material impact on one of the parties”.

A continuación, la comisión comenzó a analizar el contenido y alcance de la causa de anulación consistente en la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal, señalando que:

“55. An excess of powers occurs when a tribunal deviates from the parties’ agreement to arbitrate. This would be the case if a tribunal makes a decision on the merits although it does not have jurisdiction or if it exceeds its jurisdiction. Failure to exercise an existing jurisdiction also constitutes an excess of powers. Failure to apply the proper law may also amount to an excess of powers.

56. The requirement that an excess of powers must be “manifest” in order to constitute a ground for annulment means that the excess must be obvious, clear or easily recognizable. Some *ad hoc* committees have interpreted the term “manifest” to mean that the excess must also be serious or material to the outcome of the case 57. As pointed out in paragraph 47

above, it follows from Article 52(3) that an *ad hoc* committee must decide whether a fault is grave enough to warrant annulment, especially whether it has made a material difference to the position of one of the parties. Therefore, it is unnecessary to interpret the term “manifest” in Article 52(1)(b) as adding a requirement that the excess must be serious or material.

58. The provisions on applicable law are an essential element of the parties’ agreement to arbitrate. The application of a law other than that agreed to by the parties may constitute an excess of powers and can be a ground for annulment. An error in the application of the proper law, even if it leads to an incorrect decision, is not a ground for annulment. Therefore, the misapplication of a particular rule, which is part of the correctly identified applicable law, does not amount to an excess of powers.

59. Some *ad hoc* committees have admitted the possibility that “[m]isinterpretation or misapplication of the proper law may, in particular cases, be so gross or egregious as substantially to amount to failure to apply the proper law.” However, in none of these cases was there an actual finding of a gross misinterpretation amounting to a failure to apply the proper law”.

Al analizar la aplicación de esta causa de anulación, la comisión rechazó la argumentación presentada por el inversor extranjero, la parte que había presentado la solicitud de anulación, que se basaba en la decisión tomada por el tribunal de tratar ciertos temas de fondo de la controversia, relativos a la atribución al Estado de la conducta, al calor del debate sobre su jurisdicción:

“175. The Tribunal expressed its view that attribution was relevant, in the context of the case it had to deal with, for two reasons: first, for ‘ascertaining whether there [was] a dispute with a Contracting State, here Turkey, for the purposes of the BIT and Art 25 of the ICSID Convention,’ and second, because in its view, ‘the claims presented in this investment arbitration (particularly with respect to the conduct of Emlak) may only succeed if they are attributable to the State.’ The Tribunal continued by stating that ‘[i]n that sense, the issue of attribution is also relevant to the merits of the dispute’.

176. The Committee questions whether attribution is really relevant to ascertaining the existence of a dispute between Tulip and Turkey (...)

177. Thus, a dispute to which the dispute settlement procedures under Article 8 of the BIT apply must be one falling within the scope of this definition. There is nothing in that definition about attribution. Attribution may be relevant in the context of enquiring whether there was a breach of an obligation under the BIT, but that pertains to the merits of a case, as the Tribunal was fully aware when it stated that “the issue of attribution [was] also relevant to the merits of the dispute.

(...)

182. The Committee notes that, although the Tribunal announced that its inquiry into the issue of attribution would be relevant in order to ascertain whether there is a dispute with Turkey for the purposes of the BIT and Article 25 of the ICSID Convention, it did not expressly state its conclusion on this question. Rather, it focused on attribution for purposes of determining whether the impugned conduct of Emlak was attributable to Turkey because, as it correctly stated, the claims with respect to Emlak’s conduct ‘may only succeed if they are attributable to the State.’

(...)

185. The Tribunal applied the relevant criteria for ascertaining whether the conduct of Emlak, which formed the basis of the Claimant's complaint in the original proceeding (in particular the termination of the Contract), was attributable to Turkey.

(...)

189. The Committee has no doubt that the Tribunal correctly interpreted Article 8 of the ILC Articles and applied the relevant test, that of effective control. Whether the evidence adduced by the Claimant satisfied that test was for the Tribunal to evaluate. According to Rule 34(1) of the ICSID Arbitration Rules, '[t]he Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.' It is not for this Committee to re-evaluate the evidence presented in the original proceedings".

En lo tocante al quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, la segunda causa de anulación presentada, la comisión se aproximó al concepto general de la siguiente forma:

"70. Under Article 52(1)(d) of the ICSID Convention, a violation of a rule of procedure is a ground for annulment if two requirements are met: the rule concerned must be fundamental and the departure from the rule must be serious. Even a serious violation of a rule of procedure does not constitute a ground for annulment unless the particular rule is fundamental. The violation of even a fundamental rule cannot lead to annulment unless the violation was serious.

71. The preparatory works to the Convention make it clear that only procedural principles of special importance qualify as 'fundamental rules' and that a simple violation of the arbitration rules is not, by itself, a ground for annulment. The fundamental rules of procedure that might furnish a ground for annulment, if violated, would be restricted to the principles of natural justice. In other words, fundamental rules of procedure are principles that are essential to a fair hearing.

(...)

73. The chief disagreement between the parties concerns the meaning of "serious" in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention. The Applicant argues that it is enough that the departure from the fundamental rule of procedure had the potential to lead to a different decision. The Respondent argues that the departure must have caused actual prejudice, which must be proven.

(...)

78. This *ad hoc* Committee considers the approach adopted in *Pey Casado* reasonable. To require an applicant to prove that the award would actually have been different, had the rule of procedure been observed, may impose an unrealistically high burden of proof. Where a complex decision depends on a number of factors, it is almost impossible to prove with certainty whether the change of one parameter would have altered the outcome. Therefore, an applicant must demonstrate that the observance of the rule had the potential of causing the tribunal to render an award substantially different from what it actually decided. In addition, in order to be serious, the departure must be more than minimal. It must be substantial. It must have deprived the affected party of the benefit of the rule in question.

79. A number of *ad hoc* committees have pointed out that once an *ad hoc* committee has established that a departure from a fundamental rule of procedure is serious, it no longer has the discretion not to annul. The serious adverse impact upon the affected party, which is a

condition for the exercise of an *ad hoc* committee's discretion to annul under Article 52(3), is implicit in a finding that the departure from a fundamental rule of procedure has been serious.

(...)

80. The parties agree that the right to be heard is a fundamental rule of procedure. The ICSID Arbitration Rules reflect this right throughout. The right to be heard affords the parties the opportunity to present all the arguments and all the evidence that they deem relevant and to respond to arguments and evidence submitted by their opponent. In particular, each party must have the opportunity to address every formal motion before the tribunal and every legal issue raised by the case. The principal human rights instruments also accept the right to present one's case as an essential element of a fair hearing.

81. While the right to be heard is uncontested in principle, its implications are sometimes disputed (...)

82. The right to be heard refers to the opportunity given to the parties to present their position. It does not relate to the manner in which tribunals deal with the arguments and evidence presented to them. In particular, the fact that an award does not explicitly mention an argument or piece of evidence does not allow the conclusion that a tribunal has not listened to the argument or evidence in question. A refusal to listen, amounting to a violation of the right to be heard, can only exist where a tribunal has refused to allow the presentation of an argument or a piece of evidence. Therefore, absence in an award of a discussion of an argument or piece of evidence put forward by a party does not mean that a tribunal has violated the right to be heard.

83. An indication through a procedural order that a tribunal regards a piece of evidence, that has yet to be submitted, as relevant and material can only be provisional. Whether the evidence is indeed relevant and material can only be determined once the tribunal has heard it. A tribunal that has called for the submission of particular evidence should normally explain what it thinks of it once it has heard it. Failure to do so may be unwise, but does not amount to a violation of the right to be heard.

84. Unequal treatment of the parties may be a sign of lack of impartiality and may amount to a serious violation of a fundamental rule of procedure. However, a finding of this nature would require clear and incontrovertible substantiation. ICSID Arbitration Rule 34(1) states that the tribunal shall be the judge of the admissibility as well as of the probative value of any evidence. A clear violation of a rule of evidence, such as the reversal of the burden of proof, may amount to a serious violation of a fundamental rule of procedure. On the other hand, the evaluation of evidence is within the discretion of the tribunal.

(...)

92. Provisions in human rights instruments dealing with the right to a fair trial and any judicial practice thereto are relevant to the interpretation of the concept of a fundamental rule of procedure as used in Article 52(1)(d) of the ICSID Convention. This is not to add obligations extraneous to the ICSID Convention. Rather, resort to authorities stemming from the field of human rights for this purpose is a legitimate method of treaty interpretation".

La comisión *ad hoc* descartó que el tribunal hubiera vulnerado esta causa de anulación durante el desarrollo de las audiencias del caso, rechazando el argumento presentado

por la solicitante que defendía que se había producido este quebrantamiento por no haberse conducido aquellas audiencias conforme al principio de igualdad:

“145. It is common ground between the parties that a breach of the fundamental right to be heard in the proceedings would be a ground for annulment. The Committee accepts that the lack of a fair hearing would be a serious breach of a fundamental rule of procedure under the ICSID Convention. The right to a fair hearing encompasses a number of matters. In the present case, the focus is on three particular aspects of a fair hearing, namely, the right to be heard, the principle of equality of arms and the duty to give reasons.

146. The disagreement between the parties concerns the content of the right to be heard in the factual circumstance of this case. The ECtHR has recognized ‘equality of arms’ as an important component of the right to a fair trial. The requirement is that ‘each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case –including his evidence– under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent’.

147. (...) The Committee rejects the suggestion that, in admitting the evidence of Mr. Bayraktar in this way, the Tribunal was making any indication at all of the relevance or importance of this evidence. It was simply ensuring equality of arms and holding the ring between the parties. Moreover, this Committee cannot conclude merely from the fact that fairness led the Tribunal to admit Mr. Bayraktar’s evidence that, having heard his evidence and his thorough cross examination by the Claimant, the Tribunal was then obliged to conclude that his evidence was material to the Tribunal’s decision. The Majority had the discretion to determine that the evidence was not material and, although it might have been helpful had they expressly said so, the Committee does not consider that the failure to do so is itself grounds to annul the Award.

(...)

149. The Committee considers that the lack of reference to the oral evidence of both parties is not a dereliction of the Tribunal’s duty to act fairly by respecting the right to be heard and ensuring equality of arms, but is in fact an illustration of exercising its judicial function of choosing which evidence it finds relevant and which it does not. The Committee cannot accept the Applicant’s allegation that the Tribunal ignored the oral testimony of Emlak officials that the Emlak Board’s decision to terminate the Contract was pretextual.

151. The second criticism directed at the Tribunal in relation to the oral evidence of Mr. Bayraktar is that the Tribunal, by failing to refer to it, failed in its duty to give reasons for its Award. A contrast is made with the Separate Opinion, which does address Mr. Bayraktar’s evidence.

152. The obligation for tribunals to give reasons for their decisions arises out of the overriding duty to afford the parties a fair hearing, guaranteed in Article 48(3) of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 47(1)(i), and reiterated in numerous decisions of ICSID *ad hoc* committees. In *Ruiz Torija v. Spain*, the ECtHR stated: ‘The Court reiterates that Article 6(1) [of the ECHR] obliges the Courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the Courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is

why the question whether a Court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case’.

153. It is the opinion of the Committee that these broad parameters apply equally to international tribunals constituted under the ICSID Convention. The depth and extent of the duty to give reasons will inevitably vary from one case to another. The duty is contextually sensitive and a tribunal’s reasons need not be extensive as long as its decision makes sense and enables the parties to know the strengths and weaknesses of their respective cases”.

Por lo que respecta a la tercera causa de anulación, que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde, la comisión de anulación recurrió a la jurisprudencia arbitral para perfilar su alcance:

“97. Under Article 48(3) of the ICSID Convention, a tribunal is under an obligation to state the reasons upon which its award is based. Failure to comply with this duty is a ground for annulment under Article 52(1)(e).

98. The purpose of a statement of reasons is to explain to the reader of the award, especially to the parties, how and why the tribunal reached its decision. Since the parties are the award’s primary addressees, it is not necessary for a tribunal to restate all their arguments and evidence. The parties will be familiar with the main issues before the tribunal, with the evidence that was before it and with the main legal arguments presented to it. Moreover, Article 48(3) does not require discussion of arguments without impact on the award.

(...)

104. Subsequent ad hoc committees have since adopted this standard. Therefore, an *ad hoc* committee does not need to be persuaded that the reasons given by the tribunal are correct or convincing. The function of reasons is to enable the reader to understand what motivated the tribunal. *Ad hoc* committees have consistently confirmed that ICSID Convention Article 52(1)(e) does not permit any inquiry into the quality or persuasiveness of reasons. *Ad hoc* committees may be dissatisfied with the adequacy of reasons, but provided the reasons meet the conditions set out in *MINE*, and confirmed in *Wena* and *Vivendi*, this will not be a ground for annulment.

105. It follows that reasons may be terse, summarizing a tribunal’s overall impression of evidence without evaluating it in detail. In particular, a finding that the record does not support a particular proposition may not require detailed reasoning. Absence of convincing evidence on a particular point is not a matter that needs discursive substantiation by a tribunal.

106. Even where reasons on a particular point are missing, an ad hoc committee may reconstruct missing reasons.

(...)

107. Other *ad hoc* committees have confirmed the possibility of reconstructing missing reasons. The task of reconstructing reasons includes looking at the record before the tribunal.

108. Therefore, an award is not subject to annulment if the reasons for a decision, though not stated explicitly, are readily apparent to the *ad hoc* committee. Implicit reasoning is sufficient as long as the committee can infer them reasonably from the terms and conclusions of the award as well as from the record before the tribunal. If the *ad hoc* committee can explain an award by clarifying reasons that may be only implicit, it may do so and need not annul.

109. Contradictory reasons will not enable the reader to understand a tribunal's motives and may amount to a failure to state reasons. On the other hand, discussion of conflicting or competing considerations should not lead an *ad hoc* committee lightly to assume contradiction.

(...)

111. In particular, reasoning that explores alternatives to a tribunal's decision should not be regarded as contradictory even if the alternative seems ruled out by the tribunal's primary finding. Reasoning based on "even if" arguments is not contradictory but demonstrates that the tribunal has looked also at other avenues of reasoning. For instance, if the tribunal finds that a claim must fail as a matter of jurisdiction or admissibility, it is not contradictory to add that the claim would have failed on the merits.

(...)

113. Open questions as to the meaning of an award do not find their remedy in annulment for failure to state reasons but, rather, in Article 50 of the ICSID Convention. That Article provides for the interpretation of an award in case there is a dispute between the parties about its meaning or scope. The possibility of an interpretation under Article 50 would make annulment under Article 52 a disproportionate remedy to deal with ambiguities left by the tribunal's reasoning. Nor is annulment the appropriate remedy in case of omissions and technical errors in the award. Under Article 49(2) of the ICSID Convention a tribunal may, upon the request of a party, supplement omissions in the award and rectify any clerical, arithmetical or similar error".

La solicitud de anulación también se centró en discutir el tratamiento proporcionado por el tribunal a la cuestión de la atribución al Estado de la conducta, que fue considerada por la parte solicitante como contradictoria y no suficientemente motivada. La comisión rechazó este argumento de la siguiente forma:

"213. The Committee observes that when the Tribunal analysed Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility, it expressed the view that "[p]lainly, the words 'instructions,' 'direction' and 'control' in Art. 8 are to be read disjunctively." The Tribunal was thus fully aware of the fact that it had to consider "whether any of the categories of 'instructions,' 'direction' or 'control' [were] met for the purposes of Art. 8." This, however, does not imply that the Tribunal could not have considered in parallel whether on evidence one of these "categories" was met, but had to do it successively for each and every category separately.

(...)

216. The Committee cannot agree with the Applicant that the Tribunal, while defining the standard for "control," made "no similar effort [...] to define the standards for 'instructions' or 'direction.'" It is beyond any doubt that the Tribunal looked not only at the text of Article 8 of the ILC Articles on State Responsibility, but also at the authoritative ILC Commentary that accompanies these Articles. Having been inspired by

the Commentary, the Tribunal formulated the required standard. It stated that “the relevant enquiry remains whether Emlak was being directed, instructed or controlled by TOKI with respect to the specific activity of administering the Contract with Tulip JV in the sense of sovereign direction, instruction or control.”

(...)

218. In the view of the Committee, there was no need for the Tribunal to define the terms “instruction” or “direction,” as their ordinary meaning is rather clear. “Instruction” can be understood as “making known to a person what he is required to do” or to give “an order.” “Direction” is defined as an “authoritative guidance, instruction,” as “instructing how to proceed or act aright.” What the Tribunal needed was the evidence that State officials told or gave orders or authoritative guidance to, Emlak that it had to terminate the Contract with Tulip in the State interest.

219. While the Tribunal admitted that “[t]here [was] some limited evidence supporting the Claimant’s contention that the decision to terminate the Ispartakule III Contract was connected to TOKI and the exercise of its public power,” it, however, having looked at the evidence, “consider[ed] that [its] weight [...] is strongly to the contrary,” showing “that the decision to terminate the Contract with Tulip JV was made by the Board of Emlak independently, in the pursuit of Emlak’s commercial interests, and not as a result of the exercise of sovereign power by TOKI.” In the Committee’s view, the quoted passages do not reveal “a conceptual flaw in the Tribunal’s reasoning,” as asserted by the Applicant. It is not unusual that in the exercise of judicial or arbitral functions a court or a tribunal finds some elements of the evidentiary record indicating one possible direction/conclusion, but other elements indicating a different direction/conclusion. It is for a court or a tribunal to weigh the evidence in accordance with the principle of free assessment of evidence in order to reach, on the balance of that evidence, its conclusions.

220. This is what the Tribunal did in this case. It is not difficult to follow its reasoning, including that relating to attribution on the basis of instruction or direction. The Tribunal explains that it “analys[ed] the content and nature of key decisions taken by Emlak’s Board with respect to the Contract, including minutes and agenda papers.” The Tribunal explicitly refers in footnotes 336-340 to specific documents on the basis of which it reached its conclusion. In relation to, as the Tribunal called it, “[t]he central act [...] with respect to which the Claimant [sought] compensation,” namely, the termination of the Contract, the Tribunal again refers to a number of documents (including quoting one of them). In light of the above, the Committee is satisfied that the Tribunal’s finding on the lack of attribution of Emlak’s conduct in terminating the Contract to the Respondent on the basis of an alleged instruction or direction is sufficiently reasoned”.

En cuanto a la distribución de las costas procesales y el pago de los honorarios de abogados, al haber descartado completamente los argumentos de la solicitante de anulación la comisión le asignó al inversor extranjero las costas procesales, mientras que impuso a cada parte los honorarios de sus abogados:

“230. The Committee has rejected the Application. The Applicant has, however, requested that in case the Award is not annulled, the Committee divides the ICSID Costs equally between the parties. Although Regulation 14(3)(e) – stating that the Applicant shall be solely responsible for making the advance payment – is without prejudice to the right of the Committee in accordance with Article 52(4) of the ICSID Convention to decide how and by whom the ICSID Costs shall be paid, the Committee does not see any compelling reason to divide these costs equally between the parties. As the ad hoc Committee in *M.C.I. Power v. Ecuador* stated, “[a] consequence of this rule [Regulation

14(3)(e)], which imposes on the party who applies for annulment the financial burden of advancing the costs, should normally be that the Applicant, when annulment is refused, remains responsible for these costs.” The Committee therefore decides that Tulip has to bear all of the ICSID Costs.

231. The Committee does not share the Respondent’s view that the “annulment application [...] was always destined to fail, and indeed frivolous.” The Applicant raised a number of worthwhile points that required the Committee’s detailed consideration. The Committee also has to acknowledge that the Applicant and its Counsel pursued the annulment proceeding in a professional and courteous way. In view of these factors, the Committee decides that each party shall bear its own costs for legal representation and expenses incurred in this annulment proceeding”.

A tenor de los casos examinados en la presente crónica se aprecia cómo las comisiones *ad hoc* de anulación están siendo cada vez más sensibles al resultado final del procedimiento de anulación como criterio determinante a la hora de imponer todas las costas procesales o un porcentaje mayor de las mismas a la parte que ha sido derrotada en este procedimiento. Asimismo, se constata el limitado y reducido porcentaje de arbitrajes de inversiones donde este tipo de recurso prospera.

## **VI. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES<sup>12</sup>**

Durante el año 2015 ha habido constancia de un inusitadamente elevado número de solicitudes de ejecución forzosa de laudos arbitrales de inversión ante tribunales de varios Estados. Por su trascendencia práctica y en coherencia con anteriores crónicas (*REEI*, vol. 27, pp. 77-80; y vol. 29, pp. 108-112) centraremos nuestro análisis en varios casos decididos por tribunales federales de los Estados Unidos de América tanto en casos CIADI como en casos no CIADI. Sin duda, los tribunales estadounidenses se han convertido en referencia en la ejecución de laudos de inversiones (sobre todo contra Estados soberanos) y no parece que esta moda o tendencia vaya a decaer, habida cuenta del respeto de los tribunales estadounidenses a lo decidido por los tribunales arbitrales y sin perjuicio de la inmunidad de ejecución de bienes soberanos extranjeros localizados en el territorio estadounidense. Además, comentaremos una interesante decisión tomada en Argentina en torno a un laudo CIADI, toda una novedad en un Estado que hasta hace poco tenía una actitud de total incumplimiento de laudos condenatorios en su contra (ver anteriores crónicas en *REEI*, vol. 25, pp. 84-90; y vol. 27, pp. 80-83). Señalaremos también que con cada vez más frecuencia asistimos a batallas jurídicas multijurisdiccionales con intentos de ejecución forzosa de los laudos en varios Estados mientras está pendiente de resolución la anulación del laudo, incluso estando decretada la suspensión de esa ejecución por alguna autoridad.

A modo de introducción conviene recordar (ver *REEI*, vol. 27, p. 74) que en el arbitraje de inversión conviven dos realidades jurídicas. Por un lado, el arbitraje CIADI, en el que los laudos arbitrales que contienen condenas pecuniarias gozan de un mecanismo de ejecución forzosa privilegiado en los 152 Estados Contratantes del Convenio de

---

<sup>12</sup> Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

Washington de 18-3-1965, sin executur previo del laudo. Por otro lado, el arbitraje no CIADI, al que quedan sujetos los demás laudos arbitrales (incluidos los del Mecanismo Complementario del CIADI), que son asimilados a los laudos de arbitrajes de derecho privado y requieren el previo executur del laudo bajo el Convenio de Nueva York de 10-6-1958 (o texto más favorable, en su caso, como algunas legislaciones nacionales de arbitraje, tal y como permite el artículo V del Convenio de Nueva York). La distinción es importante, a los efectos del grado de control que los tribunales estatales pueden ejercer sobre el laudo que se trata de ejecutar en su territorio y, por tanto, de las consideraciones jurídicas vertidas en las resoluciones judiciales dictadas al efecto sobre el Convenio CIADI y el Convenio de Nueva York.

## 1. Ejecuciones de laudos CIADI

### A) Práctica en los Estados Unidos de América

Interesa destacar, en primer lugar, la ejecución del laudo arbitral en el caso *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/07/27), cuya decisión sobre la solicitud revisión presentada por Venezuela también se comenta en esta crónica (pp. 73-79). En concreto, en este epígrafe se estudia la decisión tomada por la *United States District Court for the Southern District of New York* de 13-2-2015. Esta decisión fijó un criterio de actuación de especial interés para sucesivas solicitudes de ejecución forzosa de laudos CIADI (al menos en el circuito federal al que pertenece Nueva York) y tuvo su eco en una serie de decisiones tomadas por otros tribunales estadounidenses en torno a la ejecución del laudo dictado en el caso *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania* (caso CIADI nº ARB/05/20), como veremos posteriormente.

