

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2013)

Coordinador: Francisco José Pascual Vives¹

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

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

I. INTRODUCCIÓN⁷

En nuestra cuarta “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” son objeto de análisis once decisiones y laudos dados a conocer en el año 2013 y que han sido seleccionados atendiendo al especial interés que presentan para la práctica española en el Derecho internacional (DI) económico. En primer lugar, se examina una serie de laudos dictados por órganos arbitrales constituidos conforme al sistema institucional del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en los que se presta especial atención tanto a las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, como a los problemas de fondo. Asimismo, se presentan tres decisiones que resuelven recursos de anulación, junto con otras resoluciones en las que la principal problemática reside en las relaciones entre subsistemas jurídicos distintos. Por último, el trabajo se completa con el análisis de dos decisiones dictadas por tribunales nacionales que traen causa de la solicitud de

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

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

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

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

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

⁶ Doctor en Derecho y Abogado (joseangel.rueda@cuatrecasas.com). Redacta los epígrafes VI y VII.

⁷ Epígrafe elaborado por la Profa. Laura Aragonés Molina.

reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en el contexto del arbitraje de inversiones.

Por orden de publicación, en primer lugar, se presenta el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia ur partzuergoa c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26). El tribunal arbitral, presidido A. Bucher (suizo) y formado por C. McLachlan (neozelandés) y P.J. Martínez-Fraga (estadounidense), dirimió la controversia a la luz del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante, APPRI) celebrado entre Argentina y España (*BOE*, 18-11-1992), conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio CIADI) (*BOE*, 13-9-1994) y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. En su decisión sobre jurisdicción de 19-12-2012, el órgano arbitral rechazó las tres excepciones planteadas por la parte demandada, a saber: 1) incumplimiento por la demandante del deber de someter la controversia previamente a los tribunales internos durante 18 meses antes de iniciar el arbitraje de inversiones; 2) falta de legitimidad para entablar la reclamación al pertenecer ese derecho a otra persona jurídica; y, por último, 3) la inversión no quedaría protegida por el APPRI.

En segundo lugar, se analiza el caso *Vanessa Ventures Ltd. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB(AF)04/6). La controversia fue resuelta en virtud del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela (firmado el 1-7-1996), conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI. En su laudo sobre el fondo de 16-1-2013, el órgano arbitral, presidido por V. Lowe (británico) y formado por Ch.N. Brower (estadounidense) y B. Stern (francesa), concluyó que no había existido violación de los derechos que de conformidad con el citado APPRI pudieran corresponder a la demandante. En particular, el tribunal determinó que la demandante había recibido un trato justo y equitativo y que no se había vulnerado la obligación de garantizar la plena protección y seguridad que preveía el APPRI.

En tercer lugar, es objeto de estudio el caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/5), ventilado por medio de Decisión de 8-2-2013. El tribunal arbitral, presidido por C. McLachlan (neozelandés) y formado por los árbitros A. Rigo Sureda (español) y B. Stern (francesa), estimó la primera excepción a la jurisdicción planteada por Venezuela con fundamento en el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela, rechazando, sin embargo, la segunda excepción invocada por la demandada sobre la base del Artículo 8 del APPRI celebrado entre Barbados y Venezuela (firmado el 15-7-1994). En consecuencia, el procedimiento proseguiría en relación con las reclamaciones referentes a los supuestos incumplimientos del citado APPRI por parte de la demandada.

En cuarto lugar, el caso *RSM Production Corporation c. República Centroafricana* (Caso CIADI n° ARB/07/02) tiene por objeto una demanda de anulación de un Laudo de 11-7-2011, por el que un tribunal arbitral presidido por M. Azzedine Kettani (marroquí), y compuesto por B. Stern (francesa) y Ph. Merle (francés), aceptó la suspensión de un contrato de exploración de hidrocarburos sobre la base de una cláusula de fuerza mayor

prevista en el mismo y otorgó a la demandante una indemnización por los daños sufridos durante ese periodo de suspensión. La causa en la que *RSM Production Corporation* fundó el recurso de anulación fue la falta de motivación del laudo, prevista en el Artículo 52.1.e) del Convenio CIADI. La Comisión *ad hoc* de anulación compuesta por B.M. Cremades (español), como presidente, y por A.A. Yusuf (somalí) y F. Mantilla-Serrano (colombiano), rechazó la solicitud de anulación mediante Decisión de 20-3-2013 e impuso a la demandante al pago de los gastos del procedimiento y honorarios de los árbitros.

En quinto lugar, destaca el caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI nº ARB/06/3). La empresa demandante inició el procedimiento arbitral conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI y sustentó su solicitud de arbitraje en la supuesta violación del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Rumania (firmado el 19-4-1994). En particular, la demandante alegaba que el Gobierno de Rumania había ordenado una serie de investigaciones, que consideraba extraordinarias e irracionales, en el marco de un procedimiento criminal para combatir la corrupción, así como otra serie de controles, sobre *Rompetrol Refinery S.A.*, en la que era accionista la demandante, y que todo ello constituía un trato discriminatorio y arbitrario de sus inversiones, contrario a lo dispuesto en el Artículo 3.1 del APPRI, el Artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía (*BOE*, 17-5-1995 y corr. err. 14-7-1995) y el Derecho rumano. El órgano arbitral, presidido por F. Berman (británico) e integrado por los árbitros D.F. Donovan (estadounidense) y M. Lalonde (canadiense), no apreció que el trato otorgado por parte de las autoridades rumanas supusiera en sí mismo un incumplimiento de los Artículos 3.1 y 3.5 del APPRI, referentes al trato justo y equitativo y a la aplicación de las disposiciones más favorables. No obstante, el tribunal admitió una infracción de estos preceptos sólo y exclusivamente en el modo en que se desarrolló la investigación criminal, sin quedar demostrado que esta infracción hubiera producido pérdidas económicas para el demandante. El órgano arbitral, por último, no acogió la petición alternativa de compensación por los daños morales presentada por la demandante.

En sexto lugar, el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (Caso CIADI nº ARB/10/7) se ventiló con arreglo al Convenio CIADI, a las Reglas de Arbitraje del CIADI y a la luz del Artículo 10 del APPRI celebrado entre Suiza y Uruguay (firmado el 7-10-1988), en relación con un supuesto perjuicio sufrido por las demandantes causado por la promulgación de diversas normas destinadas a proteger salud pública. La demandada presentó, por otra parte, una reclamación por denegación de justicia y alegó tres excepciones a la jurisdicción, a saber: 1) incumplimiento por las demandantes de los requisitos jurisdiccionales; 2) sustracción de las medidas de salud pública del alcance de las protecciones otorgadas a los inversores de conformidad con el Artículo 2 del APPRI; y 3) exclusión del concepto de “inversión” de las actividades de las demandantes en Uruguay según el Artículo 25 del Convenio CIADI. El órgano arbitral compuesto por P. Bernardini (italiano), presidente, G. Born (estadounidense) y J. Crawford (australiano), árbitros, resolvió que tenía jurisdicción para entender de las reclamaciones referidas a los supuestos incumplimientos del mencionado APPRI, así como para entender de la reclamación sobre denegación de justicia prevista en el Artículo 46 del Convenio CIADI.

En séptimo lugar, en el caso *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán* (Caso CIADI n° ARB/10/1) la controversia se dirimió al calor del APPRI celebrado entre Turquía y Turkmenistán (firmado el 2-5-1992) y conforme al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI. El demandado alegó, como excepción a la jurisdicción del tribunal, que la empresa demandante no había sometido la controversia previamente a los tribunales nacionales y no se había emitido una decisión en el plazo de un año, requisito previsto en el Artículo VII.2 del APPRI. El tribunal arbitral, presidido por J.W. Rowley (canadiense) y formado por los árbitros W.W. Park (estadounidense) y Ph. Sands (británico-francés), acogió dicha excepción, declaró su falta de jurisdicción y, por tanto, desestimó las reclamaciones de la demandante, quien tuvo que pagar una indemnización de 1.000.645,75 dólares estadounidenses en concepto de gastos legales derivados del procedimiento arbitral. Conviene advertir que este litigio es objeto de un procedimiento de anulación instando por la parte demandante el 27-1-2014.

En octavo lugar, en el caso *Malicorp Limited c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/08/18), se interpuso un recurso de anulación contra el Laudo de 7-2-2011 emitido por un tribunal arbitral presidido por P. Tercier (suizo) y compuesto como árbitros por L.O. Baptista (brasileño) y P.-Y. Tschanz (suizo), en el que pese a declararse competente para conocer de la controversia, concluía que el inversor extranjero no tenía derecho a obtener una compensación derivada de los comportamientos desarrollados por las autoridades egipcias. Las causas que fundamentaron el recurso de anulación fueron tres, previstas todas ellas en el Artículo 52 del Convenio CIADI, a saber: 1) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; 2) extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades; y 3) falta de motivación del laudo. La Comisión *ad hoc*, que estuvo presidida por A. Rigo Sureda (español) y formada por S.A. Alexandrov (búlgaro) y E. Silva Romero (colombiano-francés), desestimó la demanda, entendiendo que el tribunal arbitral que emitió el laudo objeto de anulación había aplicado correctamente el derecho interno egipcio.