La disputa de *Mobil* surgió de la expropiación por Venezuela de los intereses de compañías petroleras filiales de la estadounidense *ExxonMobil*, que reclamaron al amparo del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela. El 9-10-2014 el tribunal arbitral emitió un laudo por el que condenó a Venezuela al pago de más de 1.600 millones de dólares más intereses. Al día siguiente las demandantes consiguieron que la *District Court* de Nueva York despachara *ex parte* la ejecución forzosa del laudo contra Venezuela. Venezuela reaccionó, por un lado, solicitando la anulación de esa decisión judicial y, por otro lado, pidiendo al tribunal arbitral la revisión del laudo (con suspensión de la ejecución) por cuanto entendía que el laudo se solapaba parcialmente con la suma obtenida por otras compañías filiales de *ExxonMobil* en un procedimiento arbitral paralelo contra *PDVSA*, la compañía estatal de petróleo de Venezuela.

Los motivos esgrimidos por Venezuela a favor de la anulación de la decisión inicial de la *District Court* fueron dos: 1) que las demandantes no podían utilizar ciertas normas procesales del Estado de Nueva York, que permiten el despacho *ex parte* de la ejecución forzosa de laudos, por contravenir la legislación estadounidense dictada *ex profeso* en 1966 para la ejecución de laudos arbitrales del CIADI (*Investment Disputes Act*, 22 U.S.C. §1650a, en adelante *IDA*); y 2) que la *Foreign Sovereign Immunity Act* (en

adelante, *FSIA*) de 1976 prevalece sobre la *IDA* en cuanto a la notificación y otros requisitos procesales a favor de los Estados soberanos previos al despacho de ejecución.

En el primer caso (despacho *ex parte* de la ejecución forzosa), la *District Court* señaló correctamente, haciéndose eco de las consideraciones del Colegio de Abogados de Nueva York en su interesante *Report* de 2012 sobre reconocimiento y ejecución de laudos CIADI<sup>13</sup>, las peculiaridades que presenta la ejecución de las obligaciones pecuniarias contenidas en los laudos CIADI por contraposición con otros tipos de laudos:

“In this respect, ICSID awards are more secure from attack than awards from other arbitral institutions. Other arbitral awards, whether governed by a statute or an international treaty, are subject to substantive review, albeit limited.

ICSID awards, however, can and are expected to be recognized and enforced in national courts (...) Considered together, Articles 54 and 55 provide that, for contracting states, recognition of ICSID awards is compulsory, whereas the later execution of assets to satisfy such an award is subject to contracting states’ domestic laws, which may vary”.

La *District Court* examinó el texto del artículo 1650.a) y consideró que no establece expresamente el mecanismo procesal para convertir el laudo arbitral “*into a federal judgment*” para su ejecución posterior:

“(a) Treaty rights; enforcement; full faith and credit; nonapplication of Federal Arbitration Act

An award of an arbitral tribunal rendered pursuant to chapter IV of the convention shall create a right arising under a treaty of the United States. The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States. The Federal Arbitration Act (9 U.S.C. § 1 et seq.) shall not apply to enforcement of awards rendered pursuant to the convention”.

La *District Court* examinó después los cinco casos CIADI en los que alguna de las partes había pedido la ejecución *ex parte* de los respectivos laudos ante la misma *District Court* (*LETCO c. Liberia* en 1986, *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina* en 2007, *Siag c. Egipto* en 2009 y *Granada c. Grynberg* en 2011) y determinó que no existía ningún inconveniente en que se realizara sin notificación previa al Estado ejecutado, siguiendo en particular el artículo 54 de las *Civil Practice Law and Rules (CPLR)* del Estado de Nueva York, tal y como otro juez de la misma *District Court* había sugerido en *Siag c. Egipto*. A efectos informativos señalaremos que mediante este mecanismo el acreedor tiene que registrar el laudo y notificarle la solicitud de ejecución al deudor en un plazo de 30 días; demostrada la notificación, el acreedor tiene que

---

<sup>13</sup> New York City Bar, *Report by the Comm. on International Commercial Disputes: Recommended Procedures for Recognition & Enforcement of International Arbitration Awards Rendered Under the ICSID Convention*, disponible en [http://www2.nycbar.org/Publications/reports/index\\_new.php?type=subject&alpha=I](http://www2.nycbar.org/Publications/reports/index_new.php?type=subject&alpha=I) (consultada: 4-5-2016).

esperar otros 30 días antes de la ejecución forzosa del laudo. Y en ningún caso se efectúa una revisión del contenido material del laudo:

“It is undisputed that there is a statutory gap. The ICSID Convention directed contracting states to recognize and enforce the pecuniary obligations of ICSID awards once the creditor had furnished a national court with a certified copy of its award (...). And the enabling statute—although addressing enforcement of an award—is silent as to the antecedent process by which the award is converted into an enforceable U.S. federal court judgment.

There is compelling authority supporting filling this statutory gap by looking, as Judge Castel did in *Siag*, to the law of the forum state. The Rules of Decision Act states that “[t]he laws of the several states, except where the Constitution or treaties of the United States or Acts of Congress otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in civil actions in the courts of the United States, in cases where they apply.” 28 U.S.C. § 1652.

The decisive issue instead is whether there is “a significant conflict between some federal policy or interest and the use of state law.” (...). Venezuela identifies no such federal interest. On the contrary, using the streamlined recognition procedure in CPLR Article 54 effectuates the policy interests underlying the ICSID enabling statute, because, by facilitating conversion of an ICSID award to a judgment, it facilitates granting “full faith and credit” to the award and enables the creditor to move towards enforcing it. As Judge Castel noted, § 1650a’s directive that ICSID awards be given “full faith and credit” reflects that Congress, like the ICSID Convention that it was implementing, intended that ICSID awards be expeditiously recognized, free from substantive review”.

La *District Court* rechazó de plano la afirmación de Venezuela de que la ejecución de un laudo en semejantes términos podría ofender la *foreign comity* debida por los Estados Unidos a otros Estados extranjeros:

“Under the ICSID Convention, the ICSID recognition process is entirely non-substantive. Beyond confirming that the ostensible award did in fact issue from ICSID, a court presented with an application for recognition is not empowered to re-assess the merits of the award—it does not sit as a court of appeals and is not empowered to undertake substantive review. The only venue in which a party can challenge the merits of such an award is ICSID itself. (...) Symbolism aside, a foreign party has no valid ground to claim offense at a streamlined recognition procedure. And, as more fully demonstrated below, an expectation underlying the ICSID Convention was that awards would be expeditiously recognized in contracting states”.

En el segundo caso (prevalencia de la *FSIA* sobre la *IDA*), Venezuela alegó que la *FSIA* tenía un carácter preeminente en el sentido de establecer requisitos específicos en los procedimientos de ejecución de laudos CIADI cuando el ejecutado fuera un Estado soberano. Tras recordar el origen y los fundamentos de la *FSIA*, la *District Court* rechazó igualmente esta objeción en varios pasos. Para empezar, la *District Court* concluyó que existen dos disposiciones en la *FSIA* que le otorgan competencia para conocer de la solicitud de ejecución forzosa del laudo contra Venezuela, en ambos casos como excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En primer lugar, el artículo 1605.a.6.B) en cuanto a laudos arbitrales se refiere:

“The first is for arbitral awards. It states: “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case . . . in which the action is brought . . . to confirm an [arbitration] award . . . if . . . the . . . award is . . . governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards.” 28 U.S.C. § 1605(a)(6)(B). Section 1605(a)(6)(B) applies here, because the ICSID award against Venezuela was governed by a treaty, the ICSID Convention, “calling for the recognition and enforcement of arbitral awards””.

En segundo lugar el artículo 1605.a.1) en cuanto a la renuncia implícita del Estado a su inmunidad de jurisdicción:

“The second exception is for implied waivers by the foreign sovereign. It provides: “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case . . . in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication.” 28 U.S.C. § 1605(a)(1). Section 1605(a)(1) applies here, because Article 54 of the ICSID Convention represents such a waiver: Each contracting state is obliged to “recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories.””

La *District Court* se atrevió incluso a señalar una tercera disposición, el artículo 1604, en cuanto a los tratados internacionales en vigor a la fecha de promulgación de la *FSIA*:

“Section 1604—the provision which confers sovereign immunity—itsself textually exempts existing treaty obligations. It states: “Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act[,] a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.” (...). The ICSID Convention was such a preexisting international agreement. It, and the enabling statute, predated the *FSIA* by a decade. The italicized opening clause of § 1604, by its terms, leaves in place—and reflects Congress’s intention not to disturb—the provisions of the ICSID Convention and enabling statute that contemplated domestic lawsuits against foreign sovereigns to enforce arbitral awards.”

A continuación, la *District Court* ventiló el argumento de Venezuela de que, al presentar *Mobil* su solicitud *ex parte*, incumplió requisitos de la *FSIA* sobre notificaciones y el foro con competencia judicial internacional para conocer del caso. En cuanto a la notificación previa, la *District Court* reconoció que existen en la *FSIA* procedimientos tasados de notificaciones a un Estado soberano que no se cumplieron para que el tribunal tuviera *personal jurisdiction* sobre Venezuela. En cuanto al foro, la *District Court* también reconoció que la ley establece que la solicitud de ejecución forzosa del laudo se debe presentar ante la *United States District Court for the District of Columbia* en Washington, D.C., salvo que exista un tribunal más estrechamente vinculado (como el que radica donde existe una parte sustancial de los bienes objeto de la acción de ejecución). En consecuencia, la *District Court* dedicó una buena parte de su decisión a justificar su competencia analizando la compatibilidad entre la *FSIA* y la *IDA* (respectivamente de 1976 y 1966). La *District Court* concluyó que exigir un juicio plenario para el reconocimiento y ejecución de laudos CIADI entraría “in significant tension with the intentions of the Convention and the enabling statute as to the process of recognition”. La *District Court* comparó con detalle los regímenes de reconocimiento

y ejecución previstos en el Convenio CIADI y el Convenio de Nueva York, entendiendo que el sistema CIADI se aparta considerablemente del régimen de ejecución del Convenio de Nueva York. Debemos destacar las siguientes conclusiones de la *District Court*:

“Article 54 is directed to contracting states. As noted, it requires them to recognize an ICSID award “as binding” and to enforce the award’s pecuniary obligations “as if it were a final judgment of a court in that State.” (...) There are no exceptions to the contracting state’s duty to recognize the award. Article 54 also directs that “[a] party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish” to a competent court a certified copy of the award. (...) Such a court therefore is to review only the award’s authenticity; recognition thereafter is mechanistic and effectively “automatic.” (...) Article 54 also provides that, after recognition, execution is governed by the domestic laws “in the State in whose territories such execution is sought.”

Articles 53 through 55 of the ICSID Convention thus represented a considered decision to depart fundamentally from the New York Convention, in denying courts any power to review the parties’ agreement to arbitrate, to decline to hear particular types of cases, and, most salient here, to refuse to recognize ICSID awards.

As noted, Congress enacted § 1650a in 1966 to implement the ICSD Convention. In mandatory terms, it provides that the pecuniary terms of an ICSID award “shall be enforced.” And two other aspects of the statute’s text reflect Congress’s expectation, in accord with the ICSID Convention, that ICSID award recognition would be non-substantive and automatic.

First, § 1650a uses a phrase conspicuously absent from Chapter 2 of the FAA, the enabling statute for the New York Convention. It requires that an ICSID award be given “full faith and credit”: “The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States.” Congress’s use of “full faith and credit” in the ICSID enabling statute is significant, because that term has an acquired meaning. It tracks the full faith and credit provision of the Constitution, see U.S. Const. art. IV, § 1. That provision, in turn, makes final the determinations of sister states, such that, subject to exceptions inapplicable here, no attack can be made outside a state on a judgment rendered therein.

Section § 1650a’s use of “full faith and credit” is significant for another reason. Under the full faith and credit doctrine, for a sister state’s judgment to be recognized, it is not necessary that there be personal jurisdiction over the judgment debtor in the recognizing court. Instead, a mechanistic process of interstate registration is commonly used. It is reasonable to assume that, when Congress used the term “full faith and credit” in the ICSID enabling statute, it intended to adopt the familiar meaning of this term of art.”

Second, the ICSID enabling statute provides: “The Federal Arbitration Act (9 U.S.C. § 1 et seq.) shall not apply to enforcement of awards rendered pursuant to the convention.” 28 U.S.C. § 1650a. Chapter 2 of the FAA, as noted, implemented the New York Convention. Section 1650a thereby reflected Congress’s intention that the New York Convention, which provided for limited substantive review of—and the right of the award debtor to challenge—arbitral awards would not apply to the enforcement of ICSID awards.

When considered in light of the foregoing history and text, Venezuela’s claim that the FSIA should be read to require an award creditor to bring a plenary lawsuit to recognize

an ICSID award is, therefore, deeply problematic. Venezuela's construction would bring the FSIA into grave tension with the objectives of the ICSID Convention and of Congress. That is because the history and terms of the ICSID Convention unavoidably reveal that the contracting states to the ICSID Convention intended to put in place an expedited and automatic recognition procedure. They sought to depart from, not to double down on, the model of a contested recognition process used under the New York Convention.

And if Venezuela were taken instead simply to advocate the use under the ICSID Convention of the procedures used under the New York Convention, that notion, too, would be at odds (...) also with Congress's intent: Congress's use of the term "full faith and credit" in the ICSID enabling statute, and § 1650a's proviso that the FAA's enforcement procedures were not to apply to ICSID awards, reveals that it, too, intended that an ICSID award be automatically recognized, not subject to contested litigation. Accordingly, although the ICSID enabling statute does not affirmatively prescribe the procedures to be used for domestic recognition of an ICSID award, the words it does use are highly revealing. When understood in historical context, they underscore Congress's expectation that award recognition would be automatic and not subject to contest".

Notaremos, finalmente, que tras realizar todo el anterior análisis la *District Court* se detuvo a valorar la situación procesal del laudo CIADI y su impacto sobre la solicitud de ejecución forzosa. En este sentido, teniendo en cuenta que Venezuela había solicitado la revisión del laudo y había conseguido la suspensión de la ejecución (no se resolvería hasta el 12-6-2015; mientras tanto, Venezuela también solicitó la anulación del laudo ante el propio CIADI el 9-2-2015, que está pendiente a la fecha de cierre de esta crónica), la *District Court* entendió que debía suspender la ejecución:

"The prudent solution is for the Court, pending the outcome of Venezuela's application for revision, to stay enforcement of the Part One judgment. (...) As Mobil acknowledged, under the FSIA, it cannot, in any event, attach Venezuelan assets without judicial permission. (...) The Court, accordingly, stays enforcement of the Part One judgment, pending the resolution of the application currently pending before ICSID".

Como dijimos anteriormente, la decisión en *Mobil* de 13-2-2015 fue tenida en cuenta unos meses después al instarse por duplicado la ejecución forzosa del laudo arbitral dictado el 11-12-2013 (116 millones de dólares estadounidenses más intereses) en el caso *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania* (caso CIADI nº ARB/05/20) también ante tribunales estadounidenses, con resultados totalmente contradictorios en cuanto a si una petición de ejecución forzosa *ex parte* de un laudo CIADI es compatible con el artículo 1650.a). De manera común a ambos supuestos recordaremos que Rumania solicitó en 2014 la anulación del laudo y la suspensión de la ejecución y, dado que no atendió a la petición de la comisión *ad hoc* del CIADI de prestar caución para el mantenimiento de la suspensión, la comisión *ad hoc* levantó la suspensión de la ejecución con efectos desde el 7-9-2014 (la comisión *ad hoc* finalmente no ha anulado el laudo en su decisión de 26-2-2016).

Por un lado, la acción de ejecución del laudo iniciada por el demandante Viorel Micula fue desestimada por la *District Court for the District of Columbia* mediante decisión de 18-5-2015. El demandante se basó en jurisprudencia de la *District Court for the Southern District of New York* (incluida, de manera sobrevenida, el caso *Mobil*) y adujo

la aplicación de la *District of Columbia Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act* (D.C. Code § 15-352), equivalente *mutatis mutandis* a la *CPLR* de Nueva York, para permitir la ejecución de un laudo CIADI *ex parte* en el Distrito de Columbia.

Visto el silencio del artículo 1650.a) sobre cómo “a federal court should convert an ICSID arbitration award into a federal court judgment”, la *District Court* constató que el tribunal federal de Nueva York sí está ejecutando laudos CIADI *ex parte* contra Estados, pero recordó que no había pronunciamientos de tribunales de apelación al respecto (a efectos de sentar jurisprudencia) y que en otro caso previo en el Distrito de Columbia (*Continental Casualty c. Argentina*) la misma *District Court* había abogado por un procedimiento plenario, no *ex parte*. En este sentido, en *Viorel Micula* la *District Court* se alineó con la línea marcada en *Continental Casualty* e indicó que el demandante tendría que plantear una solicitud de ejecución forzosa del laudo con notificación previa a Rumania siguiendo la *FSIA*:

“This court has considered the competing interpretations of section 1650a and concludes that the court’s reading of the statute in *Continental Casualty Co.* is more consistent with its text and structure. The text of section 1650a expressly requires federal courts to treat ICSID awards in the same manner as “state court judgments.” 22 U.S.C. § 1650a. Notably, the statute uses only the verb “enforce” as it relates to state court judgments; it does not use the verbs “confirm” or “recognize.” That word choice is consistent with the procedural rule that “the proper treatment of a state court judgment by a federal court is not recognition, or registration, but enforcement.” *Cont’l Cas. Co.*, 893 F. Supp. 2d at 753 (“In the federal courts, ‘a judgment of a state court may be sued on as a cause of action in a federal court having jurisdiction.’”)

(...)

Because the plain language of the ICSID enabling statute requires arbitral awards and state court judgments to be treated in a parallel manner, it follows that ICSID awards were intended to be enforced by plenary actions.

This reading is consistent with other parts of section 1650a. For instance, in subsection (a) of the statute, Congress expressly stated that the “Federal Arbitration Act (9 U.S.C. 1 et seq.) [FAA] shall not apply to enforcement of awards rendered pursuant to the convention.” 22 U.S.C. 1650a(a). Section 9 of the FAA, which Congress enacted before 22 U.S.C. 1650a,7 is entitled “Award of arbitrators; confirmation; jurisdiction; procedure” and permits a prevailing party to “confirm” an arbitration award in federal court. 9 U.S.C. § 9 (emphasis added). Thus, when enacting the ICSID Convention’s enabling statute, Congress was keenly aware that domestic arbitration awards could be confirmed, but elected not to use that procedure for ICSID awards.

Requiring an ICSID awardee to file a plenary action also is consistent with subsection (b) of section 1650a. That subsection provides that federal courts “shall have exclusive jurisdiction over actions and proceedings under subsection (a) of this section, regardless of the amount in controversy.” (...) The use of the words “actions” and “proceedings” strongly connotes a congressional intent to domesticate ICSID awards through a plenary action, rather than *ex parte* confirmation or recognition.

Finally, the court finds later-enacted legislation to be instructive and to further support the court’s reading of section 1650a. (...). In 1970, only four years after it enacted enabling legislation for the ICSID Convention, Congress passed an enabling statute for

another international dispute resolution convention, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“Foreign Arbitral Awards Convention”) (...). Regarding such arbitral awards, Congress provided that “any party to the arbitration may apply to any court having jurisdiction under this chapter for an order confirming the award as against any other party to the arbitration.” 9 U.S.C. § 207 (emphasis added). The Foreign Arbitral Awards Convention enabling statute clearly demonstrates that when Congress wants to permit ex parte confirmation of a foreign arbitration award it knows how to do so. That only four year earlier Congress chose not to include such a process in the ICSID enabling statute is strong evidence that Congress did not intend for parties who had won ICSID awards to confirm such awards. Accordingly, the court concludes that Petitioner Micula must file a plenary action under section 1650a to convert his ICSID award into an enforceable judgment in this court”.

La *District Court* consideró oportuno argumentar que su interpretación no era contraria a las obligaciones internacionales contraídas por Estados Unidos al convertirse en Estado contratante del Convenio CIADI en cuanto a la ejecución de los laudos:

“The court’s interpretation of section 1650a does not conflict with, or abrogate in any way, the United States’ obligations under the ICSID Convention. (...). To be certain, Article 54 of the ICSID Convention obligates the United States to both “recognize” and “enforce” ICSID awards “as if it were a final judgment of a court in that State.” ICSID Convention art. 54. But the Convention does not obligate its contracting states to adopt any specific method for fulfilling those obligations. See generally id. § 6, arts. 53-55 (articles concerning “Recognition and Enforcement of the Award”). Rather, Article 54(3) contemplates that “the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.” Id. art. 54(3). And, in the case of “[a] Contracting State with a federal constitution,” Article 54(1) specifies that an award may be enforced “through its federal courts” and that the Contracting State “may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.” Id. art. 54(2). The ICSID Convention anticipates that a Contracting State with a federal constitution, such as the United States, can elect to treat an ICSID award as a final judgment of a constituent state court. That is precisely what section 1650a does. Thus, requiring an ICSID award winner to file a plenary action to recognize and enforce the award does not in any way conflict with the United States’ obligations under Article 54 of the Convention”.

Por el contrario, la acción de ejecución del laudo iniciada por Ioan Micula y otro ante la *District Court for the Southern District of New York* fue estimada mediante decisiones de 21-4-2015 y 28-4-2015, que fueron confirmadas por la decisión de 5-8-2015 que aquí comentamos (a su vez confirmada por decisión de 3-9-2015). La *District Court* de Nueva York rechazó tanto los argumentos de Rumania como de la Comisión Europea (que intervino en el procedimiento arbitral actuando como *amicus curiae* para frenar a toda costa la ejecución del laudo arbitral que, a su juicio, constituiría ayuda de Estado contraria al Tratado de Funcionamiento de la UE)<sup>14</sup>.

Respecto de los argumentos de Rumania, enfocados a la interpretación del artículo 1650.a), la *District Court* siguió sin reservas el razonamiento del mismo tribunal en *Mobil* unos meses antes:

---

<sup>14</sup> Véase Decisión (UE) n° 2015/1470 de la Comisión, de 30-3-2015 relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumania Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11-12-2013 [notificada con el número C(2015) 2112] (DO L 232, de 4-9-2015, p. 43).

“As fully discussed in *Mobil*, given the spirit of the ICSID Convention (to which the United States is a party), the language of its enabling statute, the clear exceptions to the FSIA that apply and precedent in this District, the expensive and time-consuming process of a plenary proceeding to recognize an ICSID award in the United States is unnecessary as a matter of law.

Three provisions of the ICSID Convention are relevant here. Article 53 provides that “award[s] shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention.” (...) This provision is directed to the arbitrating parties, here the Petitioners and Romania. See *Mobil*, 2015 WL 631409 at \*20. Article 54, directed to the contracting states, including the United States, provides that their national courts “shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.” (...) The review of the award is limited to its authenticity and is otherwise mechanistic and “automatic.” *Mobil*, 2015 WL 631409, at \*20. Finally, Article 55 preserves procedural safeguards for an award debtor at the execution stage: “Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.” (...) Accordingly, a judgment debtor’s rights “to challenge the award substantively before ICSID and to resist attachment or execution in the United States to the extent assets are found here (...) are unaffected by the recognition process” contemplated by Article 54. *Mobil*, 2015 WL 631409, at \*10.

Recognition is a matter in which a court has no discretion once it determines that an award is authentic. Romania does not dispute the authenticity of the Award. As Article 53 of the ICISD [sic] Convention unambiguously states, awards “shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.” (...) Here, ICSID has lifted the temporary stay of enforcement. Accordingly, there is little for a court in an ICSID member state to do other than confirm the Award.

Despite invocations of procedure and the FSIA, Romania’s submissions on this motion make clear that its actual challenge is to the Award itself. Romania objects that it cannot pay out the damages under the Award because the Commission forbids it from doing so. In effect, it objects that the Award is illegal. But that argument is not a basis on which district courts can deny recognition of ICSID awards. Indeed, there can be no substantive review of an ICSID award in this court. Romania’s only venue for advancing that argument is at ICSID’s annulment proceeding, which is already underway. If the award is annulled by ICSID, this Court can then give Romania the relief it seeks by recognizing the annulment and vacating the April 28 Judgment at issue. (...) Until then, Romania can get no relief here from the ICSID Award, and no stay is warranted during the pendency of the annulment proceeding”.