En noveno lugar, en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2), que ya fue objeto de análisis en nuestra Crónica de junio de 2012, Chile presentó una solicitud de decisión suplementaria a la decisión de anulación, emitida el 18-12-2012, por la que se anulaba parcialmente el laudo dictado el 8-5-2008 en el caso CIADI de referencia. La solicitud de decisión suplementaria se refiere a la aplicación de intereses moratorios sobre los montos adeudados en concepto de costos y gastos en relación con la parte no anulada del laudo, con la decisión del tribunal sobre la revisión de 18-11-2009 y con la decisión de anulación. La Comisión *ad hoc* rechazó la solicitud de decisión suplementaria a la decisión de anulación, ratificó que determinados párrafos de la parte dispositiva, así como también el cuerpo del laudo, a excepción de la Sección VIII, constituían cosa juzgada y, por consiguiente, Chile debía pagar intereses compuestos a una tasa anual del 5% sobre la suma de más de 3 millones de dólares estadounidenses del 8-5-2008 al 19-6-2013, e intereses compuestos a la tasa anual del 5% sobre los intereses devengados desde el 19-6-2013 hasta la fecha de pago total. Por último, ordenó a Chile que pagara las costas del CIADI incurridas con ocasión de esta etapa del procedimiento de anulación y que cada parte asumiera sus propios costos de

representación. La Comisión *ad hoc* estuvo compuesta por L.Y. Fortier, presidente (canadiense), P. Bernardini (italiano) y A. El-Kosheri (egipcio).

En décimo lugar, en el caso *Ion Micula, Viorel Micula, S.C., European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (Caso CIADI n°ARB/05/20), la parte demandante inició un procedimiento arbitral conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI y al Convenio CIADI y alegó que Rumania había incumplido el APPRI celebrado entre Suecia y Rumania (firmado el 1-4-2003). En concreto, la demandante invirtió determinadas cantidades de dinero en el desarrollo de una región desfavorecida de este país a cambio de beneficiarse de unos incentivos fiscales previstos en una norma del Gobierno rumano de 1998, en el marco de una política gubernamental de desarrollo de aquellas regiones consideradas más pobres o desfavorecidas, confiando en que esos incentivos se mantendrían durante 10 años. Sin embargo, Rumania revocó estos incentivos arguyendo su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea (UE) en materia de ayudas de Estado. Por lo tanto, se planteaba en este caso un problema de relaciones entre distintos subsistemas jurídicos. Mediante Laudo de 11-12-2013, el tribunal decidió por mayoría que el demandado no había violado las obligaciones que le imponía el Artículo 2.4 del APPRI relativas a la protección de las inversiones extranjeras; ahora bien, declaró que la inversión de la demandante no había recibido un trato justo y equitativo conforme al Artículo 2.3 del APPRI, e impuso a la demandada la obligación de abonar la suma de 376.433.229 lei rumanos más intereses, en concepto de daños. El tribunal fue presidido por L. Lévy (suizo-brasileño) y formado por los árbitros S.A. Alexandrov (búlgaro) y G. Abi-Saab (egipcio). Cabe advertir con relación a esta controversia que el 18-4-2014 Rumania presentó una solicitud de anulación.

En undécimo lugar, el caso *TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/10/23) se analiza en dos vertientes; por un lado, respecto a la jurisdicción y competencia del tribunal; por otro, por cuanto se refiere al fondo. Comenzando por las excepciones a la competencia del tribunal, la parte demandada adujo que la demandante: 1) planteaba un mero desacuerdo regulatorio relativo a la interpretación de normas de derecho guatemaltecas cuya interpretación no correspondía a un tribunal arbitral internacional, sino a los tribunales de Guatemala, los cuales ya se habían pronunciado; 2) no podía servirse de un mecanismo internacional para presentar una apelación a tal decisión, sino que únicamente podría haber presentado un recurso por denegación de justicia y no lo hizo; y 3) el tribunal debería seguir la jurisprudencia asentada en el caso *Iberdrola* a favor de Guatemala, decisión que fue comentada en el anterior volumen de esta Crónica (junio de 2013). El tribunal, presidido por A. Mourre (francés) y formado por los árbitros W.W. Park (estadounidense) y C. von Wobeser (mexicano), concluyó que era competente para conocer de la controversia. Por cuanto se refiere a la cuestión de fondo, el tribunal declaró que Guatemala violó la obligación de conferir a la inversión de *TECO* un trato justo y equitativo en virtud del Artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (firmado el 5-8-2004) (en adelante, CAFTA-DR), debiendo pagar 21.100.552 dólares estadounidenses a *TECO* en concepto de daños más los intereses correspondientes, además de sufragar en su totalidad sus propios costos y desembolsar la suma de 7.520.695,39 dólares estadounidenses en concepto de gastos y costos legales

correspondientes a *TECO*. Conviene advertir que ambas partes han iniciado sendos procedimientos de anulación contra dicho laudo el 22-4-2014.

Asimismo, el epígrafe VI de la presente Crónica estudia una serie de decisiones dictadas por tribunales internos en España y los Estados Unidos de América relativas a las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversiones. Se trata del ya citado caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2) y del caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8).

II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO⁸

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

1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

La decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26, Decisión de 19-12-2012), resolvió distintas objeciones planteadas a la jurisdicción del tribunal, la primera de las cuales se refería a cuestiones relacionadas con el consentimiento al arbitraje.

La primera cuestión que debió dilucidar el tribunal se refería a la necesidad de cumplir el requisito de los 18 meses de litigación interna en los tribunales argentinos como condición previa al sometimiento de la controversia a arbitraje, conforme a lo establecido por el APPRI celebrado entre Argentina y España. En particular, las demandantes invocaban los APPRI celebrados con Chile y Francia que permitían al inversor extranjero acudir directamente al arbitraje internacional sin necesidad de presentar una previa demanda ante los tribunales argentinos. De manera subsidiaria, las demandantes argumentaban que, en todo caso, habría sido imposible resolver la controversia ante los tribunales argentinos en el plazo de 18 meses prescrito por el Artículo X.3.a) del APPRI antes de someterla a arbitraje internacional. El tribunal procedió a averiguar el objetivo y la relevancia de la “regla de los 18 meses”:

“107. When considering the purpose of the 18 month rule as it is emerging from the analysis of the BIT and the explanations provided by the Parties, the Tribunal has to start by referencing the fundamental principle contained in Article 31 of the Vienna Convention providing that a treaty be “interpreted in good faith and in the light of its object and purpose” and that such interpretation must be in accordance with the terms of the treaty in their context. This principle based on purpose and good faith gives rise to the principle of effectiveness requiring an interpretation that has an effective meaning in

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

relation to the objective of the legal provision under examination. Article X (2) and (3) of the BIT thus have to be interpreted according to these principles.

108. Article X (2) does not set a mandatory obligation. When stating that “the dispute [...] shall [...] be submitted to the competent tribunals” of the Host State, it seems to require that once a dispute had been raised, and the time period for negotiating a settlement had elapsed, the dispute must be brought to court at the initiative of either party. But such an understanding goes too far. What these words mean is enlightened by the provisions of Article X (3). Indeed, based on letter *a*), recourse to local courts is a requirement for access to international arbitration. But it is not more. The party raising the dispute can also decide not to go before domestic courts and to run the risk that later access to international arbitration might be denied. As stated in letter *b*), the parties can also agree to accede directly to international arbitration, in which case they dispose of the requirement of Article X (2). These points are sufficient to show that the 18 month rule is different from a requirement to exhaust local remedies, even if some analogy is possible on other points.

(...)

130. For the present Tribunal, the clear wording of the relevant provisions of Article X and the equally lucid suggestion as to its purpose that Respondent has advanced (to which Claimants did not object *per se*), lead to the conclusion that resort to domestic courts is a precondition to be met before resorting to International arbitration. As stated by the ICS Tribunal when considering the UK-Argentine BIT, the words “shall be submitted” leave “no ambiguity as to the mandatory character” of the rule, which “cannot be satisfied by anything less than what it explicitly calls for” (...).

“131. The 18 month rule is a second step on the procedural progression towards international arbitration. It would be void of meaning if it were merely duplicative of the first step articulated in Article X (1). This latter provision offers the Parties an opportunity to reach an amicable settlement. It does not require the taking of any action or, if it were to be construed as requiring a minimum of a good faith effort, it nevertheless does not prescribe any sanction or penalty in the event of noncompliance. If the 18 month rule is to be accorded a reasonable interpretation, the requirement of Article X (2) must demand more from each party. If its operational is to be achieved, it requires that the investors submit the dispute to the competent courts of the Host State. But it also requires that the Host State allows its courts to operate in a manner that the opportunity to reach a suitable remedy is provided in efficient terms.

132. Contrary to Respondent’s arguments, the record before this Tribunal demonstrates that the 18 month rule is not supported by a policy of high priority. When studying the series of BITs signed by the Argentine Republic and submitted to the Tribunal, it is evident that in fact there was no BIT concluded after the BIT with Spain that contained a comparable 18 month rule. Hence, any assertion that the 18 month rule is one of great public importance and policy, simply is belied by the very chronological history of BITs that the Republic of Argentina has executed. The Tribunal understands that such a rule was included in the Argentina-Germany BIT of 1993, and in two other BITs executed with the Netherlands in 1992 and with the Republic of Korea in 1994, none of which form part of the Tribunal’s record. Moreover, even as of the time that the Spain-Argentina BIT was executed in 1991, other BITs were executed that did not contain any such rule.

133. When analysing treaty law retrospectively with the benefit of hindsight, the preferred solution is manifestly the “fork in the road” system. This scenario would be akin to having the Argentine Republic abandon the 18 month rule as of the execution of its BIT with Spain. From this same perspective, it would make sense to conclude that such rule was considered useless or even futile. This line of reasoning, however, is of no moment to this

Tribunal, which is called to interpret the 18 month rule of Article X (2) and (3) of the Argentine-Spain BIT as agreed upon by these two Contracting States. This rule is to be taken as it stands, notwithstanding the precise degree of priority accorded to it since 1991 and placed on it today as a matter of investment policy between these states or beyond.

134. There is little to add to what already has been stated by the *Maffezini* Tribunal: “the Contracting Parties to the BIT –Argentina and Spain– wanted to give their respective courts the opportunity, within the specified period of eighteen months, to resolve the dispute before it could be taken to international arbitration.”

This Tribunal has no reason to doubt that a similar statement, as stated by Respondent before other ICSID Tribunals and again in the instant case, represents the original intention of the Contracting States of the Argentina-Spain BIT. There is no possible doubt either that the deference to domestic courts of the Host State is an “obstacle” on the way to reach the level of international arbitration. But this is what the Contracting States wanted when negotiating and signing their BIT.

This Tribunal has no reason to doubt that a similar statement, as stated by Respondent before other ICSID Tribunals and again in the instant case, represents the original intention of the Contracting States of the Argentina-Spain BIT. There is no possible doubt either that the deference to domestic courts of the Host State is an “obstacle” on the way to reach the level of international arbitration. But this is what the Contracting States wanted when negotiating and signing their BIT.

135. When further considering the purpose of the 18 month rule, the Tribunal has to consider the principle of *effectiveness* as a complementary focus for the interpretation of this provision. Respondent agrees that the system provided by Article X(2) is not to be compared to a simple “waiting period.” Any interpretation must entail a formal submission to the domestic courts so that these tribunals may effectively analyse the dispute. In further analysing the provisions of Article X(3)(a), such domestic proceedings must be of a nature to possibly reach a decision on the substance within 18 months. This provision does not require an adjudication to issue. Yet, a party must be granted an opportunity or a chance to have the court reach an adjudicatory phase, otherwise the entire system would be meaningless.

(...)

139. This Tribunal recognizes that the 18 month rule suggests the presence of an obstacle before access to international arbitration is granted and that it does not represent the most favourable option with respect to the efficient protection of international investment. It may even be said that it is “unusual,” although it also has been suggested that it is “by no means an unusual clause” in BITs. But such considerations have no weight when it comes to determining the meaning and best interpretation of a provision that the Contracting States agreed upon and that constitutes treaty law as long as it is in force.

140. The 18 month rule is also not susceptible to any interpretation that may only benefit an investor. The *Hochtief* Tribunal viewed the 18 month litigation period as “[providing] no inherent benefit [...] to the other party” other than the imposition of a period in which the parties may refine and reflect upon their respective positions [...].

141. While it is correct to understand that the meaning of the 18 month rule has to be determined in light of the efficiency of the rule, there is no point in interpreting this provision on the extent to which it provides the investor with a “benefit.” This rule was agreed upon in order to reach a common purpose that the Contracting States sought to achieve, albeit as an “obvious compromise.” There is no indication, however, that such

purpose or objective is exclusively focused on the interests of or possible benefits to the investor. As detailed above, while the ICSID Convention and the BITs are certainly leading instruments for the promotion of private international investments, they also have as their objective and purpose to provide for a reasonable and negotiated balance between the interests of prospective investors and those of the Host States. As the *CMS* Tribunal observed, the scope of a given bilateral treaty “should normally be understood and interpreted as attending the concerns of both parties.” A unilateral approach that benefits investors does not comply with the prevailing understanding of investment treaty law”.

A continuación, el tribunal se pronunció en relación con la satisfacción del requisito de someter la “controversia” a los “tribunales competentes” del Estado receptor con el fin de que éstos pudieran emitir una decisión “sobre la materia” en el plazo de 18 meses:

“192. The rule contains an additional element that is of consequence in this case. The procedure to be set in motion when the dispute is submitted to the competent domestic court should be of a nature that allows the issuance of a decision on the substance within 18 months. If no such result can be reasonably expected, such a proceeding would be of no moment because at the expiration of the 18 month period, the investor shall be free to pursue its claim in an international arbitration. An investor would certainly do so after not having reached an adjudication before local courts. Therefore, as a matter of principle, the requirement of Article X(2) can only impose a duty on an investor to the extent that the Host State can meet its obligation of making available a competent court capable of meeting the target of rendering a decision on the substance within 18 months.

193. However, this pronouncement must be coupled with the previously articulated acknowledgement that Article X(3) does not set forth an obligation compelling local courts to render a decision on the substance within 18 months. The plain language of Article X(3)(a), providing for international arbitration “when” no decision on the substance is reached within 18 months, clearly contemplates the possibility that domestic courts may not dispose of the dispute within that timeframe. Therefore, the correct ruling is that the mechanism provided for in Article X (2) and (3) can be required of an investor only to the extent that the investor is not excluded from filing a claim before a competent tribunal of the Host State, which in turn functions pursuant to rules and working conditions that under reasonable circumstances and given the complexity of an investment dispute may reach a decision on the substance within an 18 month period. If, to the contrary, there is no likelihood that even under the most favourable circumstances a decision on the merits shall not be forthcoming, even at first instance, the requirement in Article X (2) and (3a) would be deprived of its meaning and “*effet utile*.” If this latter outcome is one that an investor is to expect, it would not make any sense to file a proceeding that presumably would require evidentiary showings and extensive briefing. In this regard, the proceeding itself would be inconsequential and the time passed similar to a waiting period. Even Respondent admitted that the goal of the provisions in Article X (2) and (3) of the BIT did not purport to be a waiting period.

194. The question that the Tribunal considers must be addressed in this regard is quite different from an *a priori* assessment that the requirement of resort to local courts is “pointless” –to use the term employed by the *Hochtief* Tribunal– or lacks utility. Rather, this Tribunal is seeking to determine the application of the Treaty language in Article X (2) and (3), which contemplates the availability of a competent tribunal of the Host State that may, upon the submission of the dispute to it, be expected to render a decision on the substance of that dispute within 18 months. The question whether there is such a tribunal is to be determined by this Tribunal on the basis of the evidence presented to it. The principle of effectiveness or “*effet utile*” thus mandates that this requirement be applied

and not that it may be disregarded. With that observation in mind, it is now possible to turn to the evidence.

195. By reference to the remedies available for compensatory damages, (...) Respondent also acknowledged: “[...] it is quite true that there was never a case of any investor who brought a claim under a BIT in order to comply with this requirement.”

Thus, the debate about a filing of an investment claim before local courts becomes theoretical.

(...)

197. The Tribunal examined the collection of judgments filed by Respondent for purposes of demonstrating that claims as in this case can be handled by Argentine courts within 18 months. The Tribunal’s own analysis does not allow for such a conclusion. In most copies of the original judgments the commencement date of the proceeding is simply not specified. Respondent has indeed referenced such based dates in the English language summary, but with no supporting information. Three of the ninety cases contained in that summary went over 18 months. In four cases, the claim was declared moot and in four others it was admitted by Respondent. These cases are therefore useless to support Respondent’s demonstration. The only case relating to a claim for damages appeared to be frivolous. That action lasted more than 16 months. The complaint concerned a dispute about a difference in the calculation of a compensation payment. The case eventually was dismissed.

198. A considerable number of the judgments have as their subject matter precautionary measures, data protection, public employment, appeals, and *Amparo* actions for delay, none of which can be compared to proceedings designed to reach a (i) “decision on the substance” (ii) in an investment dispute as referred to in Article X of the BIT. More than half of the judgments filed were *Amparo* actions on a great variety of subjects, most of them involving requests for the enforcement and regulations of laws and requests to declare particular statutes unconstitutional. None of these represent cases at all comparable to the action *sub judice*. None of the *Amparo* judgments relate to violations of international treaties or BITs. Respondent at no time has averred that the cases submitted are comparable in complexity to the proceeding before this Tribunal. Contrary to Respondent’s broad assertions, which are nowhere supported by evidence pending before the Tribunal, the judgments thus filed in fact confirm that there does not exist any evidence from which a Tribunal may reasonably infer that an action would be capable of being processed in conformance with the 18 month rule. To the contrary, the record supports Claimants’ contention that it cannot. This Tribunal agrees with Claimants on this point and so holds.