No dejaremos pasar la oportunidad de comentar que la *District Court* de Nueva York también rechazó los argumentos de la Comisión Europea enfocados a conseguir la anulación de la decisión de ejecución forzosa para dar primacía a su decisión de 30-3-2015 sobre ayudas de Estado. En cuanto a la *international comity*, entendida como “the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience” y supuestamente debida por Estados Unidos, la *District Court* rechazó la

idea de remitir a las partes a la resolución que del caso pueda llegar a dar el Tribunal de Justicia de la UE:

“The Commission’s proceedings in Europe are not sufficiently “parallel” for purposes of international comity. The narrow issue here is the recognition of the ICSID Award. Because neither the substance nor the enforcement of the Award is at issue here, the proceedings are not substantially parallel to justify the extraordinary remedy of abstention.

Further, international comity should not stay a court’s hand in a proceeding like this one that seeks only recognition of an arbitration award. A party with an ICSID award can convert it into a judgment in any member state. As a party to the ICSID Convention, the United States has a compelling interest in fulfilling its obligation under Article 54 to recognize and enforce ICSID awards regardless of the actions of another state. To do otherwise would undermine the ICSID Convention’s expansive spirit on which many American investors rely when they seek to confirm awards in the national courts of the Convention’s other member states”.

Respecto de la doctrina del acto de Estado, la *District Court* entendió que no aplicaba al caso:

“First, “the act of state doctrine provides foreign states with a substantive defense on the merits.” (...) The E.U. is not a party and cannot raise this defense. Romania has waived the argument by failing to raise it in its opening brief. Second, even on the merits, the doctrine is inapposite. As the Supreme Court explained, the act of state doctrine “merely requires that, in the process of deciding, the acts of foreign sovereigns taken within their own jurisdictions shall be deemed valid.” (...). The narrow issue here is the recognition of the Petitioners’ ICSID Award. In recognizing that award, no act of any sovereign has been deemed either relevant or invalid”.

Finalmente, la *District Court* rechazó igualmente la aplicabilidad de la llamada *foreign sovereign compulsion doctrine*:

“The Commission finally argues that the so-called “foreign sovereign compulsion” doctrine mandates vacatur. “The doctrine of foreign sovereign compulsion has evolved as a principle under international law to reduce the hardship placed on parties caught between the conflicting demands of more than one nation. Essentially, a party invoking the defense claims, ‘I did it, but I’m not guilty because the government made me do it.’” (...).

Assuming that (1) a sovereign like Romania could invoke the defense as the Commission argues and (2) Romania did in fact timely invoke the defense, it would nonetheless be unavailing. The Commission argues that Romania must comply with its obligations as an E.U. Member State, including the prohibition from paying Petitioners under the Award. First, any “compulsion” by the E.U. is offset by Romania’s voluntary submission to the ICSID process through its treaty with Sweden. Second, whether Romania must pay is not at issue in this proceeding and should be raised instead during proceedings to enforce the Award”.

## B) Práctica en Iberoamérica

Merece la pena hacer una breve referencia a la sentencia de 18-8-2015 emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina en el asunto *CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. s/ pedido de quiebra (por República de Perú)*. El caso derivaba de la solicitud de concurso instada por la República de Perú contra CCI, una empresa argentina que había demandado al Estado bajo el APPRI celebrado entre Argentina y Perú (firmado el 10-11-1994) en el caso *Convial Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/10/2). El litigio ante el CIADI terminó mediante laudo de 21-5-2013 por el que fueron rechazadas todas las peticiones de las demandantes, que fueron a su vez condenadas al pago de más de 2 millones de dólares estadounidenses en costas. Perú trató de ejecutar el laudo contra CCI en Argentina.

La sentencia tiene su interés porque muestra la posición de la Cámara Nacional de Apelaciones a favor de la ejecución de laudos CIADI sin presentación de una solicitud previa de ejecución, como resulta claro de los artículos 53-55 del Convenio CIADI. Como es sabido, Argentina tuvo durante años una posición sumamente recalcitrante contra el cumplimiento de laudos de inversión condenatorios por las medidas de emergencia económica adoptadas en 2001-2002, exigiendo que los acreedores solicitaran formalmente la ejecución de los laudos ante los tribunales argentinos. Finalmente, y ante fuertes presiones internacionales, Argentina se avino a pagar muchos de esos laudos (ver anteriores crónicas en *REEI*, vol. 25, pp. 84-90; y vol. 27, pp. 80-83).

En su sentencia la Cámara Nacional de Apelaciones revocó el pronunciamiento de un juez de grado que había rechazado la solicitud de concurso de CCI instada por Perú porque ésta no había pedido el ejecución previo del laudo CIADI. Entre sus consideraciones conviene destacar las siguientes:

“En cuando a su ejecución y reconocimiento, [el art. 54.1 del Convenio] establece que todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado con forme a ese Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran (art. 54.1.). Disponiendo que, la parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General (art. 54.2.). Finalmente, establece que el laudo se ejecutara, de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (art. 54.3.).

De su lado, las normas del convenio establecen que los laudos son obligatorios para las partes, bastando para su reconocimiento y ejecución la presentación de una copia certificada de él ante el tribunal o autoridad competente que cada Estado contratante designe a ese propósito (...).

En esa misma línea, se ha dicho que no se requiere el exequátur a las sentencias emergentes de disputas en materia de inversión dentro del sistema Tratado Bilateral de Inversión mas CIADI, probablemente en la línea de ideas que no las consideraría “sentencias extranjeras” sino “sentencias internacionales”, en tanto dictadas dentro de un marco de arbitraje al que se arriba en función de una convención internacional activada por un tratado bilateral entre Estados soberanos a los que se les aplica el principio *pacta sunt servanda* (...)

Así, de las normas continentales en el Convenio citado, surge que, en principio, un laudo dictado conforme el procedimiento CIADI, no requiere del trámite del exequátur para ser ejecutado. Por ende, al haberse adherido la República Argentina a dicho convenio, hizo renuncia al procedimiento de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos que emitiera un tribunal de arbitraje constituido bajo las reglas de CIADI.

En ese marco, al haberse adjuntado en autos copia certificada del laudo del cual surge la obligación de la accionada de abonar las costas a la peticionante de la quiebra, estima esta Sala que no cupo rechazar el presente pedido de quiebra como lo hizo el juez de grado. Máxime que en esta instancia se ha acreditado la notificación de tal decisión a la deudora”.

A pesar de lo anterior, la Cámara Nacional de Apelaciones introdujo dos salvedades en su razonamiento. Por un lado, y de entrada, precisó que el caso involucraba a un Estado Contratante del Convenio contra un nacional de otro Estado Contratante (“Es decir, aquí no se pretende ejecutar una sentencia contra el Estado Nacional, sino contra un particular”); entendemos que esa aclaración venía motivada porque, entre otras razones, Argentina designó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para la ejecución de laudos contra el Estado argentino. Por otro lado, y de manera un tanto ambigua, la Cámara Nacional de Apelaciones manifestó que puede controlarse el cumplimiento con el orden público nacional de cualquier laudo, lo cual no está previsto en el Convenio CIADI:

“Ello, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de ejercer prudentemente sus atribuciones, efectuando incluso, un control de la posible afectación de principios de orden público. En efecto, la Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (...), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (...). En este último sentido, se señaló que a dicho principio “debe conformarse no solo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en una sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (...)”.

## **2. Ejecuciones de laudos no CIADI**

Del lado de los laudos no CIADI comentaremos a continuación tres procedimientos judiciales de ejecución de laudos contra Estados que se han iniciado o siguen su curso ante los tribunales federales de la ciudad de Washington, D.C. En todos los casos los laudos fueron dictados fuera de Estados Unidos y, por tanto, requirieron de la obtención de un exequátur previo bajo el Convenio de Nueva York de 10-6-1958 para su posterior ejecución forzosa.

Primeramente, la ejecución del laudo dictado en el caso *Belize Social Development Ltd. c. Belice*, procedimiento arbitral administrado por la *London Court of International Arbitration* y con sede en Londres, en concreto la decisión de la *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* de 21-7-2015. La disputa derivaba de un contrato (“*Accommodation Agreement*”) celebrado en 2005 por el Gobierno de Belice bajo la presidencia del Sr. Said Musa con la compañía *Belize Telemedia, Ltd.*, bajo el cual la empresa obtuvo una concesión de servicios de telefonía en régimen de duopolio con beneficios fiscales y de otra índole. Consta que el contrato no fue sometido a aprobación parlamentaria. Tras un cambio de gobierno, el nuevo Primer Ministro (Sr. Dean Barrow) canceló el contrato aduciendo que era contrario a la ley, lo que provocó que la compañía iniciara un arbitraje conforme al convenio arbitral inserto en el contrato. Belice no participó en el procedimiento arbitral, alegando que el convenio era nulo y que, por tanto, el tribunal arbitral no era competente. Sin embargo, en 2009 el tribunal dictó un laudo declarando que el contrato era válido conforme al Derecho de Belice y condenó a Belice por indebida cancelación del contrato al pago de 38 millones de dólares de Belice a la compañía<sup>15</sup>.

Tras ciertos avatares judiciales en Estados Unidos el tribunal de instancia (*U.S. District Court for the District of Columbia*) confirmó el laudo a los efectos de su ejecución en ese país. Belice apeló la decisión y la *Court of Appeals* la desestimó en esta sentencia de 21-7-2015. La *Court* rechazó las dos líneas de defensa de Belice, basadas en ambos casos en su argumento de tener inmunidad de jurisdicción bajo la *FSIA*, debido a la excepción de arbitraje que contiene la misma legislación que impide a los Estados beneficiarse de la inmunidad cuando han celebrado un convenio arbitral:

“A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate if the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards” (28 U.S.C., §1605.a.6).”

La primera línea de defensa de Belice se basó en que el contrato era inconstitucional por falta de poder suficiente del Primer Ministro para firmar un contrato que excluyera a la concesionaria de sus obligaciones fiscales. A pesar de ello, la *Court* negó que Belice no hubiera celebrado un convenio arbitral válido. La *Court* recordó la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral frente al contrato en el que se inserta, aplicada habitualmente por muchos tribunales estatales como los estadounidenses:

“The Language of the FSIA arbitration exception makes clear that the agreement to arbitrate is severable from the underlying contract. The exception only requires a valid

---

<sup>15</sup> La ejecución del laudo fue instada por *Belize Social Development, Ltd.*, una sociedad de las islas Vírgenes Británicas cesionaria del laudo por la demandante original, que fue nacionalizada por Belice en 2009.

“agreement to submit to arbitration,” 28 U.S.C. § 1605(a)(6). It also distinguishes between the underlying “legal relationship” and the agreement to arbitrate disputes arising from that relationship. *Id.* As we have previously noted, the agreement to arbitrate is “separate from the obligations the parties owe to each other under the remainder of the contract” (...). In order to succeed in its claim that there was no “agreement made by the foreign state to submit to arbitration,” 28 U.S.C. § 1605(a)(6), Belize must show that the Prime Minister lacked authority to enter into the arbitration agreement. This Belize has failed to do.

More briefly put, this case turns on the proposition that Agreement and the Agreement to Submit to Arbitration, albeit the two were entered simultaneously. Thea argument of Belize that the Accommodation Agreement was beyond the authority of the Prime Minister might provide a defense if we were considering this controversy *de novo* on its merits. However, in order to bring that argument before us, Belize must first establish that the arbitration provision of the contract is void, so that we would not be bound to honor the arbitral tribunal’s determinations. We cannot determine the merits of the defense if the arbitration clause applies. Since Belize has not negated the clause, we do not reach the merits defense”.

La segunda línea de defensa de Belice se basó en que la excepción de arbitraje de la *FSIA* no aplicaba porque el laudo no estaba sujeto a ningún convenio internacional sobre reconocimiento y ejecución de laudos. Belice alegó que el Convenio de Nueva York no era aplicable al caso concreto, ya que el laudo no derivaba de una disputa *comercial* sino *gubernamental*. Hay que recordar aquí que el Convenio de Nueva York permite a sus Estados parte formular la llamada “reserva comercial” bajo el artículo I.3 por la que pueden denegar el reconocimiento y ejecución de laudos que no surjan de disputas *comerciales*. Precisamente Estados Unidos ejerció ese derecho tanto en el plano internacional con la formulación de la reserva como en el plano interno al desarrollar legislación en apoyo del Convenio de Nueva York para limitar su aplicación a laudos que deriven “out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial”.

La *Court* rechazó el argumento de Belice basando su interpretación del término “commercial”, en primer lugar, en las consideraciones efectuadas en *Restatements* de derecho estadounidense y, en segundo lugar, en la legislación dictada para la aplicación del Convenio de Nueva York:

“The text of the FAA’s codification of the New York Convention is consistent with this conclusion. While the New York Convention, as codified in the FAA, does not expressly define “commercial,” it does expressly encompass any “transaction, contract, or agreement described in” 9 U.S.C. § 2.9 U.S.C. § 202. Section 2 in turn includes contracts “evidencing a transaction involving commerce,” 9 U.S.C. § 2-a term the Supreme Court has interpreted “as the functional equivalent of the more familiar term ‘affecting commerce’ – words of art that ordinarily signal the broadest permissible exercise of Congress’ Commerce Clause power.” (...) The Accommodation Agreement falls within that term’s broad compass”.

Para la *Court* el objeto del contrato encajaba con un concepto amplio de comercio:

“The Agreement involves the sale of real property in exchange for certain accommodations, a transaction with a connection to commerce (...) The provision of

telecommunication services has an even more obvious connection to commerce. Indeed, in today's technological age, telecommunication services are often a "crucial segment of the economy" (...) The taxes Belize levies against a company also have a connection with commerce (...), as do the duties Belize charges (or forgoes charging). We thus conclude that the Accommodation Agreement is commercial and is governed by the New York Convention".

Belize alegó en su defensa algún caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en la que se identifica que un Estado entra en relaciones comerciales "when it acts in the manner of a private player within the market", entre otras cosas, para señalar que cuando bajo el contrato se concedieron beneficios fiscales a la compañía el Estado estaba ejercitando "powers peculiar to sovereigns" más que "powers that can also be exercised by private citizens". A pesar de todo la *Court* mantuvo una interpretación amplia del término "commercial" a favor de la ejecución del laudo bajo el Convenio de Nueva York:

"Unlike with the FSIA, Congress was not codifying the restrictive theory of foreign sovereign immunity when it ratified and implemented the New York Convention. Rather, the treaty concerns international arbitration. We thus recognize that: (1) the Convention's purpose was to "encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts," (...) (2) the word "commercial" is a "term of art"; and (3) in implementing the Convention, Congress intended that word to have the meaning generally attached to that term in the international commercial arbitration context. As we discussed above, "commercial" in the context of international arbitration refers to matters which have a connection to commerce. Belize's argument to the contrary will not sell".

En segundo lugar tenemos la ejecución del laudo arbitral dictado en el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, de la que comentaremos la decisión de la *United States Court of Appeal for the District of Columbia* de 4-8-2015. La disputa derivaba de los retrasos acumulados por varios procedimientos judiciales abiertos en Ecuador en relación con una concesión petrolífera de la entonces *Texaco*. En 2006 *Chevron* inició un arbitraje bajo el APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Ecuador bajo el Reglamento de la CNUDMI (con sede en La Haya y administrado por la Corte Permanente de Arbitraje). En 2011 el tribunal arbitral emitió un laudo condenando a Ecuador por violación del APPRI y otorgando una indemnización a *Chevron* por valor de 96 millones de dólares estadounidenses. Por un lado, la acción de anulación de Ecuador contra el laudo fue desestimada por todas las instancias judiciales holandesas. Por otro lado, en 2012 *Chevron* solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo en Estados Unidos bajo el Convenio de Nueva York. La *Court of Appeal* resolvió la apelación de Ecuador a la decisión de la *District Court for the District of Columbia* que otorgó el reconocimiento y ejecución del laudo a favor de *Chevron*.

La *FSIA* otorga a los Estados extranjeros, como principio general, inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de Estados Unidos (28 U.S.C. §1604) pero establece la llamada excepción de arbitraje que ya vimos en el caso *Belize Social Development c. Belice* (28 U.S.C., §1605.a.6). Ecuador indicó que esa excepción de arbitraje aplica cuando se cumplen cumulativamente tres circunstancias: 1) que el Estado haya

acordado arbitrar la disputa; 2) que hubiera un laudo basado en el acuerdo; y 3) que el laudo estuviera sujeto a un tratado internacional celebrado por Estados Unidos para el reconocimiento y ejecución de laudos. En particular, Ecuador negó que hubiera un convenio arbitral entre Ecuador y *Chevron* bajo el APPRI.

Sin embargo, la *Court of Appeals* consideró que Ecuador estaba mezclando requisitos de la *FSIA* y del Convenio de Nueva York. La *Court* falló que *Chevron* había demostrado *prima facie* que el convenio arbitral derivaba del APPRI y quedaba en manos de Ecuador demostrar que no había consentido arbitrar la disputa bajo el APPRI. Siguiendo el criterio de la *Supreme Court* en la ejecución del laudo de *BG Group PLC c. Argentina* (134 S. Ct. 1198 (2014)), contrario a la tesis de la propia *Court of Appeals* en aquel asunto (ver nuestra crónica en *REEI*, vol. 29, pp. 108-112), ahora la *Court of Appeals* estableció que el APPRI contenía una oferta general de Ecuador de someter a arbitraje disputas con inversores estadounidenses:

“The BIT includes a standing offer to all potential U.S. investors to arbitrate investment disputes, which Chevron accepted in the manner required by the treaty. The FSIA therefore allows federal courts to exercise jurisdiction over Ecuador in order to consider an action to confirm or enforce the award. The dispute over whether the lawsuits were “investments” for purposes of the treaty is properly considered as part of review under the New York Convention”.

La *Court of Appeals* continuó su análisis y estableció que, incluso en el caso de que la *FSIA* obligara a los tribunales estadounidenses a hacer un análisis *de novo* de la arbitrabilidad de la disputa, la *District Court* seguiría habiendo tenido competencia sobre Ecuador. En este sentido conviene destacar que el artículo I.1.a.iii) del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Ecuador contiene una definición amplia de “inversión” y pone como ejemplo las reclamaciones de dinero asociadas a una inversión. A juicio de la *Court of Appeals* con el artículo I.1.a.iii), leído con el artículo I.3 del APPRI, una inversión continúa existiendo hasta que ha sido totalmente liquidada y todas las reclamaciones sobre ella han sido resueltas; en el caso concreto, las demandas de *Chevron* eran continuación de su inversión inicial y quedaban protegidas por el APPRI; y; el artículo XII del APPRI limita su aplicación a inversiones existentes a su entrada en vigor y a inversiones hechas o adquiridas después; en el caso concreto, una demanda existente al tiempo de entrada en vigor del APPRI es una inversión a los efectos del APPRI en tanto en cuanto la demanda está asociada a una inversión. Así las cosas:

“Chevron’s breach of contract lawsuits indisputably were associated with its pre-BIT investment activities, and the lawsuits indisputably existed when the BIT entered into force. The lawsuits themselves were therefore “investments” within the meaning of the treaty”.

Finalmente, la *Court of Appeals* revisó las consideraciones efectuadas por la *District Court* sobre los dos motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo esgrimidos por Ecuador bajo el Convenio de Nueva York, no sin antes recordar jurisprudencia de la propia *Court of Appeals* que deja poca discreción a los tribunales para rechazar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros bajo el Convenio.

En cuanto al motivo del artículo V.1.c) del Convenio (cuestiones no cubiertas por el convenio arbitral), la *Court of Appeals* volvió a basarse en el razonamiento de la *Supreme Court* en *BG Group c. Argentina* (REEI, vol. 29, pp. 108-112) en el sentido de que es el tribunal arbitral el órgano competente para determinar si la disputa entra o no dentro de los límites del consentimiento a arbitraje y a fallar sobre ella en consecuencia:

“The BIT is not silent on who decides arbitrability. Article VI of the BIT provides that the investor Company may submit a matter to arbitration “in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)” (...) Under these rules, which the BIT incorporates by reference, “[t]he arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause,” and “shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part” (...) Ecuador therefore consented to allow the arbitral tribunal to decide issues of arbitrability – including whether Chevron had “investments” within the meaning of the treaty (...) There was no need for the District Court to independently determine that Chevron’s suits satisfied the BIT’s parameters once it had concluded that the parties had delegated this task to the arbitrator”.

En cuanto al motivo del artículo V.2.b) del Convenio (orden público), la *District Court* lo consideró ante todo basado en la premisa errónea de que el APPRI no aplicaba al caso y, por tanto, determinó que las dos razones esgrimidas por Ecuador sobre la contravención del orden público de Estados Unidos eran incorrectas. Por un lado, aunque Ecuador aseveró que había acordado con *Chevron* que las disputas contractuales fueran sometidas a los tribunales ecuatorianos, la *Court of Appeals* señaló que la acción iniciada por *Chevron* bajo el APPRI era de una naturaleza distinta: el retraso injustificado en la resolución de las disputas contractuales:

“The issue initially before the arbitration panel was not whether Ecuador had breached its contract with Chevron, but instead whether Ecuador had breached the BIT by failing to resolve the contract suits in a timely fashion. In signing the BIT, Ecuador agreed to arbitration of precisely this type of action”.

Por otro lado, aunque Ecuador aseguró que el tribunal arbitral había usurpado la autoridad jurisdiccional de los tribunales ecuatorianos (competentes bajo el contrato para solventar disputas derivadas de ésta), la *District Court* entendió que Ecuador había cedido esa autoridad primero al firmar el APPRI y luego al no resolver a tiempo las disputas contractuales surgidas con *Chevron*. La *District Court* cerró su análisis de compatibilidad del laudo con el orden público estadounidense recordando la “emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution”:

“By signing the BIT, Ecuador agreed to allow independent and neutral arbitrators to determine whether an investor company could take advantage of the substantive and procedural protections in the BIT. Chevron followed the proper procedure to request arbitration under the BIT, and the arbitrator determined that it had jurisdiction. Four courts have also considered and rejected Ecuador’s argument that Chevron did not have the right to avail itself of the BIT’s arbitration clause. Ecuador has given us no reason to conclude that these many authorities ruled in error”.

Finalmente, analizamos la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral dictado en el caso *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/09/1), resuelta por orden de 20-11-2015 de la *United States District Court for the District of Columbia*. La disputa entre las partes se originó por la revocación de las licencias y permisos sobre dos concesiones mineras de las que era titular una sociedad venezolana propiedad en último término de la demandante. Ésta inició un arbitraje de inversiones bajo el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela (firmado el 1-7-1996) en 2009 con sede en París<sup>16</sup>. El 22-12-2014 el tribunal declaró por unanimidad que Venezuela había vulnerado el estándar de tratamiento justo y equitativo debido a la inversión de *Gold Reserve* y condenó al Estado al pago de más de 713 millones de dólares estadounidenses más intereses y costas en concepto de compensación. Tras la notificación del laudo a las partes, Venezuela presentó una solicitud de apelación sobre el laudo a la *Cour d'Appel* de París (que fue desestimada) y otra solicitud de anulación del laudo ante la misma *Cour d'Appel* que estaba pendiente al tiempo de emisión de la resolución que comentamos. Por su parte, *Gold Reserve* solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo ante la *United States District Court for the District of Columbia*.

La *District Court* comenzó su análisis recordando la aplicación del Convenio de Nueva York al caso, incluso en situaciones como la descrita en el laudo que no presentaba conexiones con Washington, D.C., y se adhirió a la línea jurisprudencial que recalca que el artículo V del Convenio contiene un *numerus clausus* de causas por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo:

“The party resisting confirmation – in this case, Venezuela – bears the heavy burden of establishing that one of the grounds for denying confirmation in Article V applies”.