(...)

200. In light of the inadequacies of the alternative remedies suggested by Respondent and testified to by Prof. Mata in his Report, together with the lack of any evidence rebutting the results of the study undertaken within the Office of Argentina’s Attorney General (explicitly referenced in Mr. Rosatti’s article), the Tribunal must conclude that the Republic of Argentina has not undertaken any steps to make available proceedings before its domestic courts that would, even at a minimum level, meet the requirements of Article X (2) and (3) of the BIT”.

Por tanto, el tribunal consideró que Argentina no había previsto un marco procesal adecuado que permitiese que las reclamaciones pudieran ser sometidas a los tribunales nacionales conforme a lo previsto en el Artículo X.2 del APPRI, concluyendo:

“202. Based on the findings explained above, it appears that clearly none of the various possible alternative means for litigating before the domestic courts of the Argentine Republic, as presented by Respondent and supported by Prof. Mata, are suitable to meet the requirements of Article X (2) and (3) of the BIT. An investor-state dispute before the courts of Argentina would far exceed the 18 months fixed by Article X(3) of the BIT for purposes of reaching a “decision on the substance.” A proceeding that can in no reasonable way be expected to reach that target is useless and unfair to the investor. Claimants were not required to engage in such a “proceeding” pursuant to the provisions of Article X (2) and (3) of the BIT. This conclusion is further supported by the Republic of Argentina’s position under domestic law pursuant to which Claimants in any event would lack *jus standi* before the Republic’s domestic courts because they are claiming rights allegedly belonging exclusively to AGBA and not to its shareholders. This matter has also to be examined in light of the Republic of Argentina’s second objection to the Tribunal’s jurisdiction.

203. In light of the foregoing conclusion, there is no need to examine whether the Most Favoured Nation Clause (MFN clause) contained in Article IV (2) of the BIT is here applicable. As Claimants were not required to comply with the 18 month rule under the facts presented to this Tribunal, the question of the applicability of the MFN clause is moot”.

Como se señaló en el anterior volumen de esta Crónica (junio de 2013), esta decisión sobre jurisdicción avala cambios en la argumentación sobre la necesidad de cumplir el requisito de los 18 meses de litigación interna en los tribunales argentinos, establecido entre otros en el APPRI celebrado entre Argentina y España, no resultando necesario para el tribunal ni siquiera estudiar jurídicamente la aplicación de la denominada “doctrina Maffezini”.

La decisión sobre jurisdicción en el caso *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/5, Decisión de 8-2-2013), analizó las excepciones presentadas por la demandada a la jurisdicción del tribunal arbitral, a saber: 1) si el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela, de 3-10-1999, otorgaba competencia a la jurisdicción del CIADI en relación con las reclamaciones de todas las demandantes; y 2) si el APPRI celebrado entre Barbados y Venezuela otorgaba competencia en relación con las reclamaciones de la segunda demandante, *Tidewater Barbados*, y de la tercera demandante, *Tidewater Caribe*.

El primer argumento relacionado con la jurisdicción del tribunal se formuló en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversiones de Venezuela. Se trataba de dilucidar si dicha disposición constituía un consentimiento escrito por parte de Venezuela conforme al Artículo 25.1 del Convenio CIADI. Respecto a los principios jurídicos aplicables a la interpretación del Artículo 22, el tribunal consideró que, conforme a su jurisprudencia, en el caso de que el instrumento de consentimiento fuera una ley interna de protección de inversiones no estaba obligado a interpretar dicho instrumento recurriendo al derecho nacional, sino que debía tener en cuenta también los principios de DI aplicables:

“88. En la medida que el artículo 22, siendo una disposición de derecho interno, produce el efecto de consentimiento estatal que prescribe el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, podría analizarse como una declaración unilateral de un Estado. Es decir, se trata de una

declaración efectuada unilateralmente por un órgano del Estado –el Parlamento– que podría, conforme a una interpretación apropiada, surtir efectos jurídicos en el plano internacional en relación con otros Estados. los Estados Contratantes del Convenio del CIADI y los nacionales de dichos Estados. Inicialmente, el Grupo de Trabajo de la CDI, al definir el alcance de su labor en relación a declaraciones unilaterales, reconoció que no es preciso tratar los actos internos (‘leyes, decretos, reglamentos’) como actos unilaterales, pero que los ‘actos internos que pueden surtir efectos en el plano internacional...deb[ían] incluirse, en cuanto esos actos unilaterales generen situaciones jurídicas oponibles conforme al derecho internacional’.

(...)

92. A juicio del Tribunal deben distinguirse diferentes tipos de actos unilaterales, a saber, los puramente unilaterales, denominados en la labor de la CDI como actos unilaterales *stricto sensu*, a los que se aplican los Principios Rectores; los actos unilaterales que son una causa o consecuencia de un tratado como actos implicados en el proceso de formación o ejecución de un tratado, a los que se aplican las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (...), y finalmente los actos unilaterales que se adoptan libremente pero en el marco de un tratado que reconoce esa libertad de acción, a los que se aplican algunas normas específicas cuyo contenido el Tribunal procederá a explicar.

93. Evidentemente, la Ley de Inversiones es uno de esos actos unilaterales, suscrito libremente por un Estado, pero adoptado en el marco de un tratado que otorga toda su libertad al Estado. En ese sentido puede considerarse análoga a una declaración unilateral de un Estado que acepta la competencia obligatoria de la CIJ, en el marco del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte’.

Por lo tanto, para saber si el contenido del Artículo 22 de la Ley de Inversiones expresaba el consentimiento de Venezuela al arbitraje del CIADI en virtud del Artículo 25.1 del Convenio CIADI, el tribunal examinó el DI general aplicable a este tipo de actos unilaterales, pues se trataba de determinar los efectos de la declaración para los fines del Convenio CIADI como cuestión de DI. Esto significa que la declaración debía interpretarse de buena fe, “en sus propios términos, teniendo en cuenta las palabras realmente utilizadas; en forma natural y razonable, teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado de que se trate”. Esa intención podía deducirse del texto, pero también del contexto, de las circunstancias de su preparación y de sus fines.

La demandada argumentó en torno al contexto histórico en que se promulgó la Ley de Inversiones que el Artículo 22 no fue concebido como fundamento de un consentimiento abierto al arbitraje de inversiones. En este sentido, se hizo hincapié en la tradicional actitud hostil en Venezuela hacia el arbitraje internacional. Por el contrario, las demandantes señalaban el respaldo que se otorga al arbitraje en el Artículo 258 de la Constitución venezolana. Respecto a estos argumentos, el tribunal consideró que las alegaciones con respecto al contexto histórico no guardaban relación directa con la Ley de Inversiones, sino que se referían a periodos anteriores de la historia de Venezuela o a otros actos del Presidente de Venezuela, adoptados en relación con otras normas legales. Prueba de ello es que Venezuela había celebrado el Convenio CIADI. Incluso, en 1999, al momento de promulgar la Ley de Inversiones, Venezuela había celebrado, al menos, 15 tratados bilaterales de inversiones en los que se preveía el arbitraje de inversiones,

incluido el APPRI celebrado entre Barbados y Venezuela. A continuación, el tribunal estableció el significado, en el contexto del Artículo 22, de la condición aplicable a los tres tratados considerados en dicha disposición (APPRI, Convenio MIGA y el Convenio CIADI), según la cual tales controversias “serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece/dispone”. A tal efecto, el tribunal declaró que:

“127. De forma concisa, el artículo 22 tiene como fin asegurar que se haya dispuesto la opción de resolución de controversias mediante arbitraje internacional en los casos en que Venezuela haya asumido en un tratado una obligación bajo derecho internacional de así hacerlo. De ello se infiere, por lo tanto, que la disposición referente al arbitraje internacional contemplada en el artículo 22 debe ser congruente con las disposiciones del tratado pertinente, ya que el artículo 22 nada dispone sobre arbitraje internacional, salvo en la medida en que el tratado pertinente contenga tal disposición. En otras palabras, el artículo 22 se refiere a y respeta los términos de las obligaciones internacionales de Venezuela de someter controversias a arbitraje internacional, pero a eso se limita”.