La defensa de Venezuela para resistirse al reconocimiento y ejecución del laudo se basó en la alegación de tres de los motivos de denegación del reconocimiento fijados en el artículo V del Convenio y en una solicitud de suspensión de la petición de la demandante hasta tanto no se resolviera la solicitud de anulación pendiente ante la *Cour d'Appel* de París.

En primer lugar, Venezuela alegó que el laudo excedía los límites de su consentimiento a resolver la disputa mediante arbitraje e invocó el motivo de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo previsto en el artículo V.1.c) del Convenio de Nueva York (cuestiones no cubiertas por el convenio arbitral). Venezuela argumentó que su consentimiento a arbitraje bajo el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela y el Mecanismo Complementario del CIADI estaba sujeto a que el inversor cumpliera con los requisitos establecidos en el APPRI. Para Venezuela el tribunal arbitral excedió los límites de su consentimiento porque la demandante no cualificaba bajo el concepto de inversor del APPRI y porque la demandante no era la entidad legitimada para obtener una indemnización, ya que para Venezuela el APPRI solo otorga ese derecho a la empresa afectada (esto es, la filial venezolana titular de las concesiones). Antes de

---

<sup>16</sup> Dado que Canadá no era entonces parte del Convenio CIADI, el arbitraje se administró bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario y, en consecuencia, hubo que fijar una sede, que las partes acordaron en París.

rechazar este motivo la *District Court* recordó la bien asentada doctrina jurisprudencial por la que los tribunales de justicia otorgan deferencia al análisis de arbitrabilidad efectuado por los tribunales arbitrales:

“In cases where both parties have clearly and unmistakably delegated the question of arbitrability to the arbitrator, a court “should give considerable leeway to the arbitrator, setting aside his or her decision only in certain narrow circumstances.” (...) To the extent that the parties here have “clearly and unmistakably” agreed to arbitrate arbitrability, then, this Court must give substantial deference to that decision. This is because “the [New York] Convention... does not sanction [a Court’s] second-guessing the arbitrator’s construction of the parties’ agreement””.

En cuanto al cumplimiento de la definición de inversor por la demandante, la *District Court* no encontró fallos en el razonamiento del tribunal arbitral en tanto que la demandante estaba organizada bajo las leyes de Canadá, no tenía nacionalidad venezolana y el hecho de tener su establecimiento principal en los Estados Unidos de América no era relevante a efectos del APPRI. Respecto de si la demandante había realizado ella misma una inversión en Venezuela (no meramente una entidad controlada por la demandante), la *District Court* compartió el análisis del tribunal arbitral en el laudo en el sentido de que la realización de una inversión no requiere que haya un movimiento de capital u otros valores sobre las fronteras de Venezuela; de exigirse eso, no estarían protegidas las inversiones preexistentes que son adquiridas por un tercero. En último término la *District Court* coincidió con el tribunal arbitral en que no existía mala fe en la adquisición de la inversión por la demandante canadiense:

“Gold Reserve’s “incorporation in Canada occurred before the dispute arose, for legitimate purposes.” (...) The international-arbitration precedents cited by the Tribunal indicate that a bona fide-enterprise test was not implicated in the BIT’s definition of “incorporated,” and evidence suggests Gold Reserve could satisfy such a condition even if it were required. In light of this – and the deferential standard of review U.S. courts grant arbitral tribunals – the Court concludes that the Tribunal properly determined that Gold Reserve Inc. was an investor and that it could thus hear the claim”.

En cuanto a si el tribunal arbitral otorgó la indemnización a una parte no legitimada, Venezuela basó su alegato en el artículo XII.9 del APPRI, que establece que “cuando un inversor presente una reclamación conforme a este Artículo en relación con la pérdida o el daño sufrido por una empresa de propiedad del inversor o que éste controle directa o indirectamente, la adjudicación se hará a la empresa de que se trate” y, por tanto, entendió que los daños deberían ser abonados a la empresa venezolana titular de las concesiones. En cambio, la demandante aseguró que durante todo el procedimiento arbitral había presentado la reclamación de daños en su propio nombre y derecho y, en consecuencia, se tenía que considerar ahora que Venezuela había renunciado a presentar esta objeción durante el procedimiento. La *District Court* tuvo en cuenta que, aunque de manera tangencial, Venezuela sí había expuesto su objeción durante el procedimiento, lo había hecho de una manera insuficiente tanto en sus escritos procesales como durante la audiencia; esto llevó a la *District Court* a entender que efectivamente Venezuela había renunciado a presentar esa objeción:

“Waiver is motivated by issues of fairness: in any adjudicatory context, “a litigant has an obligation to spell out its arguments squarely and distinctly, or else forever hold its peace.” (...) At all stages of the arbitration proceedings, Petitioner [Gold Reserve] repeatedly asserted its claims on behalf of Gold Reserve Inc. Given the thousands of pages of briefings and exhibits, if establishing the proper entity for a damages award was so central to Venezuela’s legal position, one would expect this argument to be made with some clarity.

In light of the substantial deference owed to the Arbitral Tribunal in making its determination, and the nearly five years the parties spent participating in the arbitration process, it would be inappropriate for the Court to second-guess the Tribunal regarding an argument that was never properly developed before it. The Court thus finds that Venezuela waived its claim as to the proper entity to which an award should be issued under the BIT”.

En segundo lugar, Venezuela alegó que el tribunal arbitral había violado el estándar de debido proceso en la llevanza de la audiencia y, en consecuencia, esgrimió el motivo de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo previsto en el artículo V.1.b) del Convenio de Nueva York. La *District Court* lo rechazó por completo. Como punto de partida, la *District Court* recordó que el estándar de debido proceso implica que a cada parte se le ofrezca la oportunidad de ser oída en un momento y de una manera significativos y recordó que, conforme al Convenio de Nueva York, el estándar de debido proceso debe analizarse según el ordenamiento del Estado del foro en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución:

“The Court will therefore assess Venezuela’s claims under standards of American law, which require an arbitrator to provide a fundamentally fair hearing, defined as “one that meets the minimal requirements of fairness — adequate notice, a hearing on the evidence, and an impartial decision by the arbitrator””.

En conclusión, la *District Court* rechazó los tres argumentos invocados por Venezuela, a saber: 1) que el tribunal arbitral había dado más tiempo a la demandante que a Venezuela durante la audiencia; 2) que no pudo responder a un ajuste en el cómputo de los daños que apareció por primera vez en el laudo; y 3) que no tuvo una oportunidad válida para corregir el laudo.

En cuanto al primer argumento, aunque eso era técnicamente cierto, la *District Court* recordó que la audiencia hubo de ser retrasada por la muerte del Procurador General de Venezuela y reducida de ocho a cinco días, si bien la demandante obtuvo más tiempo por su deseo de llevar a cabo interrogatorios directos de sus testigos y conainterrogatorios de los testigos de Venezuela y porque Venezuela había anunciado que no iba a conainterrogar a los testigos de la demandante. El tribunal arbitral expresamente recogió en el laudo que el principio de igualdad en el reparto del tiempo fijado en las reglas procesales para la audiencia no aplicaba en esa nueva situación, que era atribuible a Venezuela:

“Although Venezuela is technically right that the parties were not afforded equal time, establishing a denial of a “meaningful opportunity to be heard” requires more. Under Article V(1)(b) of the New York Convention, confirmation may be denied only if it can be shown that the party was “unable to present [its] case.” However, “the strong federal

policy in support of encouraging arbitration and enforcing arbitration awards dictates that we narrowly construe the defense that a party was ‘unable to present its case.’” (...) It is not enough that Venezuela provides evidence of unequal time; it must show exactly what it needed more time for, and how the denial of extra time prevented it from presenting its case.

Either way, Venezuela has provided neither an explanation about how the unequal timing affected its ability to present its case nor precedents showing that a denial of equal time alone constitutes the lack of a “meaningful opportunity to be heard.” On this basis, the Court rejects Venezuela’s first due-process claim”.

Por lo que se refiere al segundo argumento, relativo a que no pudo responder a un ajuste en el cómputo de los daños que apareció por primera vez en el laudo, Venezuela afirmó que el tribunal arbitral no tuvo en cuenta el modelo económico de descuento de flujos de caja para el cómputo de los daños, en particular porque en el laudo el tribunal arbitral había realizado el cálculo de una manera distinta a la alegada por las partes. Sin embargo, para la *District Court* el tribunal arbitral recogió en el laudo los argumentos de los expertos de daños de ambas partes y estuvo de acuerdo en puntos concretos con los peritos de ambas partes; por ello, la *District Court* entendió que Venezuela simplemente no estaba de acuerdo con el cálculo de daños del tribunal:

“Venezuela may disagree with the approach that the Tribunal took in assessing damages, but it nowhere alleges that arguments it sought to make during the joint-expert procedure were not admitted. While Venezuela contends that the Tribunal “disregarded the DCF model in favor of making gross estimations . . . without giving Venezuela the opportunity to present argument on them,” (...), it had a full opportunity to make its case as to the preferred approach to calculating damages — it simply did not prevail before the Tribunal.

Nor will it here. There is a reason why federal courts grant substantial deference to the evidentiary findings of arbitral tribunals: these bodies have greater resources, expertise, and access to evidence in order to develop factual findings, and federal courts are poorly situated to second-guess their conclusions. The Arbitral Tribunal conducted a two-day joint-expert-procedure hearing concerning issues related to valuation and damages, and gave counsel for both sides the opportunity to give opening and closing statements. (...). The Award identifies 44 individuals who were present during this hearing (...), and it permitted the parties to submit further post-hearing briefs in the months afterward. (...) Nothing about this procedure appears to be a gross departure from the due-process standard required, and the Court’s role is not to second-guess the evidentiary findings of the Tribunal. (...). The Court, in sum, finds no due-process violation here”.

En lo tocante a que no tuvo una oportunidad válida para corregir el laudo, conforme al artículo 56 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario Venezuela solicitó una rectificación del laudo ante el tribunal arbitral por entender que había importantes errores tipográficos, aritméticos o similares, en particular el error sobre el descuento de flujo de caja mencionado anteriormente. Con posterioridad Venezuela pidió al tribunal que solicitara a los expertos de ambas partes que corrieron conjuntamente el modelo económico para obtener los resultados a su juicio más exactos. El tribunal arbitral no le dio la posibilidad de presentar una réplica a los comentarios de la demandante a la propia solicitud de rectificación de Venezuela y también rechazó la objeción que Venezuela presentó ante el rechazo a su réplica. En último término el

tribunal rechazó también la solicitud de rectificación. La *District Court* también rechazó este motivo de denegación del reconocimiento porque Venezuela tuvo oportunidad no solo en los escritos posteriores a la audiencia y en las solicitudes de rectificación sino también durante la audiencia de hacer alegaciones sobre daños. Para la *District Court*:

“The fact that the Tribunal chose not to implement Venezuela’s preferred methodology, however, does not itself constitute a due-process violation, for the Tribunal was completely within its delegated powers to render the damages remedy of its choosing. The Tribunal provided a lengthy, 26-page decision explaining its reasoning with regard to the parties’ requests for corrections. (...). Furthermore, arbitral tribunals “enjoy (...) wide latitude in conducting an arbitration hearing. Arbitration proceedings are not constrained by formal rules of procedure...” (...) The Court is satisfied that Venezuela had a fair opportunity to present its case — which it lost on the merits, not as a result of any denial of due process”.

En tercer lugar, Venezuela alegó que el reconocimiento y la ejecución del laudo atentaría contra el orden público de los Estados Unidos de América e invocó el motivo de denegación recogido en el artículo V.2.b) del Convenio de Nueva York. Como en los casos anteriores, la *District Court* acabó rechazándolo. La *District Court* comenzó señalando que la defensa de orden público del Convenio de Nueva York se interpreta de manera restrictiva, ya que los tribunales reconocen la presunción a favor del reconocimiento y ejecución de los laudos que contiene el Convenio: “Instead, denial is proper only when confirmation would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”.

Para la *District Court* ninguno de los dos argumentos esgrimidos por Venezuela eran válidos para considerar que el reconocimiento y ejecución del laudo fuera contrario al orden público: 1) la legitimación activa de la demandante; y 2) La imposición de daños punitivos.

Por un lado, la *District Court* señaló que ya había rechazado por causa de renuncia el argumento de que la indemnización del laudo debería ser pagada a la sociedad venezolana titular de las concesiones y no a la demandante y el argumento de Venezuela en términos de orden público se basaba solo en afirmar que los Estados Unidos de América tenía un interés imperioso en no reconocer y ejecutar un laudo dictado en contravención del APPRI. Sin embargo, la *District Court* recordó doctrina asentada de los tribunales estadounidenses por la cual el error de derecho no es en general una violación del orden público del Convenio de Nueva York. Aunque durante el procedimiento arbitral hubo algunas discusiones sobre el impacto fiscal de la indemnización contenida en el laudo, la *District Court* entendió que no había obligaciones fiscales que hubiesen sido eludidas en el laudo, por lo que consideró que su reconocimiento y ejecución no vulneraría el orden público.

Por otro lado, Venezuela indicó que el laudo vulneraba el orden público porque 1) contenía una condena al pago de daños punitivos en contra del Derecho internacional, que no prescribe ese tipo de remedio en caso de hechos ilícitos internacionales; y 2) la *FSIA* prohíbe daños punitivos contra un Estado (28 U.S.C. §1606). Para Venezuela la existencia de daños punitivos se podía deducir de algunos pasajes del laudo en los que

el tribunal arbitral subrayó la seriedad de la violación por Venezuela del estándar de tratamiento justo y equitativo y de la gravedad del número y variedad de esas violaciones.

La *District Court* coincidió con la demandante en que no existía ninguna mención en el laudo a la existencia de daños punitivos ni se podía deducir el deseo del tribunal de castigar a Venezuela:

“As the Tribunal made clear, then, it did not act on equitable considerations, but it did retain discretion in calculating damages, an inherently difficult exercise given the nature of the dispute. Contrary to Respondent’s assertion, the Court finds that the Tribunal identified the seriousness and egregiousness of Venezuela’s breaches in order to assess the totality of the losses incurred by Petitioner, not for the purposes of awarding damages on the basis of equitable considerations”.

Por último, la *District Court* rechazó la solicitud de Venezuela de suspender la ejecución del laudo hasta que se resolviera la solicitud de anulación del laudo pendiente ante la *Cour d’Appel* de París. La *District Court* decidió aplicar el test de seis factores fijado por el Segundo Circuito federal en *Europcar Italia, S.p.A. v. Maiellano Tours, Inc.*, 156 F.3d 310, 317 (1998) y entendió que el conjunto de ellos aconsejaban no suspender la ejecución del laudo. Destacaremos aquí los dos primeros y más importantes: 1) los *objetivos generales del arbitraje* (la rápida resolución de disputas y la evitación de litigación larga y costosa), dado que el caso comenzó en 2009 y se refería a inversiones efectuadas en 1992; y, 2) el *estatus del procedimiento extranjero* y el tiempo restante para su conclusión, dado que se había postergado la fecha de celebración de la audiencia a petición de la propia Venezuela, y porque la decisión de la *Cour d’Appel* de París estaría sujeta a recurso ante la *Cour de Cassation* francesa:

“Europcar factors one and two — the ones relied on most heavily by the that court — both favor Gold Reserve, while the totality of the other four at least marginally favors Gold Reserve as well. Taken together, then, the Europcar analysis supports an immediate confirmation, and so the Court will follow that path”.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

En este epígrafe se comentan diversos acontecimientos de interés que durante el año 2015 se han desarrollado en el contexto de la política de promoción y protección de las inversiones extranjeras tanto europea como española.

Asimismo, aportamos algunos materiales de la práctica internacional que consideramos relevantes en el contexto del arbitraje de inversiones, si bien alguno de ellos presenta todavía un carácter preliminar, esto es, se trata de documentos de trabajo no definitivos. Todos ellos, bajo nuestro criterio, resultan útiles para entender los desarrollos que se están experimentando en este sector normativo, por ejemplo, tras la atribución a la UE del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en el Tratado de Funcionamiento de la UE. Así las cosas, en este epígrafe le dedicamos una especial atención a los documentos que se vienen publicando en lo tocante a la

negociación del Acuerdo transatlántico de comercio e inversión (el demonimado “TTIP” por sus siglas en inglés) y reproducimos tanto los resultados de la consulta realizada por la Comisión Europea respecto a este acuerdo internacional entre la opinión pública europea, como las directrices de negociación del “TTIP” publicadas por la Comisión Europea, que constituyen dos materiales de notable relevancia para conocer cómo está afrontando la UE el ejercicio de esta competencia y qué problemas concretos plantea la negociación del acuerdo internacional con los Estados Unidos de América.

## **1. Desarrollos en la práctica europea en materia de protección de las inversiones extranjeras<sup>17</sup>**

En el ámbito de la UE pueden señalarse varias novedades tanto en lo que respecta al ejercicio *ad intra* como *ad extra* de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras por parte de la UE y sus Estados miembros.

En el plano interno, como se indica en esta crónica (p. 66) la Comisión Europea ha iniciado varios procedimientos por incumplimiento contra cinco Estados miembros (Austria, Eslovaquia, los Países Bajos, Rumania y Suecia) que tienen pendientes en estos momentos arbitrajes de inversión que traen causa de APPRI intra-UE, es decir, de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la UE. La Comisión Europea ya ha solicitado en numerosas ocasiones a los Estados miembros la terminación de estos acuerdos, por considerarlos contrarios al Derecho de la UE. Hasta el momento, sólo algunos Estados como Italia han respondido positivamente a la llamada de la Comisión, lo que ha motivado según la nota de prensa facilitada por la Comisión Europea que:

“the Commission is now launching the first stage of infringement procedures against five Member States. At the same time, the Commission is requesting information from and initiating an administrative dialogue with the remaining 21 Member States who still have intra-EU BITs in place”.

Por otra parte, como ya anticipamos en nuestra anterior crónica (*REEI*, vol. 29, p. 124), ante el notable interés mediático que ha despertado en la opinión pública europea la negociación del “TTIP”, la Comisión Europea abrió un periodo de consultas públicas para recabar información de la sociedad civil. Los resultados de dichas consultas fueron publicados en un documento de trabajo<sup>18</sup>, del que merecen la pena destacar las siguientes consideraciones generales:

“The collective submissions reflect a wide-spread opposition to investor-State dispute settlement (ISDS) in TTIP or in general. There is also quite a majority of replies opposing TTIP in general.

In these submissions, the ISDS mechanism is perceived as a threat to democracy and public finance or to public policies. It is also considered as unnecessary between the EU and the US, in view of the perceived strength of the respective judicial systems. Such views are largely echoed by most of the trade unions, a large majority of NGOs, Government institutions and many respondents in the “other organisations” category,

<sup>17</sup> Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives.

<sup>18</sup> Doc. SWB (2015) 3 final, de 13-1-2015.

including consumer organisations. Many among the collective submissions express specific concerns about governments being sued by corporations for high amounts of money which in their view create a “chilling effect” on the right to regulate. In addition, certain replies from trade unions express a generic mistrust with regard to the independence and impartiality of the arbitrators or are concerned that ISDS may create a possibility for investors to circumvent domestic courts, laws or regulations.

By contrast, a large majority of business associations and the majority of large companies strongly support investment protection and ISDS in TTIP, while small companies are more critical. A considerable number of replies stress the positive role that foreign direct investment can play in relation to economic growth and jobs. They indicate that investment protection rules can support investment through the setting up of a level playing field between the EU and the US. Some indicate that EU investors may not always receive adequate protection in US courts. There is, consequently, an important call for caution not to lower the level of protection to which the European investors are accustomed.

Due to the diversity of interests represented by respondents in this broad category, views expressed by the “other organisations” category are generally divided. Those opposing investment protection and ISDS mention essentially the same arguments as those mentioned above. Those in support are of the opinion that there is a lack of evidence that the ISDS mechanism is flawed. They feel that there is no crisis with respect to investment protection and the use of ISDS that supports any significant overhaul.

With regard to the proposed approach on investment protection, many among trade unions, NGOs, business organisations or other types of respondents recognise the EU’s efforts in bringing about improvements to the investment protection system. However, a significant number of trade unions and a large group of NGOs consider that the changes included in the proposed approach are not sufficient to address their concerns with investment protection and ISDS. On the other hand, several respondents in different categories consider that the proposed approach goes too far and express serious concerns with regard to a lowering of the level of investment protection.

A notable number of business associations indicate in various ways support for the proposed improvements regarding ISDS in TTIP, or in general terms indicate that they would support a more inclusive and coherent ISDS system, characterised by transparency and ethics. As it currently stands the proposed approach for TTIP is considered by several companies to significantly decrease the level of protection contained in existing investment agreements. Some respondents, which declare themselves as being NGOs criticise the proposed approach as undermining the protection given to investments and argue that lower investment protection standards might have a negative impact on Europe by attracting less investment than before.

Many respondents in several different categories underline the need to safeguard the right to regulate in the public interest. However, other respondents, mainly among individual companies and business associations, consider that there was no contradiction between international rules on investment and the right of States to regulate.

A significant number of respondents in different categories consider that the proposed approach is unbalanced in favour of investors. There is therefore a call from these respondents for stronger investor obligations, in particular in relation to human rights, social and environmental regulations or, more generally, to corporate social responsibility.

With regard to the proposed approach on ISDS, many respondents support the principle of increased transparency. However they also consider that the existence of a clause to protect confidential information in ISDS proceedings could be abused by investors to withhold key information from the public. The introduction of a code of conduct for arbitrators is also generally viewed in a positive light although many doubt that independence of arbitrators can be guaranteed. There is also a general view that domestic courts are more appropriate than ISDS and in many cases it is stated that domestic courts should be exclusively used to settle disputes between States and foreign investors. Nevertheless, despite some supportive replies, many respondents consider these reforms insufficient to meet the concerns they have with ISDS in general. Concerns are also expressed that the accessibility to the ISDS mechanism remains de facto a prerogative mainly of large-scale firms, as its costs and complexity make it difficult for small private investors to resort to it. A dispute resolution mechanism more suited to SMEs is seen as desirable.

*Question 1. Scope of the substantive investment protection provisions*

With regard to the scope of investment protection, the views are diverse. The exclusion of mailbox companies through the substantive business operations requirement is welcomed by many respondents across different categories, but this support is not unanimous. For instance, a number of citizens express doubts about the effectiveness of the proposed approach in practice. Some academics, law firms, companies or trade unions ask for greater clarity in the wording and the definition of substantive business operations. On the other hand, a minority of business associations consider that treaty shopping and mailbox companies –if set up in accordance with applicable law– should be allowed. Some respondents, for instance among business associations, recommend the inclusion of a denial of benefits clause instead of a reference to substantive business operations. With regard to the definition of investment, some respondents consider it to be too narrow, others too broad. There were widespread calls from respondents in different categories for greater clarity of certain terms used, notably related to the characteristics of an investment. A considerable number of trade unions indicate they would prefer a narrow definition, for instance limited to FDI only. Many respondents in different categories refuse the idea that portfolio investment or speculative investment could be protected. There are various calls for horizontal exclusions, for example of public services or certain sensitive sectors (e.g. health, education, environment or financial markets), something which is strongly opposed by a significant number of business associations who want to see exceptions and limitations brought down to a minimum. Several respondents among business associations and companies would like to see broad definitions, e.g. covering all intellectual property rights, intangible investments as well as a number of specific contracts. Some also call for the extension of investment protection, including ISDS, to the pre-establishment phase. There are also notable suggestions, by respondents in different categories (e.g. academics, business associations, trade unions) to clarify the reference to the applicable law.

*Question 2. Non-discriminatory treatment for investors*

Non-discrimination is conceived by some respondents as a treatment already contemplated under national or EU law and thus not necessary to explicitly include in TTIP. Some consider that discrimination could be justified in certain cases.

Conversely, many business associations note that non-discrimination is a very important principle for investment, or even essential to ensure a level playing field. Views are also divergent on the question of general exceptions. Some (e.g. trade unions) consider that they should be broader, e.g. they should apply to all investment protection provisions, others (e.g. business associations) that they should be kept to a minimum in order to avoid disguised protectionism. Certain respondents question the effectiveness for investment issues of exceptions designed primarily for trade matters. The Most-Favoured

Nation (MFN) clause is similarly the subject of different views. Some (e.g. among NGOs) consider that MFN is not necessary. Other respondents (e.g. in the “other organisations” or “business associations”) view it as essential. The EU’s intention to avoid the importation of better ISDS procedures or substantive standards through the MFN clause is considered by respondents among citizens as well as organisations either not clear enough, not sufficient or excessive in the sense that it risks rendering the MFN obligation almost meaningless. There is a widespread call for greater clarity.

Question 3. Fair and equitable treatment

For most collective respondents, trade unions and for several NGOs, the standards of fair and equitable treatment (FET) raise serious concerns either in light of certain ISDS cases or for fear that the proposed approach still allows expansive interpretations from arbitral tribunals. Several respondents from business, NGOs or other organisations express concern against lowering the level of protection through a revision of the FET standards, which is viewed as providing an essential protection. The most important area of consensus appears to be that of ensuring that FET could not be interpreted as a commitment or promise that the legal environment surrounding the investor would remain unchanged (‘stabilisation clause’). There is a general interest in greater clarity, in particular in relation to certain terms used in the closed list of treatment defining this standard. Views are however divided among respondents in different categories as to whether FET should be defined through a closed or open list. Some concerns are expressed on both sides with regard to the possibility for the Parties to review the content of the standard during the lifetime of TTIP (i.e. some fear that this may lead to an expansion in the scope of the standard, while others fear that in practice it would be difficult for the Parties to come to an agreement in this respect).

The question of legitimate expectations also attracts considerable interest, with some respondents arguing that they should not be covered and others claiming that the proposed approach does not cover them sufficiently. Respondents in several categories consider that further clarifications would be useful or necessary.

Finally, views are also quite divided among different categories of respondents with regard to the inclusion or not of an “umbrella” clause.

Question 4. Expropriation

Most of the views expressed in this question are related to indirect expropriation. Some respondents note that not all regulatory measures taken by States should require paying compensation, while others consider that any regulatory measure that has the same effect as an expropriation should be compensatory. This actually reflects the wider division of views among specialists and practitioners in this field, namely the “police powers” doctrine versus the “sole effects” doctrine.

Some respondents also view certain terms as unclear. For instance, it is considered by the majority of citizens as well as some trade unions, academics and think tanks that the reference to the proportionality or legitimacy of certain public measures creates uncertainty as it could give rise to too wide a margin of interpretation.

Certain respondents, for instance among trade unions, consider that the notion of indirect expropriation should be narrowed down significantly, for instance that it should specifically not cover lost profits. Other respondents, mainly from the business side, consider that the proposed approach would lower the protection granted to investors against the biggest risk they face abroad, in particular compared to BITs, because it allows States not to grant compensation for measures taken in certain sectors (e.g. health). This could prejudice investments in these sectors as compared to investments in other sectors.

*Question 5. Ensuring the right to regulate and investment protection*

The vast majority of respondents in virtually all categories agrees with the broad objective of finding an adequate balance between investment protection and the confirmation of the right to regulate in the public interest. However, not as many respondents are positive about the proposed approach; rather, a considerable divergence of views is recorded. For instance, some consider that the proposed approach is not sufficient, others consider it too broad while others contend that there is no conflict between the right to regulate and investment protection.

The proposed approach is viewed by some respondents as too weak (e.g. academics, think tanks), because the reference to the right to regulate is placed in the preamble and could be non-binding. Alternatively it is seen by some as too narrow (e.g. trade unions) because, for instance, the references do not apply to investment protection standards.

Other respondents, such as from the business side, reject certain exceptions or limitations (e.g. on subsidies or public procurement) applicable to investment protection, or in general recommend caution against the use of such limitations.

*Question 6. Transparency in ISDS*

Transparency in ISDS proceedings and access to hearings is a widely-shared objective. However, concerns go in two directions. One group of concerns, mostly expressed by NGOs and trade unions, is that some of the exceptions to the transparency provisions to protect business confidential information could be too widely interpreted and could risk undermining the effectiveness of transparency. There is also concern that the tribunal could have too wide a discretion in deciding under what circumstances public hearings could be closed to the public. Another group of concerns stemming from business organisations and companies is that the provisions in the proposed approach on transparency go further than most national legal systems and that this could entail a risk that genuine confidential information and trade secrets could be disclosed. There is also concern that the access by the public to the hearings could politicise cases brought by companies, with the risk that this could affect the fairness of the proceedings.

*Question 7. Multiple claims and relationship to domestic court*

With regard to the relationship to domestic courts, many respondents make general statements instead of commenting on the specific proposed approach. Hence, for example, many NGOs, including umbrella NGOs, consider that domestic courts should be exclusively used to settle disputes between states and foreign investors. However there are a number of respondents with a more moderate position who either do not exclude ISDS in some cases or provide for more specific comments in case ISDS is introduced. These respondents consider that, as a rule, domestic courts should be preferred as they are better placed to address the disputes between the investors and the state. They thus support the idea to encourage domestic proceedings but many consider that the proposed approach insufficiently encourages domestic remedies. They argue that the draft provisions do not oblige, or provide an incentive for, investors to seek redress in domestic courts. Instead, it is argued, they merely oblige investors to choose between domestic courts and international arbitration to avoid parallel proceedings. Therefore, several of these respondents directly argue for the introduction of the requirement of exhaustion of local remedies before the possibility to go to ISDS, which would become a solution of last resort. By contrast, nearly all large companies and business association, while understanding the objective of encouraging domestic proceedings, consider that the investor should be free to choose either legal path –domestic or international– and ISDS should not necessarily be the last resort. They consider that there might be challenges that are better dealt with in national courts but on the other hand there might be others for which international arbitration is necessary. Some give the example of discrimination in favour of local companies, which is not prohibited under US law.

Others refer to the fact that local courts may be prevented from applying directly the obligations flowing from an international treaty. Others consider that host States may be granted immunity in local courts, particularly when it comes to public acts. They also recognise that there are claims that cannot be dealt with by international arbitration, such as investigating the constitutionality of a measure. In general all large companies and business associations are against the obligatory requirement to exhaust domestic remedies as it will only create unnecessary delays. The companies (and business associations) are also generally against the so-called fork-in-the-road solution.

The majority of the respondents among NGOs and other organisations that do not take a principled position against ISDS as such support the proposed approach to prevent parallel proceedings and double compensation. Some consider however that the proposed provisions are insufficient to guarantee that there are no parallel proceedings or treaty shopping. On the other hand, some companies and business associations do not agree with the proposal that affiliates of the claimant investor may not pursue ISDS proceedings on their own. They consider that if there is any risk of overlapping compensation, subsequent tribunals will take into account in its decision and the award the outcome of any initial arbitration proceeding if circumstances so require.

Finally, around half of the respondents who make specific comments on mediation (from all categories) support the proposed approach to encourage mediation. They also agree with the suggestion that the recourse to mediation should be possible throughout the domestic and ISDS proceedings. However, some consider that the proposal insufficiently encourages mediation and a few suggested that prior mediation before having recourse to a panel should be compulsory.

#### Question 8. Arbitrators' ethics, conduct and qualifications

Regarding the ethics and conduct of arbitrators, many respondents express the view that rules on independence and sound selection procedures for arbitrators are crucial. Many replies welcome the EU's attempt to address this issue. However, several contributors express doubts on whether the EU's proposed approach will provide sufficient guarantees or argue that it is untested in practice. Several of those contributors feel that the intrinsic characteristics of ISDS makes it impossible to regulate the arbitrators' conduct (NGOs, academia); others argue that the issue of conflicts of arbitrators should not be exaggerated and that existing rules (such as the IBA guidelines, ICSID rules, etc.) sufficiently address the problem (mainly companies, some law firms and academics).

Some replies consider that the required competences of arbitrators are too restrictive with some (mostly NGOs) considering that arbitrators should also have experience in the social or environmental fields, and other contributors (law firms, companies) stressing the need for arbitrators with special (technical) knowledge relevant to the dispute.

Many respondents welcome the EU's proposal for a code of conduct and rules for challenging ISDS arbitrators, though many (NGOs, academia, think tanks, and governments) fear that it will not be binding in practice (...).

As regards the disqualification of arbitrators, some contributors (think tanks, governments, and academia) argue that the procedure should be extended to cover also a lack of qualifications (not only a lack of independence as in the proposed approach). Certain contributors expressly welcome the idea of entrusting the ICSID Secretary General with deciding on challenges to arbitrators, while some others mistrust the ICSID Secretary-General as being too US-friendly (NGOs) (...).

Finally, many contributors consider rosters to be a step into the right direction. However, the EU's proposed approach is often criticised as being only a fall-back solution (i.e.

only used where disputing parties do not appoint arbitrators or cannot agree on the chairperson)

Other contributors (large companies, law firms, arbitration institutions such as ICC) object to the establishment of rosters which would restrict the choices of the disputing parties. Rosters are also criticised for being biased in favour of states (because investors do not participate in the creation of the lists), for politicising arbitrator appointments and for preventing the appointment of arbitrators with special knowledge relevant for the disputes.

*Question 9. Reducing the risk of frivolous and unfounded cases*

Comments with respect to frivolous and unfounded claims focus on the frivolous claims mechanism, notably on its scope, on its procedural aspects and on the role of arbitrators dealing with such claims.

While looking at the frivolous claims mechanism, a small number of business associations, other organisations and consultancies argue that frivolous and unfounded claims were not a problem in the past and therefore there is no need to address this issue at present. In the same vein, several trade unions and business associations consider that such a mechanism already exists in the ICSID rules for arbitration and creating a new one would not be of any added value.

Commenting on the scope of the principle, a small group of respondents essentially representing trade unions and NGOs believe that the scope of frivolous and unfounded claims as defined in the text will be insufficient to avoid the abuse of the system by investors. They regret that it would not exclude claims which would cause serious public harm. Despite the plea from some respondents from across categories for a better definition of frivolous/unfounded claims, no concrete wording proposals were made.

Respondents also comment extensively on the proposed procedure for dealing with frivolous and unfounded claims. In this context, the national committees of the International Chamber of Commerce express concerns that the combined effect of the two Articles would lead to unnecessary procedural delays. In order to counter the risk of a state systematically raising objections with the purpose of delaying the procedure, certain NGOs, business associations and law firms suggest that the procedure should deal also with 'frivolous objections'.

When examining the 'loser pays' principle the majority of those commenting opposes its strict application. The scope and the effect of the principle were subject to comments.

In relation to its scope, certain respondents, essentially from the business associations, NGO and others categories, suggest the application of the principle at the stage when the tribunal renders its decision on the existence of a frivolous and unfounded claim. A further suggestion, from NGO and government respondents, aiming to further discourage frivolous claims consists in allowing the tribunal to impose a punitive award in addition to the award for costs of arbitration incurred by the party having introduced a frivolous claim. A small number of NGOs and trade unions also suggest a clearer definition of 'exceptional circumstances' as they believe that this provision could be a source of lengthy debates. Finally, a handful of business associations, companies and other respondents argue that the arbitrators should retain their discretion to adjudicate on costs based on their own assessment.

As to the effects of the principle, a number of contributions from the business associations, NGOs, companies and other groups argue that a blanket application of the 'loser pays' principle could deter SMEs from using the ISDS mechanism: the risk of

paying the costs in case of an unsuccessful claim would prevent them from choosing the ISDS path. Another effect of the principle, for a couple of business associations, is that its application could be a disincentive to find an alternative resolution of the disagreement. By contrast, for a number of NGOs a state might be willing to settle in order to avoid paying big fees.

*Question 10. Allowing claims to proceed (filter)*

Many respondents, in particular among business associations, fear that the use of filters in dispute settlement procedures may lead to heavy politicisation of disputes, and recommend that it be avoided. Some consider that a filter mechanism would not enhance a fairer and more equitable arbitration system, while others fear that a filter mechanism as proposed may limit and frustrate access of investors to obtain a neutral and independent decision on their cases/claims.

Conversely, many respondents, in particular among citizens and trade unions, feel that a filter would lack effectiveness in stopping ISDS claims, given its consensual nature.

At the same time, a number of respondents welcome the introduction of the filter, for example some respondents consider that a filter is justified in times of global financial crisis and others support it because they see it as a way to prevent the risk of abusive interpretations by arbitral tribunals.

*Question 11. Guidance by the parties on the interpretation of the agreement*

The large majority of respondents replying to the question is not satisfied with the proposed approach to the control by the Parties on interpretation of the agreement (through binding interpretations and an intervention right for the non-disputing party), but is clearly split when it comes to the reasons for criticism.

One part (mainly NGOs and trade unions) considers that the proposals do not give the Parties enough control over the arbitration proceedings, while the other part argues that the Parties should not intervene with the arbitration tribunals, which should remain free to decide also on issues of interpretation (mainly business associations and companies).

This reflects the more fundamental position with regard to ISDS: those arguing against ISDS want more control from the Parties over the arbitration process and consider the proposals still insufficient, while those that are open to arbitration tribunals are reluctant to accept control by the Parties and mechanisms potentially limiting the discretion of tribunals.

Respondents considering that the proposed interpretation mechanisms are insufficient put forward the following arguments. Firstly, binding interpretations require the agreement of both parties. Mainly NGOs consider that the non-disputing party should not have a veto right. Secondly, a number of respondents (mainly NGOs and trade unions) argue that tribunals may in reality not feel bound by “binding” interpretations and that there are no enforcement mechanisms.

Respondents considering that the proposed interpretation mechanisms go too far (business associations and companies) express concern that the proposals provide excessive power to the Parties. They argue that opinions should only be recommendations, and not binding for the arbitration tribunal. The main reasons invoked against binding interpretations include the risk of politicisation of on-going disputes, the risk of undermining the discretion of arbitrators, and concerns about the creation of too rigid a system. The concerns regarding binding interpretations are expressed even more strongly when it comes to their possible application to pending cases. In particular business associations, companies, law firms and chambers of commerce caution against

such application arguing that this would be against due process and put at risk legal certainty for investors.

Finally, several respondents also express doubts about the intervention right for the non-disputing party. They consider that it should be exercised with care and in good faith and be accompanied by guarantees to ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings or unfairly prejudice any disputing party.

Question 12. Appellate mechanism and consistency of rulings

The proposal for an appeal mechanism is neither fully opposed nor fully supported. Many respondents across all categories are in principle in favour of an appellate mechanism or even consider it indispensable. This view is expressed in particular by many NGOs and several business associations, companies, trade unions, umbrella NGOs and government organisations. While they see the advantages of an appeal possibility, they point at the same time to a number of concerns. There is therefore no clear view either in favour or against an appellate mechanism; it would rather depend on the concrete form of the mechanism and the extent to which the concerns can or cannot be addressed. The main advantage put forward for an appellate mechanism is that it contributes to more consistency and thereby also to legal certainty. The drawback most often raised is that an appellate mechanism causes costs and delays the procedure. Some proposed to introduce binding deadlines in order to limit the delay. In examining the usefulness of an appellate mechanism, a number of respondents question whether the proposed approach will achieve the objectives (both NGOs and companies). The ICCs and some business associations argue in this respect that an appellate mechanism risks compromising the finality of arbitration, thus undermining the fundamental basis of international arbitration. For that reason, they are in principle against an appellate mechanism. Certain respondents (mainly several national chapters of the ICC) consider that an appellate mechanism is not needed because there are sufficient existing mechanisms that can be used: the control mechanisms available under the ICSID Convention and the New York Convention have proven to be effective and provide a good balance between finality and procedural fairness. Finally, a significant number of respondents in various categories (e.g. business associations, NGOs, think tanks, governmental organisations) state that the Commission services should provide more information about the structure and functioning of an appellate mechanism or claim that they cannot judge the proposal absent detailed information. Most of the relevant replies are in principle in favour of an appellate mechanism. Nevertheless, they take a rather negative position on the proposal because they prefer a different appellate mechanism than that included in the consultation documents:

- Many business associations and companies, and a few NGOs, other organisations and national chapters of ICC, consider that, if a mechanism is needed, it should be developed at the multilateral level, e.g. in close cooperation with UNCITRAL, ICSID and the ICC.
- Finally a small number of NGOs suggest that, if there is to be an appellate mechanism, it should take the form of an International Court.
- An important concern expressed by a significant number of respondents is that, with the multiplication of BITs, there risks being a high fragmentation of ISDS. Each BIT may have its own ISDS mechanism and tribunals may come to different interpretations of the same provisions contained in different BIT. These respondents therefore propose the establishment of, what they call a “general Appellate Mechanism” that would apply to all investment treaties.

A number of respondents also plead for additional guarantees. They argue that the appellate mechanism is conditional upon the independence of the arbitrators and propose, for example that it should take the form of a standing body with permanent members.

As regards the possible scope of an appeal, most of the respondents commenting on this issue consider that it should not cover a full review (law and facts), but legal grounds (either exclusively or in addition to procedural issues). This view is taken by a number of NGOs and umbrella NGOs, as well as by a few business associations and companies”.

Con carácter general se aprecia un rechazo en grandes sectores de la opinión pública europea a la celebración del “TTIP”. En otros ámbitos, si bien no existe una oposición tan enfrentada, se expresan varias dudas acerca de su contenido y se proponen distintas fórmulas jurídicas para evitar los problemas que han venido jalonando el arbitraje de inversiones en los últimos años. Así, entre otras medidas, se aconseja dotar de mayor claridad a las disposiciones de carácter sustantivo que contienen las obligaciones de promoción y protección de las inversiones, así como establecer herramientas procesales que favorezcan la transparencia y permitan dotar de mayor coherencia a las decisiones de los tribunales arbitrales, por ejemplo, estableciendo mecanismos de apelación de los laudos que favorezcan la creación de un cuerpo de jurisprudencia coherente y centralizado.

Lo cierto es que la UE viene desarrollando negociaciones con varios Estados para la celebración tanto de acuerdos comerciales que incluyan un capítulo relativo a la protección de las inversiones (Canadá, Singapur o los Estados Unidos de América), como de APPRI (China o Myanmar). No obstante, el “TTIP” parece haber atraído hasta ahora gran parte de la atención (y oposición) entre la opinión pública europea. En nuestra anterior crónica (*REEI*, vol. 29, pp. 116-124) nos ocupamos de las disposiciones previstas en el acuerdo con Canadá, un acuerdo internacional que ya ha sido firmado y que, en comparación con el “TTIP”, ha experimentado una negociación mucho más pacífica.

En una decisión inédita que sienta un precedente de gran interés para la práctica europea, la Comisión Europea hizo pública la propuesta de negociación del capítulo sobre inversiones del “TTIP” presentada a los Estados Unidos de América. No nos consta un precedente anterior donde la UE haya mostrado públicamente sus cartas mientras negocia un acuerdo internacional con otro sujeto de DI. Se trata de una medida que pretende impregnar de mayor transparencia a la fase de negociación y reducir así las críticas que viene recibiendo la negociación del “TTIP”. A continuación se recogen los preceptos de mayor interés, distinguiendo su naturaleza sustantiva y procesal.

Por lo que respecta a las disposiciones sustantivas, las que contienen las obligaciones de promoción y protección de las inversiones, la propuesta formulada por la Comisión Europea establece en primer lugar una definición de los conceptos de inversor e inversión:

“For purposes of this Title:

(x1) ‘covered investment’ means an investment which is owned, directly or indirectly, or controlled, directly or indirectly, by investors of one Party in the territory of the other

Party made in accordance with applicable laws, whether made before or after the entry into force of this Agreement.

(x2) ‘investment’ means every kind of asset which has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- a) an enterprise;
- b) shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise;
- c) bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise;
- d) a loan to an enterprise;
- e) any other kinds of interest in an enterprise;
- f) an interest arising from:
  - i) a concession conferred pursuant to domestic law or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,
  - ii) a turnkey, construction, production, or revenue-sharing contract, or
  - iii) other similar contracts;
- g) intellectual property rights;
- h) any other moveable property, tangible or intangible, or immovable property and related rights;
  - i) claims to money or claims to performance under a contract;

For greater certainty, ‘claims to money’ does not include claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to a natural person or enterprise in the territory of the other Party, domestic financing of such contracts, or any related order, judgment, or arbitral award.

Returns that are invested shall be treated as investments and any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their qualification as investments”.

En los siguientes preceptos de la propuesta, se recogen las obligaciones de promoción y protección de las inversiones:

“Article 2

Investment and regulatory measures/objectives

1. The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity.

2. For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor’s expectations of profits.

3. For greater certainty and subject to paragraph 4, a Party’s decision not to issue, renew or maintain a subsidy

- (a) in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy; or
- (b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy,

shall not constitute a breach of the provisions of this Section.

4. For greater certainty, nothing in this Section shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy and/or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefore, where such action has been ordered by one of its competent authorities listed in Annex III.

### Article 3

#### Treatment of Investors and of covered investments

1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 5.
2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or a series of measures constitutes:
  - (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or
  - (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency and obstacles to effective access to justice, in judicial and administrative proceedings; or
  - (c) manifest arbitrariness; or
  - (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or
  - (e) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or
  - (f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.
3. The Parties shall, upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The [...] Committee (reference to article on Services and Investment Committee) may develop recommendations in this regard and submit them to the [...] Committee (reference to article on Trade Committee). The [...] Committee (reference to article on Trade Committee) shall consider whether to recommend that the Agreement is amended, in accordance with Article [relevant procedures for the amendment of the Agreement].
4. When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.
5. For greater certainty, 'full protection and security' refers to the Party's obligations relating to physical security of investors and covered investments.
6. For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of any other international agreement, does not constitute a breach of this Article.

### Article 4

#### Compensation for losses

1. Investors of a Party whose covered investments suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the other Party shall be accorded by the latter Party, with respect to restitution, indemnification, compensation or other form of settlement, treatment no less favourable than that accorded by the latter Party to its own investors or to the investors of any non-Party, whichever is more favourable to the investor.
2. Without prejudice to paragraph 1 of this Article, investors of a Party who, in any of the situations referred to in that paragraph, suffer losses in the territory of the other Party resulting from:
  - (a) requisitioning of their covered investment or a part thereof by the latter's armed forces or authorities; or
  - (b) destruction of their covered investment or a part thereof by the latter's armed forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation;shall be accorded prompt, adequate and effective restitution or compensation by the other Party. The amount of such compensation shall be determined in accordance with the provisions of paragraph 3 of Article 5 [Expropriation], from the date of requisitioning or destruction until the date of actual payment.

#### Article 5

##### Expropriation

1. Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as 'expropriation') except:
  - (a) for a public purpose;
  - (b) under due process of law;
  - (c) in a non-discriminatory manner; and
  - (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.
2. For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex I [on expropriation].
3. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became public knowledge, whichever is earlier, plus interest at a normal commercial rate, from the date of expropriation until the date of payment.
4. Such compensation shall be effectively realisable, freely transferable in accordance with Article 6 [Transfers] and made without delay.
5. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.
6. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').
7. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.

#### Article 6

##### Transfer

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made in a freely convertible currency, without restriction or delay and at the prevailing market rate of exchange applicable on the date of transfer to the currency to be transferred. Such transfers include:
  - (a) contributions to capital, such as principal and additional funds to maintain, develop or increase the investment;
  - (b) profits, dividends, capital gains and other returns, proceeds from the sale of all or any part of the investment or from the partial or complete liquidation of the investment;
  - (c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;
  - (d) payments made under a contract entered into by the investor, or its investment, including payments made pursuant to a loan agreement;
  - (e) earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad and working in connection with an investment;
  - (f) payments made pursuant to Articles 4 [Compensation for Losses] and 5 [Expropriation];
  - (g) payments of damages pursuant to an award issued by a tribunal under Section [Resolution of Investment Disputes and Investment Court System].