De especial relevancia fue la referencia que se hacía a la “cláusula CIADI”, en la que se basaban las demandantes, pues las disposiciones del Convenio CIADI establecen que la sumisión de una diferencia al arbitraje internacional se sujeta a los requisitos de su Artículo 25:

“132. Por lo tanto, el Tribunal coincide con las Demandantes en que la materia de la frase ‘si así lo establece/dispone’ es ‘sometido a arbitraje internacional’, por lo cual ‘la condición significa, textualmente: si el Convenio del CIADI dispone la sumisión a arbitraje internacional’. Pero el Tribunal no admite la interpretación agregada a este texto por las Demandantes, de que la referencia a arbitraje internacional denota arbitraje internacional como *medio* de arreglo de diferencias, sino que, a juicio del Tribunal, la totalidad del artículo 22 se refiere a casos en los que por aplicación del tratado pertinente, existe, a los efectos de la misma diferencia, un consentimiento a la sumisión a arbitraje internacional. En el caso del Convenio del CIADI, ello sólo puede lograrse si se cumplen, y en la medida en que se cumplan, los requisitos del artículo 25, incluido el consentimiento de ambas partes. De lo contrario se desnaturalizaría el requisito fundamental del Convenio, lo que no coincide con las disposiciones expresas del artículo 22 de la Ley de Inversiones, que exige que la sumisión a arbitraje se realice ‘en los términos del respectivo tratado’.

133. A juicio del Tribunal, el argumento según el cual el propio artículo 22 otorga consentimiento, es circular, ya que la condición enunciada en el artículo 22 se refiere expresamente al respectivo tratado en este caso, el Convenio del CIADI para determinar si el mismo establece o prevé la sumisión al arbitraje internacional. El mismo artículo 22 nada agrega en lo referente a esta cuestión, que debe resolverse conforme a las obligaciones del tratado internacional asumidas por Venezuela”.

(...)

137. Si se adoptara la interpretación del artículo 22 de las Demandantes, tendría la consecuencia de que todas las diferencias relativas a inversiones con Venezuela que guarden relación con nacionales de cualquiera de los (actuales) 147 Estados que forman parte del Convenio del CIADI quedarían, sin más, sujetas a la jurisdicción del Centro. A juicio del Tribunal esa interpretación requeriría una redacción más clara de la Ley de Inversiones, que indicara la intención de Venezuela de otorgar ese consentimiento

general abierto. Tales palabras no se encuentran en el texto del artículo 22. Por el contrario, una interpretación de buena fe de dicho artículo en virtud del contexto de otros elementos de la Ley de Inversiones aplicables a la resolución de diferencias que involucren a inversionistas internacionales nos lleva a rechazar la existencia de dicha intención”.

En suma, sobre el primer fundamento a la jurisdicción el tribunal concluyó:

“141. [...] que el artículo 22 (Tercer caso) no ha de interpretarse en el sentido de que otorga el consentimiento escrito de Venezuela para someter a la jurisdicción del Centro todas las diferencias relativas a inversiones con nacionales de otros Estados contratantes del CIADI. Consecuentemente, se admite la primera excepción a la jurisdicción presentada por la Demandada. Los reclamos de todas las Demandantes, excepto las que se basan en el Tratado, invocan exclusivamente este primer fundamento de la jurisdicción, por lo que no están dentro de la jurisdicción del Centro ni la competencia del Tribunal, y deben por lo tanto rechazarse”.

El segundo fundamento para invocar la jurisdicción del tribunal se formuló en virtud de las disposiciones del Artículo 8 del APPRI celebrado entre Barbados y Venezuela. La parte demandada sostenía que la reestructuración de *Tidewater* no fue una “inversión de buena fe”, pues la constitución de *Tidewater Barbados* y la adquisición de *Tidewater Caribe* se llevaron a cabo con el propósito de obtener acceso al CIADI con respecto a una diferencia preexistente o, alternativamente, prevista y previsible, lo cual, en su opinión, constituía un abuso del APPRI que no podía servir de base para atribuir jurisdicción al tribunal:

“145. Por lo tanto, el aspecto medular de este tema es una cuestión de hecho que comprende la naturaleza de la controversia entre las partes y una cuestión de cronología que comprende el momento en que la diferencia surgió o pudo razonablemente haberse previsto. Venezuela alega que hubo tan sólo una controversia entre las partes, la cual existía mucho antes de que se constituyera *Tidewater Barbados*, por lo cual la presente controversia es ajena al ámbito de protección del Tratado. Las Demandantes, por el contrario, sostienen que la controversia que precede a la constitución de *Tidewater Barbados* era la que existía entre SEMARCA y PDVSA y se refería exclusivamente a los pagos atrasados adeudados a SEMARCA y a la cuestión de si SEMARCA renovarían sus contratos en vista de esos retrasos. Las Demandantes afirman que la diferencia que surgió a raíz de la promulgación de la Ley de Reserva es una controversia diferente, con una parte distinta, y que no fue prevista.

146. A juicio del Tribunal, si se comprueba que las afirmaciones de las Demandantes son correctas en cuanto a los hechos no cabe alegar abuso de tratado. Si en cambio lo que alega la Demandada sobre el desarrollo de los hechos resulta ser correcto, podría constituir una verdadera instancia de abuso de tratado. La distinción fue correctamente resumida por el tribunal del caso *Mobil c. Venezuela*, al formular el siguiente comentario:

Como expresaron las Demandantes, la finalidad de la reestructuración de sus inversiones en Venezuela a través de una compañía controladora holandesa consistió en proteger esas inversiones frente a la violación de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas, al obtener acceso al arbitraje del CIADI a través del TBI. El Tribunal considera que se trató de un objetivo totalmente legítimo en la medida en que se refería a diferencias futuras.

Con respecto a las diferencias preexistentes, la situación es distinta, y el Tribunal considera que reestructurar inversiones a los solos efectos de obtener jurisdicción en el marco de un TBI para esas diferencias constituiría, para utilizar los términos del tribunal que entendió en el caso Phoenix, “una manipulación abusiva del sistema de protección de las inversiones internacionales en el marco del Convenio del CIADI y de los TBI (...)”.

De este modo, el tribunal procedió a evaluar cada una de las posibilidades a las que se referían las partes en sus alegaciones. En primer lugar, si antes de la reestructuración del grupo *Tidewater* para incorporar a *Tidewater Barbados* y de la transferencia a ésta última de los activos venezolanos (el 9-3-2009), las partes ya mantenían una diferencia sobre el mismo asunto, de manera que tal diferencia –objeto del procedimiento– ya había surgido. De no ser así, alternativamente, si antes de la reorganización y transferencia de activos (en marzo de 2009) *Tidewater Barbados* pudo haber razonablemente anticipado la diferencia. Asimismo, el tribunal se preguntó si hubiera sido razonablemente previsible la posibilidad de una controversia en relación con la expropiación de activos de las demandantes en Venezuela en marzo de 2009, fecha en la que se constituyó *Tidewater Barbados* y se le transfirieron las operaciones de las demandantes en Venezuela:

“194. Las Demandantes iniciaron su reestructuración en diciembre de 2008. Se admite que por lo menos una de las razones que llevaron a esa medida fue su deseo de protegerse contra el riesgo de nacionalización. No obstante, ¿cabía entonces, o en marzo de 2009, cuando se consumó la reestructuración, prever razonablemente que esa nacionalización fuera inminente? En vista de las pruebas que tiene ante sí, el Tribunal no considera que así lo fuera. A principios del 2009 *Tidewater* había venido realizando operaciones de suministro de buques de transporte a la industria petrolífera venezolana durante 50 años y había seguido operando en un contexto de numerosos cambios de Gobierno y de políticas gubernamentales. Los actos que llevó a cabo a finales del 2008 y en el 2009 son consistentes con este planteamiento. Continuó invirtiendo fondos en sus operaciones en Venezuela. *Tidewater* presentó ofertas para nuevas operaciones con otras compañías petroleras que operaban en Venezuela además de negociar prórrogas de sus contratos con PDVSA y PetroSucre, con esta última aun después de la expropiación de sus operaciones en el Lago de Maracaibo.

195. Al mismo tiempo el Tribunal no considera que las actuaciones de la Demandada hayan dado lugar a que una expropiación de las operaciones de las Demandantes fuera razonablemente previsible (...)”

(...)

197. Por las razones expuestas, el Tribunal concluye que los actos de expropiación que dan lugar a la presente diferencia no eran razonablemente previsibles por las Demandantes ni en diciembre de 2008, cuando iniciaron la reestructuración, ni en marzo de 2009, cuando se hizo efectiva la reestructuración.

198. De ello se infiere, por lo tanto, que los reclamos de *Tidewater Barbados*, por estar relacionadas con causas de acción surgidas después de la adquisición de las acciones de *Tidewater Caribe*, están sujetas a la jurisdicción del CIADI, a la que Venezuela dio su consentimiento en virtud del artículo 8 del TIB con Barbados, y que las Demandantes no incurrieron en un abuso del Tratado del tipo del que pudiera hacer inadmisibles su invocación de dicha jurisdicción”.

En resumen, el tribunal declinó su jurisdicción en virtud de lo dispuesto por el Artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana. En cambio, sí afirmó su jurisdicción sobre las peticiones de las demandantes conforme al Artículo 8 del APPRI celebrado entre Barbados y Venezuela, en la medida en que tales reclamos se referían a supuestos incumplimientos de la demandada surgidos después del 9-3-2009.

El caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A., c. Uruguay* (Caso CIADI n° ARB/10/7, Decisión de 2-7-2013), tuvo como objeto examinar varias excepciones presentadas por la demandada a la jurisdicción del tribunal. Con relación al requisito de destinar seis meses para alcanzar una solución amigable de la controversia, en primer lugar, el tribunal señaló:

“95. Las Demandantes han demostrado de manera convincente que han cumplido con el requisito de seis meses antes de instituir estos procedimientos. Dado que no se ha recibido réplica de la Demandada a la correspondencia inicial durante el plazo de seis meses, ni con posterioridad en el caso de las oposiciones administrativas presentadas en contra de las diversas medidas, las Demandantes iniciaron un proceso legal ante los tribunales nacionales con la finalidad de obtener la nulidad de dichas medidas [...]

96. Además, durante la audiencia, el abogado de la Demandada admitió que Uruguay no tenía quejas respecto del cumplimiento por parte de las Demandantes del requisito de los seis meses. En respuesta a la pregunta del presidente a este respecto, el Sr. Reichler sostuvo: “Afortunadamente sí puedo contestar a su pregunta muy brevemente. Sí, ellos sí han cumplido con ese requisito de seis meses”.

En segundo lugar, la demandada también cuestionó que las demandantes no habían cumplido el requisito de entablar un proceso legal por un plazo de 18 meses ante los tribunales nacionales del Artículo 10.2 del APPRI alegando los siguientes argumentos: 1) las demandantes no habían iniciado un proceso legal sobre la controversia del tratado ante los tribunales nacionales; e 2) incluso si hubieran sometido la controversia ante dichos tribunales, las demandantes debían continuar el proceso legal durante 18 meses antes de iniciar el arbitraje. Para el tribunal, la cuestión principal radicaba en definir si, a los fines del requisito de entablar procesos legales ante los tribunales nacionales previsto por el APPRI, la controversia presentada ante los tribunales uruguayos debía ser idéntica a la controversia planteada ante el tribunal arbitral:

“107. Según el Tribunal, el sentido corriente de la frase “[l]as controversias que surgieren... con relación a inversiones” es amplio e incluye cualquier tipo de diferencia en la cual la materia sea una “inversión”, como se define este término en el TBI. Las palabras “comprendidas en el presente Acuerdo”, a continuación de la frase en cuestión del artículo 10(1), claramente se refieren en ese contexto a “inversiones”, como se encuentra definida en el artículo 1(2) del TBI, y no a “controversias”. La Demandada reconoce que este fragmento, como está utilizado en el artículo 10 del TBI, es “más amplio que en otros tratados bilaterales y que va más allá de las disputas basadas en los tratados”, e incluye diferencias relacionadas con contratos relativos a inversiones que no comprenden un incumplimiento de un tratado, pero no reclamos en virtud del derecho nacional”

(...)

109. [...] El Tribunal comparte las opiniones expresadas por otros tribunales con respecto a que la definición de diferencias como “relativas a inversiones dentro del sentido de este Acuerdo”, o “relativa a las inversiones, en el sentido del presente acuerdo”, o “en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”, “no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo, es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI”.

(...)

111. El artículo 9(8) y el artículo 10(2) del TBI sostienen la conclusión de que el término “controversias” del artículo 10(1) abarca los reclamos de derecho nacional y reclamos bajo el Tratado. Ambas disposiciones establecen que, si la diferencia fuera sometida a arbitraje luego del proceso legal ante los tribunales nacionales, el tribunal arbitral deberá decidir sobre la diferencia “en todos sus aspectos”. El artículo 10(2) establece que, si el tribunal nacional no dictara sentencia dentro del plazo de 18 meses, el inversor puede “recurrir a un Tribunal Arbitral que tendrá competencia para decidir la controversia en todos sus aspectos”. Como ya fue mencionado, “recurrir” en este contexto significa “acudir a”, sin que esto signifique, como contestó la Demandada, que la diferencia deba ser la misma. Las palabras “en todos sus aspectos” deben tener un sentido acorde al principio de que todas las disposiciones de los tratados deben tener un “*effet utile*”. Dicho sentido solo puede entenderse una vez que la diferencia arriba al nivel de un tribunal arbitral, ya sea una diferencia entre Estados o entre un inversor y un Estado. “[E]n todos sus aspectos”, en relación con la mencionada diferencia, debe referirse a las cuestiones de derecho internacional y nacional. Si se aplica el artículo 10(2), este aspecto contextual confirma que, luego de la intervención de la justicia uruguaya en los reclamos legales, el tribunal inversor-Estado debe ser también competente para entender en los reclamos de derecho internacional.

112. El Tribunal observa que el recurso planteado por las Demandantes desde el TCA era adecuado dado que, si se hubiera otorgado la anulación de las tres medidas emitidas por la Demandada, eso hubiera satisfecho los reclamos de las Demandantes, en virtud del derecho nacional e internacional, incluso el TBI.

113. Según lo antedicho, el Tribunal concluye que, mediante la presentación de sus reclamos de derecho nacional a través de las acciones de nulidad presentadas ante el TCA de los tribunales uruguayos, las Demandantes han cumplido con el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2) del TBI. El término “controversias”, como es utilizado en el artículo 10(2), debe interpretarse de manera amplia con respecto a la materia y los hechos en cuestión y no como limitado a reclamos legales específicos, lo que incluye los reclamos bajo el Tratado específicamente. La diferencia ante los tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) no necesita tener las mismas bases legales o pretensiones que la diferencia sometida al arbitraje posterior, siempre que ambas diferencias se refieran a hechos sustancialmente similares y sean relativas a inversiones con arreglo al TBI”.

Por otra parte, la demandada alegó que recurrir ante los tribunales internos por un plazo de 18 meses era un requisito jurisdiccional cuyo incumplimiento privaba de jurisdicción al tribunal. En cambio para la demandante se trataba de una cuestión meramente procedimental. En este orden de cosas, el Tribunal declaró:

“138. Si el requisito de un proceso legal ante tribunales nacionales se relaciona con la jurisdicción o, por el contrario, con la admisibilidad o tiene carácter de procesal depende de

la interpretación del artículo 10 del TBI, en virtud de las normas de interpretación de la CVDT.

139. La secuencia de pasos que deben seguir las Demandantes en virtud de los artículos 10(1) y (2) antes de recurrir al arbitraje internacional es importante a los fines de este análisis. Dichos pasos están claramente indicados como parte de una secuencia obligatoria, como se advierte por la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés), con sentido de obligatoriedad:

i) primero, las controversias “se resolverán”, en lo posible, en forma amigable entre las partes interesadas;

ii) “si” una controversia no pudiera ser resuelta en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que fuera promovida, la misma “será sometida”, como segundo paso, a los Tribunales de Uruguay competentes;

iii) “si” dentro de un plazo de 18 meses, contados desde el inicio del proceso legal, “no se dictara sentencia”, el inversor involucrado podrá recurrir, en última instancia, a un Tribunal Arbitral.

Obviamente, el artículo 10 se basa en la premisa del carácter vinculante de los pasos i) y ii) que el inversor debe cumplir si desea recurrir al paso iii). Según el Tribunal, esto es así a pesar de la caracterización de los términos del artículo 10(2) (...).

140. El sentido corriente de los términos utilizados en los pasos i) y ii), preliminares para la institución del arbitraje internacional, denota claramente el carácter vinculante de cada uno de los pasos de la secuencia. Eso resulta evidente de la utilización de los verbos “se resolverán” y “será sometida” (*shall* en inglés) que denotan obligatoriedad de manera inequívoca en español y la evidente intención de Suiza y Uruguay de que se cumplan estos procedimientos y que no sean ignorados.

141. En general, la CIJ establece la posición en el derecho internacional. En el caso *Georgia c. Rusia*, la Corte explicó el carácter jurídico de las precondiciones procesales con las siguientes palabras: “En la medida en que los requisitos procesales de [una cláusula de resolución de diferencias] constituyan condiciones, deberían ser condiciones anteriores al sometimiento al tribunal, incluso cuando el término no estuviera condicionado por un elemento temporal” [traducción del Tribunal].

(...).

144. Al momento de institución del arbitraje no se había cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales. Este caso difiere de otros casos en los que se rechazó la jurisdicción por causa de la ausencia ya sea de una diferencia en términos jurídicos o de una acción impulsada por el inversor para efectuar un reclamo ante un tribunal nacional antes de acceder al arbitraje. No obstante, incluso si se considerara que el requisito fuera jurisdiccional, el Tribunal concluye que podría cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institución del arbitraje, como de hecho ocurrió en este caso. El Tribunal señala que las decisiones de la CIJ demuestran que la regla de que los hechos posteriores a la institución del proceso legal deben desestimarse por motivos jurisdiccionales no ha evitado que la Corte asuma su jurisdicción cuando los requisitos para la jurisdicción que no se habían cumplido al momento de instituir el procedimiento se cumplieron con posterioridad (al menos cuando tuvieron lugar antes de la fecha en la que se debe tomar una decisión sobre jurisdicción).