2. Neither Party may require its investors to transfer, or penalise its investors for failing to transfer, the income, earnings, profits or other amounts derived from, or attributable to, investments in the territory of the other Party.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, nothing in this article shall be construed to prevent a Party from applying in an equitable and non-discriminatory manner, and not in a way that would constitute a disguised restriction on trade and investment, its laws relating to:

- (a) bankruptcy, insolvency, bank recovery and resolution, or the protection of the rights of creditors, and the prudential supervision of financial institutions;
- (b) issuing, trading, or dealing in financial instruments;
- (c) financial reporting or record keeping of transfers where necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities;
- (d) criminal or penal offenses, deceptive or fraudulent practices;
- (e) ensuring the satisfaction of judgments in adjudicatory proceedings.
- (f) social security, public retirement or compulsory savings schemes.

#### Article 7

##### Observance of written commitments

Where a Party either itself or through any entity mentioned in Article X [Definition of 'measures adopted or maintained by a Party'] has entered into any contractual written commitment with investors of the other Party or with their covered investments, that Party shall not, either itself or through any such entity breach the said commitment through the exercise of governmental authority.

#### ANNEX I: Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be either direct or indirect:

- (a) direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
- (b) indirect expropriation occurs where a measure or series of measures by a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or series of measures by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
- (b) the duration of the measure or series of measures by a Party;
- (c) the character of the measure or series of measures, notably their object and content.

3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity do not constitute indirect expropriations.

#### ANNEX II: Public debt

1. No claim that a restructuring of debt of a Party breaches an obligation under Section 2 [Investment Protection] may be submitted to, or if already submitted, be pursued under Section 3 [Resolution of Investment Disputes and Investment Court System] if the

restructuring is a negotiated restructuring at the time of submission, or becomes a negotiated restructuring after such submission.

2. Notwithstanding [Article 6 Submission of a Claim, Section on Resolution of Investment Disputes and Investment Court System], and subject to paragraph 1 of this Annex, an investor may not submit a claim under Section 3 [Resolution of Investment Disputes and Investment Court System] that a restructuring of debt of a Party breaches Articles X [National Treatment] or X [Most-Favoured Nation] of Section 1 [Liberalisation of Investments] or an obligation under Section 2 [Investment Protection], unless 270 days have elapsed from the date of submission by the claimant of the written request for consultations pursuant to [Article 4 Consultations].

3. For the purposes of this Annex:

- 'negotiated restructuring' means the restructuring or rescheduling of debt of a Party that has been effected through (i) a modification or amendment of debt instruments, as provided for under their terms, including their governing law, or (ii) a debt exchange or other similar process in which the holders of no less than 66% of the aggregate principal amount of the outstanding debt subject to restructuring, excluding debt held by that Party or by entities owned or controlled by it, have consented to such debt exchange or other process.

- "governing law" of a debt instrument means a country's legal and regulatory framework applicable to that debt instrument.

4. For greater certainty, "debt of a Party" includes, in the case of the European Union, debt of a government of a Member State at the central, regional or local level.

ANNEX III: Competent authorities mentioned in article 2 paragraph 4

In the case of the EU, the competent authorities entitled to order the actions mentioned in article 2 paragraph 4 are the European Commission or a court or tribunal of a Member State when applying EU law on state aid".

A la luz de los anteriores preceptos y en línea con las negociaciones desarrolladas por la UE con Canadá, puede concluirse que la propuesta de la Comisión Europea tiene como objeto definir con más detalle el conjunto de obligaciones de protección de las inversiones tradicionalmente incluidas en los APPRI, en particular la de proporcionar un trato justo y equitativo, la de no expropiar injustificadamente y la de dotar de plena protección y seguridad a las inversiones. Esta decisión servirá para proporcionar más seguridad jurídica a los distintos operadores llamados a interpretar y aplicar este y otros acuerdos internacionales de similares características. Asimismo, conviene señalar que todos estos cambios también suponen una erosión del componente privado del arbitraje de inversión. Por ejemplo, al reconocer el poder regulatorio del Estado como una excepción expresa a la violación de la obligación de no expropiar injustificadamente, se está introduciendo una excepción de Derecho público que favorece el ejercicio de competencias normativas por parte de los Estados y las instituciones de la UE.

En cuanto a las disposiciones procesales incluidas en la propuesta presentada por la Comisión Europea, destaca en primer lugar la promoción de los mecanismos alternativos de solución de las controversias:

“SUB-SECTION 2: ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION AND CONSULTATIONS

Article 2

Amicable Resolution

1. Any dispute should, as far as possible, be settled amicably through negotiations or mediation and, where possible, before the submission of a request for consultations pursuant to Article 4. Such settlement may be agreed at any time, including after proceedings under this Section have been commenced.

2. A mutually agreed solution between the disputing parties shall be notified to the non-disputing Party within 15 days of the mutually agreed solution being agreed. The [...] Committee shall keep under surveillance the implementation of such mutually agreed solutions and the Party to the mutually agreed solution shall regularly report to the [...] Committee on the implementation of such solution.

Article 3

Mediation

1. The disputing parties may at any time agree to have recourse to mediation.

2. Recourse to mediation is voluntary and without prejudice to the legal position of either disputing party.

3. Recourse to mediation shall be governed by the rules set out in Annex I. Any time limit mentioned in Annex I may be modified by agreement between the disputing parties.

4. The [...] Committee shall, upon the entry into force of this Agreement, establish a list of six individuals, of high moral character and recognised competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment and who are willing and able to serve as mediators.

5. The mediator shall be appointed by agreement of the disputing parties. The disputing parties may jointly request the President of the Tribunal to appoint a mediator from the list established pursuant to this Article, or, in the absence of a list, from individuals proposed by either Party.

6. Once the disputing parties agree to have recourse to mediation, the time-limits set out in Articles 4(3), 4(5), 28(6) and 29(3) shall be extended by the amount of time from the date on which it was agreed to have recourse to mediation to the date on which either disputing party decides to terminate the mediation, by way of written notice to the mediator and the other disputing party. At the request of both parties, the Tribunal or the Appeal Tribunal shall stay the proceedings.

Article 4

Consultations

1. Where a dispute cannot be resolved as provided for under Article 2, a claimant of a Party alleging a breach of the provisions referred to in Article 1(1) may submit a request for consultations to the other Party.

2. The request shall contain the following information:

(a) the name and address of the claimant and, where such request is submitted on behalf of a locally established company, the name, address and place of incorporation of the locally established company;

(b) the provisions referred to in Article 1(1) alleged to have been breached;

(c) the legal and factual basis for the claim, including the treatment alleged to be inconsistent with the provisions in Article 1(1);

(d) the relief sought and the estimated amount of damages claimed;

(e) evidence establishing that the claimant is an investor of the other Party and that it owns or controls the investment and, where it acts on behalf of a locally established company, that it owns or controls the locally established company.

Where a request for consultations is submitted by more than one claimant or on behalf of more than one locally established company, the information in (a) and (e) shall be submitted for each claimant or each locally established company, as the case may be.

3. Unless the disputing parties agree to a longer period, consultations shall be held within 60 days of the submission of the request for consultations.

4. Unless the disputing parties agree otherwise, the place of consultation shall be:

- (a) Washington DC where the consultations concern treatment afforded by the United States;
- (b) Brussels where the consultations concern treatment afforded by the European Union; or
- (c) the capital of the Member State of the European Union concerned, where the consultations concern treatment afforded exclusively by that Member State.

Consultations may also take place by videoconference or other means, particularly where a small or medium sized enterprise is involved.

5. The request for consultations must be submitted:

- (a) within three years of the date on which the claimant or, as applicable, the locally established company first acquired, or should have first acquired, knowledge of the treatment alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) and of the loss or damage alleged to have been incurred thereby; or
- (b) within two years of the date on which the claimant or, as applicable, the locally established company ceases to pursue claims or proceedings before a tribunal or court under the domestic law of a Party; and, in any event, no later than 10 years after the date on which the claimant or, as applicable, its locally established company, first acquired, or should have first acquired knowledge, of the treatment alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) and of the loss or damage alleged to have been incurred thereby.

6. In the event that the claimant has not submitted a claim pursuant to Article 6 within 18 months of submitting the request for consultations, the claimant shall be deemed to have withdrawn its request for consultations and, where applicable, the notice requesting a determination of the respondent pursuant to Article 5 and may not submit a claim under this Section. This period may be extended by agreement between the parties involved in the consultations.

7. The time periods in paragraphs 5 and 6 shall not render a claim inadmissible where the claimant can demonstrate that the failure to request consultations or submit a claim is due to the claimant's inability to act as a result of actions taken by the other Party, provided that the claimant acts as soon as reasonably possible after it is able to act.

8. In the event that the request for consultations concerns an alleged breach of the agreement by the European Union, or by a Member State of the European Union, it shall be sent to the European Union. Where treatment afforded by a Member State of the European Union is identified, it shall also be sent to the Member State concerned.

Si la solución de la controversia mediante este mecanismo alternativo no prosperase, la propuesta prevé el recurso al arbitraje de inversiones. En este contexto, además de reconocer el consentimiento de las partes al arbitraje de inversiones, la Comisión Europea ha propuesto un sistema para identificar a la parte que debe ser demandada cuando existan dudas sobre el origen de la conducta controvertida por el inversor extranjero:

#### SUB-SECTION 3: SUBMISSION OF A CLAIM AND CONDITIONS PRECEDENT

##### Article 5

Request for determination of the respondent

1. If the dispute cannot be settled within 90 days of the submission of the request for consultations, the request concerns an alleged breach of the agreement by the European Union or a Member State of the European Union and the claimant intends to initiate proceedings pursuant to Article 6, the claimant shall deliver a notice to the European Union requesting a determination of the respondent.
2. The notice shall identify the treatment in respect of which the claimant intends to initiate proceedings. Where treatment of a Member State of the European Union is identified, such notice shall also be sent to the Member State concerned.
3. The European Union shall, after having made a determination, inform the claimant within 60 days of the receipt of the notice referred to in paragraph 1 as to whether the European Union or a Member State of the European Union shall be the respondent.
4. If the claimant submits a claim pursuant to Article 6, it shall do so on the basis of such determination.
5. Where either the European Union or a Member State of the European Union acts as respondent following a determination made pursuant to paragraph 3, neither the European Union nor the Member State concerned may assert the inadmissibility of the claim, lack of jurisdiction of the Tribunal or otherwise assert that the claim or award is unfounded or invalid on the ground that the proper respondent should be or should have been the European Union rather than the Member State or vice versa.
6. The Tribunal and the Appeal Tribunal shall be bound by the determination made pursuant to paragraph 3.
7. Nothing in this Agreement or the applicable rules on dispute settlement shall prevent the exchange of all information relating to a dispute between the European Union and the Member State concerned.

#### Article 6

##### Submission of a claim

1. If the dispute cannot be settled within six months of the submission of the request for consultations and, where applicable, at least three months have elapsed from the submission of the notice requesting a determination of the respondent pursuant to Article 5 (Request for determination of the respondent), the claimant, provided that it satisfies the requirements set out in this Article and in Article 7, may submit a claim to the Tribunal established pursuant to Article 9.

2. A claim may be submitted to the Tribunal under one of the following sets of rules on dispute settlement:

- (a) the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID);
- (b) the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply;
- (c) the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); or,
- (d) any other rules agreed by the disputing parties at the request of the claimant.

In the event that the claimant proposes a specific set of dispute settlement rules and if, within 30 days of receipt of the proposal, the disputing parties have not agreed in writing on such rules, or the respondent has not replied to the claimant, the claimant may submit a claim under one of the set of rules provided for in paragraphs (a), (b) or (c); 3. The rules on dispute settlement referred to in paragraph 2 shall apply subject to the rules set out in this Chapter, as supplemented by any rules adopted by the [...] Committee, by the Tribunal or by the Appeal Tribunal.

4. All the claims identified by the claimant in the submission of its claim pursuant to this Article must be based on treatment identified in its request for consultations pursuant to Article 4(2)(c).
5. Claims submitted in the name of a class composed of a number of unidentified claimants, or submitted by a representative intending to conduct the proceedings in the interests of a number of identified or unidentified claimants that delegate all decisions relating to the proceedings on their behalf, shall not be admissible.
6. For greater certainty, a claimant may not submit a claim under this Section if its investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process.

#### Article 7

##### Consent

1. The respondent consents to the submission of a claim under this Section.
2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim under this Section shall be deemed to satisfy the requirements of:
  - (a) Article 25 of the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the disputing parties; and,
  - (b) Article II of the New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards for an “agreement in writing”.
3. The claimant is deemed to give consent in accordance with the procedures provided for in this Section at the time of submitting a claim pursuant to Article 6.
4. For greater certainty, the consent provided pursuant to this Article requires that:
  - (a) the claimant refrains from enforcing an award rendered pursuant to this Section before such award has become final pursuant to Articles 28(6) or 28(7); and
  - (b) the respondent refrains from seeking to appeal, review, set aside, annul, revise or initiate any other similar procedure before an international or domestic court or tribunal, as regards an award pursuant to this section.

#### Article 8

##### Third party funding

1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall notify to the other disputing party and to the division of the Tribunal, or where the division of the Tribunal is not established, to the President of the Tribunal, the name and address of the third party funder.
2. Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, where the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.

Asimismo, la propuesta dispone la creación de un sistema institucionalizado para la resolución de los arbitrajes de inversión que incluye la creación de un tribunal de apelación:

#### SUB-SECTION 4: INVESTMENT COURT SYSTEM

#### Article 9

##### Tribunal of First Instance (“Tribunal”)

1. A Tribunal of First Instance (“Tribunal”) is hereby established to hear claims submitted pursuant to Article 6.
2. The [...] Committee shall, upon the entry into force of this Agreement, appoint fifteen Judges to the Tribunal. Five of the Judges shall be nationals of a Member State of the European Union, five shall be nationals of the United States and five shall be nationals of third countries.

3. The [...] Committee may decide to increase or to decrease the number of the Judges by multiples of three. Additional appointments shall be made on the same basis as provided for in paragraph 2.
4. The Judges shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is desirable that they have expertise in particular, in international investment law, international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.
5. The Judges appointed pursuant to this Section shall be appointed for a six-year term, renewable once. However, the terms of seven of the fifteen persons appointed immediately after the entry into force of the Agreement, to be determined by lot, shall extend to nine years. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term.
6. The Tribunal shall hear cases in divisions consisting of three Judges, of whom one shall be a national of a Member State of the European Union, one a national of the United States and one a national of a third country. The division shall be chaired by the Judge who is a national of a third country.
7. Within 90 days of the submission of a claim pursuant to Article 6, the President of the Tribunal shall appoint the Judges composing the division of the Tribunal hearing the case on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Judges to serve.
8. The President and Vice-President of the Tribunal shall be responsible for organisational issues and will be appointed for a two-year term and shall be drawn by lot from among the Judges who are nationals of third countries. They shall serve on the basis of a rotation drawn by lot by the Chair of the [...] Committee. The Vice-President shall replace the President when the President is unavailable.
9. Notwithstanding paragraph 6, the disputing parties may agree that a case be heard by a sole Judge who is a national of a third country, to be selected by the President of the Tribunal. The respondent shall give sympathetic consideration to such a request from the claimant, in particular where the claimant is a small or medium-sized enterprise or the compensation or damages claimed are relatively low. Such a request should be made at the same time as the filing of the claim pursuant to Article 6.
10. The Tribunal shall draw up its own working procedures.
11. The Judges shall be available at all times and on short notice, and shall stay abreast of dispute settlement activities under this Agreement.
12. In order to ensure their availability, the Judges shall be paid a monthly retainer fee to be fixed by decision of the [...] Committee. [Note: the retainer fee suggested by the EU would be around 1/3rd of the retainer fee for WTO Appellate Body members (i.e. around € 2,000 per month)]. The President of the Tribunal and, where applicable, the Vice-President, shall receive a fee equivalent to the fee determined pursuant to Article 10(12) for each day worked in fulfilling the functions of President of the Tribunal pursuant to this Section.
13. The retainer fee shall be paid equally by both Parties into an account managed by the Secretariat of [ICSID/the Permanent Court of Arbitration]. In the event that one Party fails to pay the retainer fee the other Party may elect to pay. Any such arrears will remain payable, with appropriate interest.
14. Unless the [...] Committee adopts a decision pursuant to paragraph 15, the amount of the other fees and expenses of the Judges on a division of the Investment Tribunal shall be those determined pursuant to Regulation 14(1) of the Administrative and Financial Regulations of the ICSID Convention in force on the date of the submission of the claim and allocated by the Tribunal among the disputing parties in accordance with Article 28(4).
15. Upon a decision by the [...] Committee, the retainer fee and other fees and expenses may be permanently transformed into a regular salary. In such an event, the Judges shall

serve on a full-time basis and the [...] Committee shall fix their remuneration and related organisational matters. In that event, the Judges shall not be permitted to engage in any occupation, whether gainful or not, unless exemption is exceptionally granted by the President of the Tribunal.

16. The Secretariat of [ICSID/the Permanent Court of Arbitration] shall act as Secretariat for the Tribunal and provide it with appropriate support. The expenses for such support shall be met by the Parties to the Agreement equally.

#### Article 10

##### Appeal Tribunal

1. A permanent Appeal Tribunal is hereby established to hear appeals from the awards issued by the Tribunal.

2. The Appeal Tribunal shall be composed of six Members, of whom two shall be nationals of a Member State of the European Union, two shall be nationals of the United States and two shall be nationals of third countries.

3. The [...] Committee, shall, upon the entry into force of this Agreement, appoint the members of the Appeal Tribunal. For this purpose, each Party shall propose three candidates, two of which may be nationals of that Party and one shall be a non-national, for the [...] Committee to thereafter jointly appoint the Members.

4. The Committee may agree to increase the number of the Members of the Appeal Tribunal by multiples of three. Additional appointments shall be made on the same basis as provided for in paragraph 3.

5. The Appeal Tribunal Members shall be appointed for a six-year term, renewable once. However, the terms of three of the six persons appointed immediately after the entry into force of the agreement, to be determined by lot, shall extend to nine years. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term.

6. The Appeal Tribunal shall have a President and Vice-President responsible for organisational issues, who shall be selected by lot for a two-year term and shall be selected from among the Members who are nationals of third countries. They shall serve on the basis of a rotation drawn by lot by the Chair of the [...] Committee. The Vice-President shall replace the President when the President is unavailable.

7. The Members of the Appeal Tribunal shall possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or be jurists of recognised competence. They shall have demonstrated expertise in public international law. It is desirable that they have expertise in international investment law, international trade law and the resolution of disputes arising under international investment or international trade agreements.

8. The Appeal Tribunal shall hear appeals in divisions consisting of three Members, of whom one shall be a national of a Member State of the European Union, one a national of the United States and one a national of a third country. The division shall be chaired by the Member who is a national of a third country.

9. The composition of the division hearing each appeal shall be established in each case by the President of the Appeal Tribunal on a rotation basis, ensuring that the composition of each division is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Members to serve.

10. The Appeal Tribunal shall draw up its own working procedures.

11. All persons serving on the Appeal Tribunal shall be available at all times and on short notice and shall stay abreast of other dispute settlement activities under this agreement.

12. The Members of the Appeal Tribunal shall be paid a monthly retainer fee and receive a fee for each day worked as a Member, to be determined by decision of the [...] Committee. [Note: the retainer and daily fee suggested by the EU would be around the same as for WTO Appeal Tribunal members (i.e. a retainer fee of around € 7,000 per month)]. The President of the Appeal Tribunal and, where applicable, the Vice-President,

shall receive a fee for each day worked in fulfilling the functions of President of the Appeal Tribunal pursuant to this Section.

13. The remuneration of the Members shall be paid equally by both Parties into an account managed by the Secretariat of [ICSID/the Permanent Court of Arbitration]. In the event that one Party fails to pay the retainer fee the other Party may elect to pay. Any such arrears will remain payable, with appropriate interest

14. Upon a decision by the [...] Committee, the retainer fee and the fees for days worked may be permanently transformed into a regular salary. In such an event, the Members of the Appeal Tribunal shall serve on a full-time basis and the [...] Committee shall fix their remuneration and related organisational matters. In that event, the Members shall not be permitted to engage in any occupation, whether gainful or not, unless exemption is exceptionally granted by the President of the Appeal Tribunal.

15. The Secretariat [ICSID/the Permanent Court of Arbitration] shall act as Secretariat for the Appeal Tribunal and provide it with appropriate support. The expenses for such support shall be met by the Parties to the Agreement equally.

## Article 11

### Ethics

1. The Judges of the Tribunal and the Members of the Appeal Tribunal shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt. They shall not be affiliated with any government. They shall not take instructions from any government or organisation with regard to matters related to the dispute. They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest. In so doing they shall comply with Annex II (Code of Conduct). In addition, upon appointment, they shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment protection dispute under this or any other agreement or domestic law.

2. If a disputing party considers that a Judge or a Member has conflict of interest, it shall send a notice of challenge to the appointment to the President of the Tribunal or to the President of the Appeal Tribunal, respectively. The notice of challenge shall be sent within 15 days of the date on which the composition of the division of the Tribunal or of the Appeal Tribunal has been communicated to the disputing party, or within 15 days of the date on which the relevant facts came to its knowledge, if they could not have reasonably been known at the time of composition of the division. The notice of challenge shall state the grounds for the challenge.

3. If, within 15 days from the date of the notice of challenge, the challenged Judge or Member has elected not to resign from that division, the President of the Tribunal or the President of the Appeal Tribunal, respectively, shall, after hearing the disputing parties and after providing the Judge or the Member an opportunity to submit any observations, issue a decision within 45 days of receipt of the notice of challenge and forthwith notify the disputing parties and other Judges or Members of the division.

4. Challenges against the appointment to a division of the President of the Tribunal shall be decided by the President of the Appeal Tribunal and vice-versa.

5. Upon a reasoned recommendation from the President of the Appeal Tribunal, the Parties, by decision of the [...] Committee, may decide to remove a Judge from the Tribunal or a Member from the Appeal Tribunal where his behaviour is inconsistent with the obligations set out in paragraph 1 and incompatible with his continued membership of the Tribunal or Appeal Tribunal. If the behaviour in question is alleged to be that of the President of the Appeal Tribunal then the President of the Tribunal of First Instance shall submit the reasoned recommendation. Articles 9(2) and 10(3) shall apply *mutatis mutandis* for filling vacancies that may arise pursuant to this paragraph.

## Article 12

### Multilateral dispute settlement mechanisms

Upon the entry into force between the Parties of an international agreement providing for a multilateral investment tribunal and/or a multilateral appellate mechanism applicable to

disputes under this Agreement, the relevant parts of this section shall cease to apply. The [] Committee may adopt a decision specifying any necessary transitional arrangements.

#### SUB-SECTION 5: CONDUCT OF PROCEEDINGS

##### Article 13

###### Applicable law and rules of interpretation

1. The Tribunal shall determine whether the treatment subject to the claim is inconsistent with any of the provisions referred to in Article 1(1) alleged by the claimant.
2. In making its determination, the Tribunal shall apply the provisions of this Agreement and other rules of international law applicable between the Parties. It shall interpret this Agreement in accordance with customary rules of interpretation of public international law, as codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties.
3. For greater certainty, pursuant to paragraph 1, the domestic law of the Parties shall not be part of the applicable law. Where the Tribunal is required to ascertain the meaning of a provision of the domestic law of one of the Parties as a matter of fact, it shall follow the prevailing interpretation of that provision made by the courts or authorities of that Party.
4. For greater certainty, the meaning given to the relevant domestic law made by the Tribunal shall not be binding upon the courts or the authorities of either Party. The Tribunal shall not have jurisdiction to determine the legality of a measure, alleged to constitute a breach of this Agreement, under the domestic law of the disputing Party.
5. Where serious concerns arise as regards matters of interpretation relating to [the Investment Protection or the Resolution of Investment Disputes and Investment Court System Section of this Agreement], the [] Committee may adopt decisions interpreting those provisions. Any such interpretation shall be binding on the Tribunal and the Appeal Tribunal. The [] Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.

##### Article 14

###### Other claims

1. The Tribunal shall dismiss a claim by a claimant who has submitted a claim to the Tribunal or to any other domestic or international court or tribunal concerning the same treatment as that alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) unless the claimant withdraws such pending claim.  
This paragraph shall not apply where the claimant submits a claim to a domestic court or tribunal seeking interim injunctive or declaratory relief.
2. Before submitting a claim the claimant shall provide:
  - (a) evidence that it has withdrawn any pending claim or proceedings before any domestic or international court or tribunal under domestic or international law concerning the same treatment as that alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1);
  - (b) a declaration that it will not initiate any claim or proceeding before any domestic or international court or tribunal under domestic or international law concerning the same treatment as that alleged to be inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1).
3. For the purposes of this Article, the term “claimant” includes the investor and, where applicable, the locally established company.  
In addition, for the purposes of paragraphs 1 and 2(a), the term “claimant” also includes:
  - (a) where the claim is submitted by an investor acting on its own behalf, all persons who, directly or indirectly, have an ownership interest in or are controlled by the investor; or
  - (b) where the claim is submitted by an investor acting on behalf of a locally established company, all persons who, directly or indirectly, have an ownership interest in or are controlled by the locally established company, and claim to

have suffered the same loss or damage as the investor or locally established company.

4. The declaration provided pursuant to paragraph 2(b) shall cease to apply where the claim is rejected on the basis of a failure to meet the nationality requirements to bring an action under this Agreement.

5. Where claims are brought both pursuant to this Section and Section [State to State dispute settlement] or another international agreement concerning the same treatment as alleged to be inconsistent with any of the provisions referred to in Article 1(1), a division of the Tribunal constituted under this Section shall, where relevant, after hearing the disputing parties, take into account proceedings pursuant to Section [State to State dispute settlement] or another international agreement in its decision, order or award. To this end, it may also, if it considers necessary, stay its proceedings. In acting pursuant to this provision the Tribunal shall respect Article 28(6).

#### Article 15

##### Anti-circumvention

For greater certainty, the Tribunal shall decline jurisdiction where the dispute had arisen, or was foreseeable on the basis of a high degree of probability, at the time when the claimant acquired ownership or control of the investment subject to the dispute and the Tribunal determines, on the basis of the facts of the case, that the claimant has acquired ownership or control of the investment for the main purpose of submitting the claim under this Section. The possibility to decline jurisdiction in such circumstances is without prejudice to other jurisdictional objections which could be entertained by the Tribunal.

#### Article 16

##### Preliminary Objections

1. The respondent may, no later than 30 days after the constitution of the division of the Tribunal pursuant to Article 9(4), and in any event before the first session of the division of the Tribunal, or 30 days after the respondent became aware of the facts on which the objection is based, file an objection that a claim is manifestly without legal merit.

2. The respondent shall specify as precisely as possible the basis for the objection.

3. The Tribunal, after giving the disputing parties an opportunity to present their observations on the objection, shall, at the first meeting of the division of the Tribunal or promptly thereafter, issue a decision or provisional award on the objection, stating the grounds therefor. In the event that the objection is received after the first meeting of the division of the Tribunal, the Tribunal shall issue such decision or provisional award as soon as possible, and no later than 120 days after the objection was filed. In doing so, the Tribunal shall assume the alleged facts to be true, and may also consider any relevant facts not in dispute.

4. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a disputing party to object, pursuant to Article 17 (Claims unfounded as a matter of law) or in the course of the proceeding, to the legal merits of a claim and without prejudice to the Tribunal's authority to address other objections as a preliminary question.

#### Article 17

##### Claims unfounded as a matter of law

1. Without prejudice to the Tribunal's authority to address other objections as a preliminary question or to a respondent's right to raise any such objections at any appropriate time, the Tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim, or any part thereof, submitted under this section is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under Article 28 (Provisional Award), even if the facts alleged were assumed to be true. The Tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

2. An objection under paragraph 1 shall be submitted to the Tribunal as soon as possible after the division of the Tribunal is constituted, and in no event later than the date the Tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial or statement of defence. An objection may not be submitted under paragraph 1 as long as proceedings under Article 16 (Preliminary Objections) are pending, unless the Tribunal grants leave to file an objection under this article, after having taken due account of the circumstances of the case.

3. On receipt of an objection under paragraph 1, and unless it considers the objection manifestly unfounded, the Tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or provisional award on the objection, stating the grounds therefor.

#### Article 18

##### Transparency

1. The “UNCITRAL Transparency Rules” shall apply to disputes under this Section, with the following additional obligations.

2. The request for consultations under Article 4, the request for a determination and the notice of determination under Article 5, the agreement to mediate under Article 3, the notice of challenge and the decision on challenge under Article 11, the request for consolidation under Article 27 and all documents submitted to and issued by the Appeal Tribunal shall be included in the list of documents referred to in Article 3(1) of the UNCITRAL Transparency Rules.

3. Exhibits shall be included in the list of documents mentioned in Article 3(2) of the UNCITRAL Transparency Rules.

4. Notwithstanding Article 2 of the UNCITRAL Transparency Rules, the European Union or the United States as the case may be shall make publicly available in a timely manner prior to the constitution of the division, relevant documents pursuant to paragraph 2, subject to the redaction of confidential or protected information. Such documents may be made publicly available by communication to the repository referred to in the UNCITRAL Transparency Rules.

5. A disputing party may disclose to other persons in connection with proceedings, including witnesses and experts, such unredacted documents as it considers necessary in the course of proceedings under this Section. However, the disputing party shall ensure that those persons protect the confidential or protected information in those documents.

#### Article 19

##### Interim decisions

The Tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party or to ensure that the Tribunal’s jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the Tribunal’s jurisdiction. The Tribunal may not order the seizure of assets nor may it prevent the application of the treatment alleged to constitute a breach.

#### Article 20

##### Discontinuance

If, following the submission of a claim under this section, the claimant fails to take any steps in the proceeding during 180 consecutive days or such periods as the disputing parties may agree, the claimant shall be deemed to have withdrawn its claim and to have discontinued the proceedings. The Tribunal shall, at the request of the respondent, and after notice to the disputing parties, take note of the discontinuance in an order. After such an order has been rendered the authority of the Tribunal shall lapse. The claimant may not subsequently submit a claim on the same matter.

#### Article 21

##### Security for costs

1. For greater certainty, upon request, the Tribunal may order the claimant to post security for all or a part of the costs if there are reasonable grounds to believe that the claimant risks not being able to honour a possible decision on costs issued against it.
2. If the security for costs is not posted in full within 30 days after the Tribunal's order or within any other time period set by the Tribunal, the Tribunal shall so inform the disputing parties. The Tribunal may order the suspension or termination of the proceedings.

#### Article 22

##### The non-disputing Party to the Agreement

1. The respondent shall, within 30 days after receipt or promptly after any dispute concerning confidential or protected information has been resolved, deliver to the non-disputing Party:
  - (a) a request for consultations referred to in Article 4, a notice requesting a determination referred to in Article 5, a claim referred to in Article 6 and any other documents that are appended to such documents;
  - (b) on request:
    - a. pleadings, memorials, briefs, requests and other submissions made to the Tribunal by a disputing party;
    - b. written submissions made to the Tribunal by a third person;
    - c. minutes or transcripts of hearings of the Tribunal, where available; and
    - d. orders, awards and decisions of the Tribunal.
  - (c) on request and at the cost of the non-disputing Party, all or part of the evidence that has been tendered to the Tribunal.
2. The non-disputing Party has the right to attend a hearing held under this Section.
3. The Tribunal shall accept or, after consultation with the disputing parties, may invite written or oral submissions on issues relating to the interpretation of this Agreement from the non-disputing Party. The Tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the non-disputing Party.

#### Article 23

##### Intervention by third parties

1. The Tribunal shall permit any natural or legal person which can establish a direct and present interest in the result of the dispute (the intervener) to intervene as a third party. The intervention shall be limited to supporting, in whole or in part, the award sought by one of the disputing parties.
2. An application to intervene must be lodged within 90 days of the publication of submission of the claim pursuant to Article 6. The Tribunal shall rule on the application within 90 days, after giving the disputing parties an opportunity to submit their observations.
3. If the application to intervene is granted, the intervener shall receive a copy of every procedural document served on the disputing parties, save, where applicable, confidential documents. The intervener may submit a statement in intervention within a time period set by the Tribunal after the communication of the procedural documents. The disputing parties shall have an opportunity to reply to the statement in intervention. The intervener shall be permitted to attend the hearings held under this Chapter and to make an oral statement.
4. In the event of an appeal, a natural or legal person who has intervened before the Tribunal shall be entitled to intervene before the Appeal Tribunal. Paragraph 3 shall apply *mutatis mutandis*.

5. The right of intervention conferred by this Article is without prejudice to the possibility for the Tribunal to accept amicus curiae briefs from third parties in accordance with Article 18.

6. For greater certainty, the fact that a natural or legal person is a creditor of the claimant shall not be considered as sufficient in itself to establish that it has a direct and present interest in result of the dispute.

#### Article 24

##### Expert Reports

The Tribunal, at the request of a disputing party or, after consulting the disputing parties, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other matters raised by a disputing party in a proceeding.

#### Article 25

##### Indemnification and other Compensation

The Tribunal shall not accept as a valid defence, counterclaim, set-off or similar claim the fact that the claimant or the locally established company has received, or will receive indemnification or other compensation pursuant to an insurance or guarantee contract in respect of all or part of the compensation sought in a dispute initiated pursuant to this Section.

#### Article 26

##### Role of the Parties to the Agreement

1. No Party shall bring an international claim, in respect of a dispute submitted pursuant to Article 6 or in respect of treatment covered by this Section and subject to mediation pursuant to Article 3, unless the other Party has failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. This shall not exclude the possibility of dispute settlement under Section [state-to-state dispute settlement] in respect of a measure of general application even if that measure is alleged to have violated the agreement as regards a specific investment in respect of which a dispute has been initiated pursuant to Article 6. This is without prejudice to Article 22 of this Section or Article 5 of the UNICTRAL Transparency Rules.

2. Paragraph 1 does not preclude informal exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

#### Article 27

##### Consolidation

1. In the event that two or more claims submitted under this Section have a question of law or fact in common and arise out of the same events and circumstances, the respondent may submit to the President of the Tribunal a request for the consolidated consideration of all such claims or part of them. The request shall stipulate:

- (a) the names and addresses of the disputing parties to the claims sought to be consolidated;
- (b) the scope of the consolidation sought; and
- (c) the grounds for the request.

The respondent shall also deliver the request to each claimant in a claim which the respondent seeks to consolidate.

2. In the event that all disputing parties to the claims sought to be consolidated agree on the consolidated consideration of the claims, the disputing parties shall submit a joint request to the President of the Tribunal pursuant to paragraph 1. The President of the Tribunal shall, after receipt of such joint request, constitute a new division (the “consolidating division”) of the Tribunal pursuant to Article 9 which shall have jurisdiction over all or part of the claims which are subject to the joint consolidation request.

3. In the event that the disputing parties referred to in paragraph 2 have not reached an agreement on consolidation within thirty days of the receipt of the request for consolidation referred to in paragraph 1 by the last claimant to receive it, the President of the Tribunal shall constitute a consolidating division of the Tribunal pursuant to Article 9. The consolidating division shall assume jurisdiction over all or part of the claims, if, after considering the views of the disputing parties, it decides that to do so would best serve the interest of fair and efficient resolution of the claims, including the interest of consistency of awards.
4. The consolidated consideration of the claims shall be submitted to the consolidating division of the Tribunal under application of the dispute settlement rules chosen by agreement of the claimants from the list contained in Article 6.
5. If the claimants have not agreed upon the dispute settlement rules within 30 days after the date of receipt of the request for consolidated consideration by the last claimant to receive it, the consolidated consideration of the claims shall be submitted to the consolidating division of the Tribunal under application of the UNCITRAL arbitration rules;
6. Divisions of the Tribunal constituted under Article 9 shall cede jurisdiction in relation to the claims, or parts thereof, over which the consolidating division has jurisdiction and the proceedings of such divisions shall be stayed or adjourned, as appropriate. The award of the consolidating division of the Tribunal in relation to the parts of the claims over which it has assumed jurisdiction shall be binding on the divisions which have jurisdiction over the remainder of the claims, as of the date the award becomes final pursuant to Article 28(6) or 28(7).
7. A claimant whose claim is subject to consolidation may withdraw its claim or the part thereof subject to consolidation from dispute settlement proceedings under this Article and such claim or part thereof may not be resubmitted under Article 6.
8. At the request of the respondent, the consolidating division of the Tribunal, on the same basis and with the same effect as paragraphs 3 and 6 above, may decide whether it shall have jurisdiction over all or part of a claim falling within the scope of paragraph 1 above, which is submitted after the initiation of the consolidation proceedings.
9. At the request of one of the claimants, the consolidating division of the Tribunal may take such measures as it sees fit in order to preserve the confidentiality of protected information of that claimant vis-à-vis other claimants. Such measures may include the submission of redacted versions of documents containing protected information to the other claimants or arrangements to hold parts of the hearing in private.

#### Article 28

##### Provisional Award

1. Where the Tribunal concludes that the treatment in dispute is inconsistent with the provisions referred to in Article 1(1) alleged by the claimant, the Tribunal may, on the basis of a request from the claimant, and after hearing the disputing parties, award only:

- (a) monetary damages and any applicable interest;
- (b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages representing the fair market value of the property at the time immediately before the expropriation or impending expropriation became known, whichever is earlier, and any applicable interest in lieu of restitution, determined in a manner consistent with Article 2.5 of Section 2 of Chapter II (Expropriation).

Where the claim was submitted on behalf of a locally-established company, any award under this paragraph shall provide that:

- (a) any monetary damages and interest shall be paid to the locally established company;
- (b) any restitution shall be made to the locally established company.

The Tribunal may not order the repeal, cessation or modification of the treatment concerned.

2. Monetary damages shall not be greater than the loss suffered by the claimant or, as applicable, the locally established company, as a result of the breach of the relevant provisions of the agreement, reduced by any prior damages or compensation already provided by the Party concerned.
3. The Tribunal may not award punitive damages.
4. The Tribunal shall order that the costs of the proceedings be borne by the unsuccessful disputing party. In exceptional circumstances, the Tribunal may apportion such costs between the disputing parties if it determines that apportionment is appropriate in the circumstance of the case. Other reasonable costs, including the reasonable costs of legal representation and assistance, shall be borne by the unsuccessful disputing party, unless the Tribunal determines that such apportionment is unreasonable in the circumstances of the case. Where only some parts of the claims have been successful the costs shall be adjusted, proportionately, to the number or extent of the successful parts of the claims. The Appeal Tribunal shall deal with costs in accordance with this article.
5. No later than one year after the entry into force of this Agreement, the [...] Committee shall adopt supplemental rules on fees for the purpose of determining the maximum amount of costs of legal representation and assistance that may be borne by an unsuccessful claimant which is a natural person or a small or medium-sized enterprise. Such supplemental rules shall, in particular, take into account the financial resources of such claimants and the amounts of compensation sought.
6. The Tribunal shall issue a provisional award within 18 months of the date of submission of the claim. If that deadline cannot be respected, the Tribunal shall adopt a decision to that effect, which will specify the reasons for such delay. A provisional award shall become final if 90 days have elapsed after it has been issued and neither disputing party has appealed the award to the Appeal Tribunal.
7. Either disputing party may appeal the provisional award, pursuant to Article 29. In such an event, if the Appeal Tribunal modifies or reverses the provisional award of the Tribunal then the Tribunal shall, after hearing the disputing parties if appropriate, revise its provisional award to reflect the findings and conclusions of the Appeal Tribunal. The provisional award will become final 90 days after its issuance. The Tribunal shall be bound by the findings made by the Appeal Tribunal. The Tribunal shall seek to issue its revised award within 90 days of receiving the report of the Appeal Tribunal.

#### Article 29

##### Appeal procedure

1. Either disputing party may appeal before the Appeal Tribunal a provisional award, within 90 days of its issuance. The grounds for appeal are:
  - (a) that the Tribunal has erred in the interpretation or application of the applicable law;
  - (b) that the Tribunal has manifestly erred in the appreciation of the facts, including the appreciation of relevant domestic law; or,
  - (c) those provided for in Article 52 of the ICSID Convention, in so far as they are not covered by (a) and (b).
2. If the Appeal Tribunal rejects the appeal, the provisional award shall become final. The Appeal Tribunal may also dismiss the appeal on an expedited basis where it is clear that the appeal is manifestly unfounded, in which case the provisional award shall become final. If the appeal is well founded, the Appeal Tribunal shall modify or reverse the legal findings and conclusions in the provisional award in whole or part. Its decision shall specify precisely how it has modified or reversed the relevant findings and conclusions of the Tribunal.
3. As a general rule, the appeal proceedings shall not exceed 180 days from the date a party to the dispute formally notifies its decision to appeal to the date the Appeal Tribunal issues its decision. When the Appeal Tribunal considers that it cannot issue its decision within 180 days, it shall inform the disputing parties in writing of the reasons

for the delay together with an estimate of the period within which it will issue its decision. In no case should the proceedings exceed 270 days.

4. A disputing party lodging an appeal shall provide security for the costs of appeal and for any amount awarded against it in the provisional award.

5. The provisions of Articles 8 [Third-Party Financing], 18 [Transparency], 19 [Interim decisions], 20 [Discontinuance], 21 [The non-disputing party to the proceeding] shall apply mutatis mutandis in respect of the appeal procedure.

#### Article 30

##### Enforcement of awards

1. Final awards issued pursuant to this Section by the Tribunal shall be binding between the disputing parties and shall not be subject to appeal, review, set aside, annulment or any other remedy.

2. Each Party shall recognize an award rendered pursuant to this Agreement as binding and enforce the pecuniary obligation within its territory as if it were a final judgement of a court in that Party.

3. Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments or awards in force where such execution is sought.

4. For greater certainty, Article X (Rights and obligations of natural or juridical persons under this Agreement, Chapter X) shall not prevent the recognition, execution and enforcement of awards rendered pursuant to this Section.

5. For the purposes of Article 1 of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, final awards issued pursuant to this Section shall be deemed to be arbitral awards and to relate to claims arising out of a commercial relationship or transaction.

6. For greater certainty and subject to paragraph 1, where a claim has been submitted to dispute settlement pursuant to Article 6(2)(a), a final award issued pursuant to this Section shall qualify as an award under Section 6 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).

#### ANNEX I

##### Mediation Mechanism for investor-to-state disputes

#### Article 1

##### Objective and scope

The objective of the mediation mechanism is to facilitate the finding of a mutually agreed solution through a comprehensive and expeditious procedure with the assistance of a mediator.

#### Article 2

##### Initiation of the Procedure

1. Either disputing party may request, at any time, the commencement of a mediation procedure. Such request shall be addressed to the other party in writing.

Where the request concerns an alleged breach of the agreement by the authorities of the European Union or by the authorities of the Member States of the European Union, and no respondent has been determined pursuant to Article 5 (Request for determination of the respondent), it shall be addressed to the European Union. Where the request is accepted, the response shall specify whether the European Union or the Member State concerned will be a party to the mediation.

2. The party to which such request is addressed shall give sympathetic consideration to the request and accept or reject it in writing within 10 working days of its receipt.

#### Article 3

##### Selection of the Mediator

1. If both disputing parties agree to a mediation procedure, a mediator shall be selected in accordance with the procedure set out in Article 3 of Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System). The disputing parties shall endeavour to agree on a mediator within 15 working days from the receipt of the reply to the request.
2. A mediator shall not be a national of either Party to the Agreement, unless the disputing parties agree otherwise.
3. The mediator shall assist, in an impartial and transparent manner, the disputing parties in reaching a mutually agreed solution.

#### Article 4

##### Rules of the Mediation Procedure

1. Within 10 working days after the appointment of the mediator, the disputing party having invoked the mediation procedure shall present, in writing, a detailed description of the problem to the mediator and to the other disputing party. Within 20 working days after the date of delivery of this submission, the other disputing party may provide, in writing, its comments to the description of the problem. Either disputing party may include in its description or comments any information that it deems relevant.
2. The mediator may decide on the most appropriate way of bringing clarity to the measure concerned. In particular, the mediator may organise meetings between the disputing parties, consult the disputing parties jointly or individually, seek the assistance of or consult with relevant experts and stakeholders and provide any additional support requested by the disputing parties. However, before seeking the assistance of or consulting with relevant experts and stakeholders, the mediator shall consult with the disputing parties.
3. The mediator may offer advice and propose a solution for the consideration of the disputing parties which may accept or reject the proposed solution or may agree on a different solution. However, the mediator shall not advise or give comments on the consistency of the measure at issue with this Agreement.
4. The procedure shall take place in the territory of the Party concerned, or by mutual agreement in any other location or by any other means.
5. The disputing parties shall endeavour to reach a mutually agreed solution within 60 days from the appointment of the mediator. Pending a final agreement, the disputing parties may consider possible interim solutions.
6. Mutually agreed solutions shall be made publicly available. However, the version disclosed to the public may not contain any information that a disputing party has designated as confidential.
7. The procedure shall be terminated:
  - (a) by the adoption of a mutually agreed solution by the disputing parties, on the date of adoption;
  - (b) by a written declaration of the mediator, after consultation with the disputing parties, that further efforts at mediation would be to no avail;
  - (c) by written notice of a disputing party.

#### Article 5

##### Implementation of a Mutually Agreed Solution

1. Where a solution has been agreed, each disputing party shall take the measures necessary to implement the mutually agreed solution within the agreed timeframe.
2. The implementing disputing party shall inform the other disputing party in writing of any steps or measures taken to implement the mutually agreed solution.
3. On request of the disputing parties, the mediator shall issue to the disputing parties, in writing, a draft factual report, providing a brief summary of (1) the measure at issue in these procedures; (2) the procedures followed; and (3) any mutually agreed solution reached as the final outcome of these procedures, including possible interim solutions. The mediator shall provide the disputing parties 15 working days to comment on the

draft report. After considering the comments of the disputing parties submitted within the period, the mediator shall submit, in writing, a final factual report to the disputing parties within 15 working days. The factual report shall not include any interpretation of this Agreement.

#### Article 6

##### Relationship to Dispute Settlement

1. The procedure under this mediation mechanism is not intended to serve as a basis for dispute settlement procedures under this Agreement or another agreement. A disputing party shall not rely on or introduce as evidence in such dispute settlement procedures, nor shall any adjudicative body take into consideration:

- (a) positions taken by a disputing party in the course of the mediation procedure;
- (b) the fact that a disputing party has indicated its willingness to accept a solution to the measure subject to mediation; or
- (c) advice given or proposals made by the mediator.

2. The mediation mechanism is without prejudice to the rights and obligations of the Parties and the disputing parties under Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System) and Chapter Y (State to state Dispute Settlement).

3. Unless the disputing parties agree otherwise, and without prejudice to Article 4(6), all steps of the procedure, including any advice or proposed solution, shall be confidential. However, any disputing party may disclose to the public that mediation is taking place.

#### Article 7

##### Time Limits

Any time limit referred to in this Annex may be modified by mutual agreement between the disputing parties.

#### Article 8

##### Costs

1. Each disputing party shall bear its own expenses derived from the participation in the mediation procedure.

2. The disputing parties shall share jointly and equally the expenses derived from organisational matters, including the remuneration and expenses of the mediator.

Remuneration of the mediator shall be in accordance with that foreseen for Judges of the Tribunal under Article 9 of Section 3 (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System)".

La propuesta presentada por la Comisión Europea, tomando en consideración las inquietudes expresadas en la consulta realizada entre la opinión pública europea, contiene asimismo un código de conducta aplicable a los miembros de los órganos de solución de las controversias previstos en el acuerdo:

#### “ANNEX II

##### Code of Conduct for Members of the Tribunal, the Appeal Tribunal and Mediators

#### Article 1

##### Definitions

In this Code of Conduct:

“member” means a Judge of the Tribunal or a Member of the Appeal Tribunal established pursuant to Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System);

“mediator” means a person who conducts mediation in accordance with Article 4 of Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System);

“candidate” means an individual who is under consideration for selection as a member of the Tribunal or Appeal Tribunal;

“assistant” means a person who, under the terms of appointment of a member, assists the member in his research or supports him in his duties;

“staff”, in respect of a member, means persons under the direction and control of the member, other than assistants;

“party” means a disputing party under Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System).