(...)

148. El Tribunal se basa en la jurisprudencia de la CIJ para arribar a la misma conclusión que el tribunal del caso *Teinver c. Argentina*, que estableció que “el objetivo último de este requisito, es decir, el darles a los tribunales locales la posibilidad de analizar las medidas

controvertidas, se ha cumplido. Exigirles a las Demandantes que comiencen nuevamente y vuelvan a presentar este arbitraje hoy, habiéndose cumplido el plazo de 18 meses, sería solo una pérdida de tiempo y recursos”. Esto se aplica sea cual fuere la caracterización del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales del artículo 10(2). Dado que las Demandantes han impulsado el proceso legal ante los tribunales uruguayos antes de la iniciación de este procedimiento, las Demandantes han satisfecho los términos y los objetivos del requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales en virtud del artículo 10(2) del TBI. Esto tiene lugar incluso cuando las decisiones de los tribunales uruguayos se emitan luego del transcurso del plazo de 18 meses establecido por el artículo 10(2), pero antes de que el Tribunal se pronuncie sobre su jurisdicción”.

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

La decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26, Decisión de 19-12-2012), resolvió tres objeciones planteadas a la jurisdicción del tribunal, la segunda de las cuales cuestionaba la legitimación *ratione personae* de las demandantes:

“240. Respondent notes that Claimants’ arguments and evidence in support of their claim show that their claim is entirely based on legal rights of a contractual nature over which this Tribunal has no jurisdiction. These rights are arising from alleged violations of the Concession Contract and/or based on changes in the Regulatory Framework, all of them constituting rights that belong to AGBA. For Respondent, this has been convincingly demonstrated in the Award rendered in the case brought by Impregilo, another shareholder of AGBA, before an ICSID Tribunal, where Impregilo’s claims were considered in most part as purely contractual and therefore not under the Tribunal’s jurisdiction as it is determined by the ICSID Convention and the Argentine-Spain BIT.

241. However, in this regard as well, Respondent objects to Claimants’ legal standing as to a claim that is not before this Tribunal. Claimants accept that part of the harm they have suffered and the corresponding relief to which they are entitled may be of a contractual nature. However, they have also argued that such contractual claims are not included in the relief requested from this Tribunal. Respondent objects that Claimants have no legal standing to claim for legal rights based on contract while Claimants have clearly stated that their claim does not comprise any such claim. Respondent’s objection is therefore equally moot in this regard and dismissed by the Tribunal.

(...)

245. The question that remains to be addressed in connection with Respondent’s second objection is whether Claimants have, as they assert, a legal title to submit a claim exclusively based on their status as investors under the BIT.

246. Article I (2) of the BIT is unequivocal in stating that an investment includes (“such as”) “shares and other forms of participation in companies.” The Contracting States did not limit the scope of this provision to cases where the foreign investor holds a 100% or otherwise controlling shareholder interest in a company incorporated in the Host State. This Article expressly states that any definition provided with respect to particular items is listed as being understood “but not exclusively.”

247. In relation to Impregilo's shares in AGBA, the Impregilo Tribunal concluded from Article 1(1)(b) of the Argentina-Italy BIT that if AGBA was subjected to expropriation or unfair treatment with respect to its concession "such action must also be considered to have affected Impregilo's rights as an investor, rights that were protected under the BIT." As the Tribunal also noted, there is substantial case-law establishing that claims such as those presented by Impregilo enjoy protection under the applicable BITs. The issue before this Tribunal is identical to that case. And the fact that the pertinent provision of the Argentina-Italy BIT mentions expressly that the notion of "shares" and "participation in a company" includes "minority or indirect interest," does not appear in any way at variance compared with Article I(2) of the Argentina-Spain BIT, which, while not mentioning "indirect interest" as being included, clearly does not at all exclude such interest from the scope of the provision. Moreover, it uses the words "but not exclusively" before listing the investments "in particular." This BIT is thus comparable with the Argentina-Germany BIT that has been interpreted by the Siemens Tribunal as covering a wide gamut of "investments", including "indirect investments", further stating that the treaty does not require intermediate entities between the investment and the ultimate owner of the company.

248. The fact that shares of a company represent legal rights and obligations in relation to the corporation does not preclude them from having other vested rights. Shares are qualified as a "kind of assets" and are therefore an investment which by definition is not limited to nor even focused on rights under corporate law. Article I(2) of the BIT does not restrict the rights attached to shares exclusively to shareholders' rights concerning the company and other shareholders. It merely states that "shares" are an "investment", which means that they come under the protection guarantees of the BIT. The rights under the BIT have a legal standing of their own, which are governed exclusively by international treaty law and cannot be altered by the domestic law of the Contracting States. Therefore, the definition of "shares" as an "investment" holds irrespective whether under domestic law, the only rights attached to these titles are related to the company's standing and operation.

249. Many other ICSID Decisions and Awards have considered this type of objection and rejected it. The leading ruling, often quoted in other decisions, appears to be the statement made by the Siemens Tribunal with respect to the Argentina-Germany BIT, which is on this point comparable to the Argentine-Spain BIT, as it does not contain an explicit reference to direct or indirect investment. It would be of little interest to repeat again what has been stated in all of these decisions, beyond of what has been noted above.

250. Such an indirect investment also may be held through a subsidiary company holding shares in the local company that serves as the "investment vehicle" in practice. The Tribunal further observes that because Claimants' investment as shareholders of AGBA is covered by the BIT, this reasoning also must apply to URBASER's holding of 1,0687 % AGBA's shares by Urbaser Argentina S.A., a company which is under its 100% control. The Argentina-Spain BIT does not exclude from indirect investments shareholder interest in companies incorporated in the Host State that are holding in turn shares in another domestic company.

(...)

253. The Tribunal is aware of the risk that the proceeding in the instant case and the parallel proceedings initiated by AGBA before domestic courts in the Republic of Argentina could lead to a recovery for damages in both proceedings, which could ultimately, at least theoretically, raise an issue of double recovery in favour of Claimants as investors and shareholders of AGBA, as well as a conflict in interest with AGBA's other creditors who are not parties, at least, to any of the referenced proceedings. Such a risk, however, is inherent in many investment disputes that also raise, directly or indirectly, a possible option

for recovery on the purely domestic level. This configuration does not in any way constitute a restriction on the jurisdiction of this Tribunal pursuant to the Argentina-Spain BIT. Hence, as stated by the Impregilo Tribunal, if compensation were granted to AGBA at the domestic level, this would affect the claims brought under the BIT, and conversely, compensation under the BIT may affect claims submitted by AGBA before Argentine.

254. In reaching this conclusion, the Tribunal wishes to emphasize that while its jurisdiction is limited to claims brought by Claimants under the BIT for damage suffered by them arising from their investment in the form of shares in AGBA, the Tribunal does not have jurisdiction over any AGBA claims, any claims arising from damage suffered by AGBA, or any claims premised on damages suffered by other AGBA shareholders. Although AGBA is not a party to this proceeding, the Tribunal has nevertheless jurisdiction to consider and issue factual findings regarding the conduct of the parties to the Concession Contract, including AGBA, to the extent that such findings may be relevant to the Tribunal's consideration of arguments advanced by either Claimants or Respondent".

Por las razones expuestas, el tribunal decidió por unanimidad rechazar esta objeción a su jurisdicción afirmando, por tanto, su competencia para conocer de la controversia.

Por último, esta misma decisión sobre jurisdicción resolvió la tercera excepción a la jurisdicción presentada por Argentina, que alegaba la falta de competencia *ratione materiae*. En particular, la excepción planteada se refería a que una de las demandantes – el Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (en adelante, CABB)– no tenía legitimación para recurrir a un arbitraje CIADI en la medida que no había requerido ni obtenido la previa autorización expresa otorgada por España. En efecto, la demandada sostenía que CABB constituía una entidad subestatal o agencia española por lo que, conforme a los Artículos 25.1 y 25.3 del Convenio CIADI, España, como Estado contratante, debía consentir la sumisión de dicha controversia a arbitraje. Tanto la designación como la autorización del Estado eran requisitos que debían ser satisfechos si una entidad o agencia subestatal actuaba como demandante o demandada en un arbitraje ante el CIADI. Por el contrario, las demandantes argumentan que la participación de CABB en el arbitraje no debía ser caracterizada bajo el concepto de subdivisión política o agencia pública estatal en el sentido que establece el Convenio CIADI.