## Article 2

### Responsibilities to the process

Candidates and members shall avoid impropriety and the appearance of impropriety, shall be independent and impartial, shall avoid direct and indirect conflicts of interest and shall observe high standards of conduct so that the integrity and impartiality of the dispute settlement mechanism is preserved. Former members must comply with the obligations established in Articles 6 and 7 of this Code of Conduct.

## Article 3

### Disclosure obligations

1. Prior to their appointment candidates shall disclose any past and present interest, relationship or matter that is likely to affect their independence or impartiality or that might reasonably create an appearance of impropriety or bias in the proceeding. To this end, candidates shall make all reasonable efforts to become aware of any such interests, relationships or matters.

2. Members shall communicate matters concerning actual or potential violations of this Code of Conduct in writing to the disputing parties.

3. Members shall at all times continue to make all efforts to become aware of any interests, relationships or matters referred to in paragraph 1 of this Article. Members shall disclose such interests, relationships or matters by informing the disputing parties.

## Article 4

### Duties of Members

1. Members shall perform their duties thoroughly and expeditiously throughout the course of the proceeding and shall do so with fairness and diligence.

2. Members shall consider only those issues raised in the proceeding and which are necessary for a decision or award and shall not delegate this duty to any other person.

3. Members shall take all appropriate steps to ensure that their assistant and staff are aware of, and comply with, Articles 2, 3, 5 and 7 of this Code of Conduct.

4. Members shall not engage in ex parte contacts concerning the proceeding.

## Article 5

### Independence and Impartiality of Members

1. Members must be independent and impartial and avoid creating an appearance of bias or impropriety and shall not be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, public clamour, loyalty to a Party or disputing party or fear of criticism.

2. Members shall not, directly or indirectly, incur any obligation or accept any benefit that would in any way interfere or appear to interfere, with the proper performance of their duties.

3. Members may not use their position to advance any personal or private interests and shall avoid actions that may create the impression that they are in a position to be influenced by others.

4. Members may not allow financial, business, professional, family or social relationships or responsibilities to influence their conduct or judgment.

5. Members must avoid entering into any relationship or acquiring any financial interest that is likely to affect their impartiality or that might reasonably create an appearance of impropriety or bias.

#### Article 6

##### Obligations of former members

All former members must avoid actions that may create the appearance that they were biased in carrying out their duties or derived advantage from the decisions or awards of the Tribunal or Appeal Tribunal.

#### Article 7

##### Confidentiality

1. No members or former members shall at any time disclose or use any non-public information concerning a proceeding or acquired during a proceeding, except for the purposes of the proceeding, and shall not, in any case, disclose or use any such information to gain personal advantage or advantage for others or to adversely affect the interest of others.

2. No members shall disclose a decision or award or parts thereof prior to its publication in accordance with the transparency provisions of Article 19 of Section X (Resolution of Investment Disputes and Investment Court System) as applicable.

3. No members or former members shall at any time disclose the deliberations of the Tribunal or Appeal Tribunal, or any member's views, whatever they may be.

#### Article 8

##### Expenses

Each member shall keep a record and render a final account of the time devoted to the procedure and of the expenses incurred, as well as the time and expenses of their assistant and staff.

#### Article 9

##### Mediators

The rules set out in this Code of Conduct as applying to members or former members shall apply, *mutatis mutandis*, to mediators".

En el plano procesal conviene destacar que la Comisión Europea ha tomado buena nota de los recelos de parte de la opinión pública europea hacia el arbitraje de inversiones y, sin excluirlo, ha tratado de modificar las bases sobre las que se asentaría su invocación al calor de este acuerdo internacional. En primer lugar, estableciendo mecanismos alternativos de resolución de las controversias e impulsando la mediación como alternativa al arbitraje de inversiones. En segundo lugar, creando un sistema arbitral que consagra la vieja aspiración de crear un mecanismo de apelación a las decisiones de los tribunales arbitrales. En efecto, la Comisión Europea ha concebido la creación tanto de un tribunal de primera instancia como de un tribunal de apelación que puedan resolver los arbitrajes de inversión iniciados en el contexto del acuerdo. De nuevo aquí nos encontramos algunos ejemplos que reflejan esta tendencia por erosionar el elemento privado en el arbitraje de inversiones, como es el caso del procedimiento para la designación de los miembros de los tribunales que recae en los sujetos partes del

acuerdo. Y, en tercer lugar, estableciendo la aplicación de las Reglas de Transparencia de la CNUDMI a los arbitrajes de inversión sometidos a este acuerdo se permitirá introducir mayor transparencia, facilitando el acceso de terceros a los arbitrajes en calidad de intervinientes no litigantes (*amicus curiae*), así como la publicidad de los documentos relacionados con el arbitraje y la apertura al público de las audiencias.

En cualquier caso, el sistema jurisdiccional de arreglo de las controversias establecido por el “TTIP” no resuelve una de las grandes particularidades que presenta el DI de las inversiones: la ausencia de un cuerpo jurisprudencial coherente y centralizado. En efecto, el sistema de arreglo de las controversias previsto en la propuesta de “TTIP” mantiene, en esencia, el mismo mecanismo arbitral que hasta ahora se ha venido utilizando en este sector normativo. Es cierto que lo institucionaliza de una forma notable, pero no por ello permuta su naturaleza arbitral. Si cada acuerdo que celebra la UE en la materia a partir de ahora establece un sistema arbitral de esta naturaleza y los miembros elegidos por las partes para formar parte de estos tribunales de arbitraje y apelación no coinciden, no se avanzará en la creación de un cuerpo jurisprudencial coherente, similar al que caracteriza a las principales jurisdicciones internacionales.

Por su parte, por lo que respecta a la negociación del acuerdo de libre comercio con Singapur, la Comisión Europea ha presentado ante el Tribunal de Justicia de la UE un dictamen donde solicita definir el alcance de la competencia atribuida en el Tratado de Funcionamiento de la UE<sup>19</sup> y, en consecuencia, busca determinar si la competencia para celebrar dicho acuerdo recae únicamente en la UE o si, por el contrario, el acuerdo controvertido debería celebrarse de forma mixta. El texto de la solicitud de dictamen formulada por la Comisión<sup>20</sup> reza lo siguiente:

“Does the Union have the requisite competence to sign and conclude alone the Free Trade Agreement with Singapore? More specifically, which provisions of the agreement fall within the Union’s exclusive competence?; which provisions of the agreement fall within the Union’s shared competence?; and is there any provision of the agreement that falls within the exclusive competence of the Member States?”.

El dictamen del Tribunal de Luxemburgo, sin duda, tendrá importantes repercusiones en la política europea de protección de las inversiones extranjeras, de manera similar al impacto que en su momento produjo el dictamen 1/94 relativo a los acuerdos celebrados en el contexto de la Organización Mundial del Comercio.

---

<sup>19</sup> Sobre este expediente, en la doctrina: véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52 (2015), pp. 871-907; y LÓPEZ BOFILL, H., “Evolució del marc constitucional de la Unió Europea en la regulació de la inversió estrangera directa”, *Revista catalana de dret públic*, nº 51 (2015), pp. 104-121.

<sup>20</sup> Doc. C (2014) 8218 final, de 30-10-2014.

## 2. Desarrollos en la práctica española en materia de protección de las inversiones extranjeras<sup>21</sup>

Por lo que respecta a la práctica española, en primer lugar, conviene resaltar que durante el año 2015 han continuado presentándose arbitrajes de inversiones contra el Reino de España a propósito de las reformas introducidas en el régimen de promoción de las energías renovables, en particular quince arbitrajes han sido registrados ante el CIADI en virtud de las disposiciones del TCE: *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/1); *STEAG GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/4); *9REN Holding S.a.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/15/15); *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/16); *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/20); *Mathias Kruck y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/23); *KS Invest GmbH y TLS Invest GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/25); *JGC Corporation c. España* (caso CIADI n° ARB/15/27); *Cavalum SGPS, S.A. c. España* (caso CIADI n° ARB/15/34); *E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH y E.ON Iberia Holding GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/35); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36); *SolEs Badajoz GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/38); *Hydro Energy 1 S.à.r.l. y Hydroxana Sweden AB c. España* (caso CIADI n° ARB/15/42); *Watkins Holdings S.à.r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44); y *Landesbank Baden-Württemberg y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/45).

Asimismo, interesa señalar que la empresa española *Abertis* ha iniciado un arbitraje contra Argentina (caso CIADI n° ARB/15/48), a resultas de las medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión a propósito de la ejecución del proyecto de construcción de una autopista, sobre la base del APPRI celebrado entre Argentina y España (firmado el 3-10-1991). En el momento de cerrar estas líneas, consta que la empresa demandante ha designado como árbitro a W. Deboise (estadounidense) y Argentina a E. Valencia-Ospina (colombiano).

Por su parte, otros tres arbitrajes iniciados por inversores españoles han finalizado en el año 2015. En primer lugar, el 9-4-2015 un tribunal arbitral del CIADI se pronunció sobre la determinación de la indemnización en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/19) de manera favorable a las pretensiones de la demandante, lo que ha supuesto el registro de una solicitud de anulación por parte del Estado receptor de la inversión el 21-8-2015; solicitud que se encuentra pendiente al momento de cerrar estas líneas y que será conocida por una comisión *ad hoc* compuesta por K. Sachs (alemán), T.A. Carmichael (barbadense) y R. Oreamuno Blanco (costarricense). Muy relacionado con el anterior, en segundo lugar, el 4-12-2015 se dictó el laudo en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/17). En este litigio, la parte demandada ha presentado una solicitud de rectificación el 28-1-2016 contra dicho laudo. Y, en tercer

<sup>21</sup> Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco Pascual Vives.

lugar, la comisión *ad hoc* creada para resolver el recurso de anulación solicitado por Honduras en el caso *Elsamex, S.A. c. Honduras* (caso CIADI nº ARB/09/4), compuesta por A. Jana Linetzky (chileno), J. Paulsson (sueco-francés) y A.R. Castellanos Howell (guatemalteco), dictó una orden el 21-4-2015 declarando la terminación del procedimiento de anulación en virtud de las Reglas de arbitraje del CIADI. Como todavía no se han hecho públicos los materiales de la práctica relativos a estos tres casos, su comentario no se ha incluido en esta crónica. No obstante, si finalmente se publican nos ocuparemos de ellos en próximas crónicas si entendemos que su contenido resulta de interés para el estudio de la práctica española.

En lo tocante a la finalización de arbitrajes contra España, antes de que comiencen a resolverse los laudos relativos al sector de las energías renovables, el 14-8-2015 se dictó el Laudo sobre el fondo en el caso *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. y IGB18 Las Rozas, S.L. c. España* (caso CIADI nº ARB/12/17), un arbitraje de inversión gestionado por un único árbitro, el costarricense R. Oreamuno Blanco. Como el procedimiento fue declarado confidencial, a instancia de la parte demandada, carecemos de materiales y fuentes documentales que permitan analizar las conclusiones del árbitro. No obstante, de la escasa información que ha trascendido, consta que el árbitro dictó una decisión sobre jurisdicción el 21-6-2013, entendemos que declarándose competente para conocer sobre la controversia porque entre los días 21 a 24-11-2014 se celebraron audiencias sobre responsabilidad y determinación de la indemnización en Madrid.

Por último, por lo que se refiere a los APPRI celebrados por España, durante el año 2015 se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* los APPRI celebrados con Senegal (*BOE*, 19-3-2015) y Bárein (*BOE*, 3-4-2015)<sup>22</sup>, así como la entrada en vigor del APPRI celebrado con Guinea Ecuatorial (*BOE*, 17-2-2015) que se viene aplicando provisionalmente desde el año 2004 (*BOE*, 12-1-2004).

De la misma forma, conviene señalar que la Comisión Europea publicó el listado de APPRI celebrados por los Estados miembros que considera compatibles con el Derecho de la UE (*DO*, 24-4-2015) y entre los que se encuentran todos los celebrados por España, salvo los APPRI intra-UE celebrados con Bulgaria (*BOE*, 16-6-1998), Croacia (*BOE*, 29-10-1998), la entonces Checoslovaquia (*BOE*, 7-2-1992), Eslovenia (*BOE*, 12-5-2000), Estonia (*BOE*, 15-7-1998), Hungría (*BOE*, 9-9-1992), Letonia (*BOE*, 5-6-1997), Lituania (*BOE*, 25-1-1996), Polonia (*BOE*, 4-6-1993) y Rumania (*BOE*, 23-11-1995). En este listado figuran, además, varios APPRI firmados pero todavía no publicados oficialmente en el *Boletín Oficial del Estado* al cierre de estas líneas, a saber: Angola (firmado el 21-11-2007), Arabia Saudí (firmado el 9-4-2006), Congo (firmado el 18-12-2007), Etiopía (firmado el 17-3-2009), Gambia (firmado el 17-12-2008) y Yemen (29-1-2008). El APPRI celebrado entre España y Mauritania, firmado el 24-7-2008, también es recogido en el listado y fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 26-3-2016.

---

<sup>22</sup> Véase nuestro comentario de ambos APPRI en PASCUAL VIVES, F., "Publicación de los APPRI celebrados por España con Senegal y Baréin: Consecuencias jurídicas de su aplicación en el contexto de la política europea de inversiones", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, nº 2 (2015), pp. 254-258.

### 3. Novedades legislativas en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversiones en España<sup>23</sup>

El año 2015 dejó dos interesantes novedades legislativas que afectan al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en España y, en particular, a los derivados de arbitrajes de inversiones.

En primer lugar, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOE*, 31-7-2015), que pasó a regular el procedimiento interno de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales extranjeras en el régimen autónomo, sustituyendo a los vetustos artículos 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los cuales declaró expresamente derogados (Disposición derogatoria única, apartado 1). Dado que se trata de una materia objeto de análisis primordial para la práctica de DI privado<sup>24</sup>, por nuestra parte nos limitaremos a señalar que esta norma resultará aplicable en los casos en que se plantee ante tribunales españoles la ejecución forzosa de un laudo arbitral de inversiones no CIADI en cuanto que laudo “extranjero”. Dicho laudo deberá obtener un *exequatur* previo conforme al procedimiento previsto en los artículos 52-55 de la Ley de Cooperación Jurídica (por remisión del artículo 46.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje; *BOE*, 26-12-2003) y bajo el régimen de condiciones establecido en el artículo V del Convenio de Nueva York de 10-6-1958 (*BOE*, 11-7-1977); y será ejecutado forzosamente como título ejecutivo conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 50 de la Ley de Cooperación Jurídica y artículo 523.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En segundo lugar, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (*BOE*, 28-10-2015). Igualmente, dado que se trata de un ámbito de esencial estudio para la práctica de DI público<sup>25</sup>, en la presente crónica destacaremos solamente que su artículo 16 resulta relevante a nuestros efectos por varias razones. El artículo 16 establece como sigue:

---

<sup>23</sup> Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ BENOT, A., “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1 (2016), pp. 234-259; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1 (2016), pp. 99-108; y GARDEÑES SANTIAGO, M., “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1 (2016), pp. 109-119.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, FERRER LLORET, J., “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho? Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1 (2016), pp. 73-84; y GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades ¿juego de espejos en el callejón del gato?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1 (2016), pp. 85-97.

“Artículo 16. Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral.

Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a:

- a) La validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral;
- b) El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros;
- c) La confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o
- d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros”.

El artículo 16 se encuentra sistemáticamente ubicado en el Capítulo I del Título I de la Ley Orgánica sobre Inmunidades, que se refiere a la *inmunidad de jurisdicción* del Estado extranjero ante los tribunales españoles. Constituye una disposición favorable al cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas por un Estado a resultas de un convenio arbitral y elimina la posibilidad de que el Estado en cuestión bloquee un procedimiento judicial en relación con un convenio arbitral y sus efectos por alegar inmunidad de jurisdicción. Este artículo 16 completa el artículo 2.2 de la Ley de Arbitraje, que contiene una regla relacionada con el artículo 16.a) de la nueva Ley Orgánica sobre Inmunidades y que tiene influencia directa del artículo 177.2 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18-12-1987:

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

En cuanto a la ejecución del laudo, objeto de esta crónica, el artículo 16.d) impediría al Estado extranjero invocar la inmunidad de jurisdicción respecto del “reconocimiento de los efectos” del laudo y siempre que se trate de un laudo *extranjero*. Es de destacar que este inciso (d) es creación original del Derecho interno español (fue incluido *expressis verbis* en el Anteproyecto de Ley Orgánica al parecer a sugerencia del Consejo General del Poder Judicial en su informe de 28-5-2015 (Conclusión 20ª) y no fue modificado durante su tramitación parlamentaria), mientras que el resto de la disposición (incisos (a-c)) está claramente inspirada por el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecha en Nueva York el 2-12-2004, a la que España se adhirió por instrumento de 21-9-2011 pero que, como es bien sabido, aún no ha entrado en vigor ni de manera general ni para España:

“Efectos de un convenio arbitral. Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a:

- a) la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral;
  - b) el procedimiento de arbitraje, o;
  - c) la confirmación o anulación del laudo;
- a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.”

A nuestro entender la dicción del artículo 16.d) de la Ley Orgánica sobre Inmunities presenta algunas ambigüedades y deficiencias que parecen sacar varios supuestos de hecho de la excepción de la inmunidad de jurisdicción (en otras palabras, en varios supuestos el Estado podría beneficiarse de su inmunidad de jurisdicción):

*Primero*, cuando el procedimiento ante el tribunal español no sea de mero “reconocimiento de los efectos” del laudo, como dice el artículo 16.d) sino, muy especialmente, cuando sea de “ejecución”. Esto es, retomando la terminología propia del DI privado, cuando en el procedimiento judicial se pretenda: bien obtener el executur del laudo previo, conforme a la citada Ley de Cooperación Jurídica y al Convenio de Nueva York; bien la posterior ejecución forzosa en España bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil. No parece razonable pensar que el legislador español es partidario de restringir la inmunidad de jurisdicción a casos de *reconocimiento* de laudos, poco frecuentes y mucho menos importantes que los de *ejecución* del laudo (sea en sede de executur o de ejecución forzosa) en los que el interesado intenta hacer valer efectos del laudo tan importantes para él como, por ejemplo, una condena a una indemnización pecuniaria.

*Segundo*, el artículo 16.d) no se refiere a los laudos CIADI que tengan que ejecutarse en España. En efecto, la norma se refiere a los laudos “*extranjeros*” que, por aplicación del artículo 46 de la Ley de Arbitraje, sí están sujetos a la obtención de un executur previo a su ejecución forzosa en España. Sin embargo, por mor del artículo 54.1 del Convenio CIADI, no hay executur para la ejecución de las obligaciones pecuniarias incluidas en el laudo CIADI, como ya se ha reconocido en la jurisprudencia española analizada en anteriores crónicas (REEI, vol. 27, pp. 74-77). Los laudos CIADI no tienen sede y no son *extranjeros*, sino *internacionales*. De nuevo, no parece razonable pensar que el legislador español admite la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros cuando se trate de ejecutar un laudo CIADI contra ellos en España. Aparte de que ya existe práctica española admitiendo sin problema esa ejecución (*Pey Casado c. Chile*), una interpretación en pro de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en sede de ejecución de un laudo CIADI podría llevar a España a incumplir las obligaciones contraídas bajo los artículos 53-54 del Convenio CIADI.

*Tercero*, el artículo 16 en general solo se refiere a “transacciones mercantiles”, esta vez sí por influencia de la Convención sobre inmunidades. El artículo 2.n) de la Ley Orgánica incluye una definición de “transacción mercantil”<sup>26</sup> calcada de la definición inserta en el artículo 2.1.c) y de la aclaración del artículo 2.2 de la citada Convención que lleva, en todo caso, a la existencia de un *contrato* entre el Estado y un particular

---

<sup>26</sup> “Transacción mercantil: todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo. Para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil”, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción”.

extranjero en relación con el cual las partes celebraron un convenio arbitral (sea mediante cláusula inserta en el contrato o un compromiso posterior al nacimiento de la disputa). Es evidente que la dicción del artículo 16 deja fuera, al menos, aquellos arbitrajes bajo tratados de protección de inversiones bilaterales o multilaterales en los que no hubiera una relación comercial preexistente entre el Estado y el inversor (por ejemplo, en casos de expropiaciones directas generales como en *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. Zimbabwe* (caso CIADI n° ARB/05/6), *Bernhard von Pezold y otros c. Zimbabwe* (caso CIADI n° ARB/10/15) o *Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited y Hangani Development Co. (Private) Limited c. Zimbabwe* (caso CIADI n° ARB/10/25)). También se puede discutir si están fuera o no de la excepción del artículo 16 aquellos arbitrajes, sea meramente bajo contrato o bajo tratado de protección de inversiones, que deriven por ejemplo de un contrato de inversión extranjera en un sector regulado y que, sea por su naturaleza o su función, no pueda calificarse como “mercantil”<sup>27</sup>.

La solución a los tres supuestos de hecho no es sencilla. Entendemos que hay suficiente identidad de razón entre el supuesto de hecho previsto en el artículo 16 y los tres mencionados anteriormente para que, mediante una aplicación por analogía del artículo 16, se extienda a estos la excepción a la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, hay que recordar que la Ley Orgánica de Inmунidades parte en el artículo 4 (como hace la Convención en su artículo 5) del principio o presunción general de reconocimiento de inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y sus bienes ante los órganos jurisdiccionales españoles; y recoge en los artículos 9-16 excepciones de carácter tasado a la inmunidad de jurisdicción. En esta tesitura, no podemos sino destacar que la *FSIA* estadounidense de 1976, aplicada profusamente en la jurisprudencia sobre ejecución de laudos arbitrales comentada en este volumen de la crónica, recoge en el artículo 1605.a.6 una excepción a la inmunidad de jurisdicción mucho más conveniente para la realidad del arbitraje internacional con parte estatal:

“A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case— (...) (6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable”.

---

<sup>27</sup> Véase GÓMEZ JENE, M., “Inmunidad y transacciones mercantiles internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 1 (2011), pp. 155-178 (pp. 158 y 173); y GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2005)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 2 (2011), pp. 145-169 (pp. 155-156 y 158).

Como se puede ver, la *FSIA* no se refiere a “transacción mercantil” sino a “defined legal relationship, whether contractual or not” y abarca casos en los que se pretende la “confirmación del laudo” para su ejecución posterior y el laudo “is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards”, por tanto casos bajo el Convenio CIADI y el Convenio de Nueva York. Nos remitimos, entonces, a los comentarios sobre aplicación de esta norma *supra* en *Mobil c. Venezuela (United States District Court for the Southern District of New York* de 13-2-2015), *Belize Social Development c. Belice (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* de 21-7-2015) y *Chevron c. Ecuador (United States Court of Appeal for the District of Columbia* de 4-8-2015) para observar cómo en los Estados Unidos de América los tres supuestos de hecho mencionados anteriormente estarían cubiertos por la excepción a la inmunidad de jurisdicción.

Finalmente, es de destacar que la extinción de la X Legislatura de la Democracia el 27-10-2015 se llevó por delante todo vestigio del anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que fue objeto de análisis sucinto en nuestra crónica (*REEI*, vol. 27, p. 77) y que habría sido relevante a los efectos de la ejecución de laudos de inversiones en España. La efímera XI Legislatura, extinta el 3-5-2016 (actualmente bajo la forma de Diputación Permanente), se consagró a otros temas, como es notorio. En estos momentos España no cuenta con legislación específica para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversiones, especialmente CIADI, y sea el Estado demandado un tercero o el propio Reino de España (como es el caso de los al menos 29 procedimientos arbitrales bajo el TCE pendientes en estos momentos). Pero ello no impide que las normas existentes sean suficientes para atender una solicitud de ejecución de un laudo de inversiones en España.