Sobre esta cuestión, el tribunal afirmó que la objeción planteada por la demandada le otorgaba un peso excesivo a lo que ella entendía como la naturaleza pública del propósito y actividad principal de CABB, esto es, la instalación y gestión de servicios de interés municipal en la provincia de Vizcaya. De hecho, las partes habían admitido que la personalidad jurídica y capacidad de CABB para actuar se regulaba por las normas nacionales argentinas de DI privado así como por el Derecho español en la materia:

“325. When Respondent's objection to CABB's legal standing is interpreted more narrowly as contesting CABB's capacity to participate and to be represented in this proceeding as governed by the ICSID Convention, the rules pertaining to the conduct of such a proceeding have to be examined.

326. In this regard, Respondent's objection implies a most singular reading of Article 25(3) of the ICSID Convention, that is strictly based on the literal understanding of the terms

“constituent subdivision or agency of a Contracting State,” which, taken in isolation, could refer to such subdivision or entity irrespective of whether it belongs to the Host State or to the State of the investor. However, as the provision also sets forth, it applies to the “consent” of such subdivision or entity. The basic rule on consent to ICSID jurisdiction is Article 25(1), where the expression “constituent subdivision or agency of a Contracting State” is related exclusively to the Host State. In relation to the Contracting State of the investor, the same rule does not use these terms and merely refers to “a national.” It results clearly from the combined reading of both provisions that the approval requirement set out in Article 25(3) can relate only to subdivisions and entities of a Contracting State involved in an ICSID arbitration as Host State of an investment. If such approval is required it is because the subdivision or agency concerned will become a party to the proceeding in addition or instead of the Contracting State to which it belongs. This scenario has no parallel setting on the investor side.

327. Therefore, this Tribunal finds that the requirement of prior approval as stated in Article 25(3) does not apply to CABB. This interpretation also must have been Respondent’s position when it received the Notice of Arbitration and did not object that it contained no mention of an approval based on Article 25(3) as this would have been required by Article 2(1)(c) Institution Rule if Respondent’s more recent understanding were correct.

328. This does not mean that CABB’s standing generally is such that it need not secure approval to participate in ICSID arbitration. It is less than clear whether Respondent’s objection addresses CABB’s purported failure to receive authorization to bring an arbitration claim before ICSID also concerns this aspect of the question relating to CABB’s legal standing. If it does, it would be deprived of any basis on the face of the act dressed up by the Notary Public of Bilbao recording the Board of Directors’ decision to submit the dispute involving CABB to arbitration under the ICSID Convention and to grant the necessary power of attorney. This document was filed with the Secretary-General of ICSID together with the Request for Arbitration. It had as its objective the compliance with Institution Rule 2(1) (f) and 2 (2), which provides, in case the requesting party is a juridical person, that it has taken all necessary actions to authorize the request and to deliver the supporting documentation together with the Request. The decision of the Board of Directors of April 24, 2007 was attached to the notaries act exhibited with the Request for Arbitration. Neither at that time nor at any time later did this document attract any opposition, be it from the Secretary-General under its scrutiny in view of the registration of the Request, nor later by Respondent. Therefore, Respondent’s objection also fails in this issue.

329. The Tribunal therefore arrives at the conclusion that CABB has legal standing in this ICSID proceeding and that the third objection raised by Respondent accordingly must be dismissed”.

La decisión sobre jurisdicción en el caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A., c. Uruguay* (Caso CIADI n° ARB/10/7, Decisión de 2-7-2013), resolvió tres excepciones a la jurisdicción del CIADI presentadas por Uruguay. La segunda de estas excepciones se refería a que el Artículo 2 del APPRI celebrado entre Suiza y Uruguay excluía *ratione materiae* las medidas adoptadas por razones de salud pública. De conformidad con las demandantes el Artículo 2 del APPRI no era aplicable al caso porque se refería a la admisión de las inversiones y no afectaba a las que ya se habían admitido. Como resulta claramente del título y de su redacción, esta disposición solo se aplicaba en el momento que se efectuaba la inversión, y no con posterioridad:

“170. La referencia en el artículo 2(1) a la “salud pública” como uno de los motivos mediante el cual el Estado receptor no puede permitir ciertas actividades económicas se refiere a la fase de admisión de las inversiones, por ende, a la fase previa al establecimiento, como se demuestra claramente por el contexto. La referencia en cuestión se realiza inmediatamente después de determinar el deber de cada Estado de admitir las inversiones, como una excepción a dicho deber por las razones de importancia con respecto al interés público determinado, incluso las razones de salud pública. Tanto la admisión como la aceptación, incluso la excepción por razones de salud pública, se refieren a la fase previa al establecimiento. La Demandada acepta que la obligación de admitir las inversiones se limita a la fase previa al establecimiento y que el derecho de admitir la inversión es equivalente al derecho de “permitir el ingreso de inversiones” [traducción del Tribunal]”.

Según el tribunal, Uruguay podía excluir la admisión de las inversiones en virtud del APPRI por razones de salud pública de dos maneras diferentes, a saber: 1) bien mediante la exclusión conforme a su legislación interna, de manera tal que una inversión no se admitiera por no ser conforme “a sus leyes y reglamentos” según el Artículo 2.1; o 2) bien notificando al CIADI que no aceptaría someter a su jurisdicción las diferencias relativas a cuestiones de salud pública, como dispone el Artículo 25.4 del Convenio CIADI. Dicha excepción, no obstante, no se podría aplicar a las inversiones que se hubieran admitido de conformidad con el APPRI. Como hasta entonces, según el tribunal, la demandada no había llevado a cabo ninguna de las acciones anteriores con el fin de excluir las inversiones relativas a las actividades tabacaleras del alcance del APPRI:

“174. El Tribunal concluye que el artículo 2(1) no crea una excepción a las obligaciones sustanciales del TBI con respecto a las inversiones que ya se han admitido con arreglo a la ley uruguaya. Al igual que aceptan las Demandantes, es verdad que lo antedicho no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área. Pero el artículo 2(1) se refiere únicamente a la admisión, a pesar de que está sujeto a las regulaciones ulteriores de las inversiones, siempre y cuando sea consistente con el TBI. La determinación de si las regulaciones son consistentes con el TBI es una cuestión de fondo.

175. En virtud de las consideraciones anteriores, se desestima la segunda excepción a la jurisdicción del Tribunal”.

Por otra parte, la demandada presentó una tercera excepción a la jurisdicción del tribunal referida a que las actividades de las demandantes en Uruguay no constituían una “inversión” conforme al Artículo 25 del Convenio CIADI. En apoyo de su posición, la demandada alegó que, de acuerdo con el Convenio CIADI, el término “inversión” tenía un sentido objetivo que debía cumplirse para los fines de la jurisdicción del CIADI. En virtud de la “prueba Salini” uno de los criterios objetivos que debía cumplirse era que la actividad económica debía contribuir de manera positiva y significativa al desarrollo socioeconómico del Estado receptor. En este caso, el impacto negativo del consumo de tabaco sobre el desarrollo del Estado había sido confirmado por instituciones internacionales autorizadas. Por el contrario, para las demandantes la afirmación de Uruguay de que no poseían una “inversión” en ese Estado era fáctica e incorrecta. Las demandantes tenían diversas inversiones que podían incluirse dentro de la definición de inversión del Artículo 1.2 del APPRI y que estaban a su vez cubiertas por el Artículo 25

del Convenio CIADI. En concreto, las inversiones de las demandantes incluían prendas industriales (Artículo 1.2.a), las acciones en *Abal* (Artículo 1.2.b), los derechos a prestaciones de valor económico (Artículo 1.2.c) y los derechos de propiedad industrial (Artículo 1.2.d).

Para el tribunal un aspecto que debía ser tenido en cuenta al interpretar el término “inversión” en el contexto del Convenio CIADI era su relación con la definición de “inversión” en el APPRI:

“202. El análisis anterior lleva al Tribunal a concluir que el término “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI, interpretado de conformidad con el sentido corriente en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio, debe ser interpretado en sentido amplio.

(...)

204. Resulta dudoso que la denominada prueba Salini, en la que se basa la Demandada, tenga alguna importancia para la interpretación del concepto de “inversión” en virtud del artículo 25(1) del Convenio CIADI. La prueba surge de una decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal CIADI en el caso *Salini c. Marruecos*. Bajo la suposición de que las decisiones y los laudos arbitrales son “decisiones judiciales” de conformidad con el artículo 38(d) del Estatuto de la CIJ, que está lejos de ser comúnmente aceptado, esto tendrá lugar bajo la condición de que hayan adquirido un grado suficiente de publicidad y sean parte de una *jurisprudence constante*. Como se demostrará a continuación, no existe dicha *jurisprudence constante* con respecto a la aceptación de la prueba Salini.

205. Como es conocido, la prueba Salini incluye los siguientes elementos, los cuales fueron descritos por el tribunal del caso *Salini c. Marruecos*: “La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una determinada duración del cumplimiento del contrato y una participación en el riesgo de la transacción. Al leer el preámbulo del Convenio, uno podría agregar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición adicional” [traducción del Tribunal]

206. La prueba Salini ha sido aplicada de varias maneras por tribunales de tratados de inversión y en escritos doctrinales. Según el Tribunal, los cuatro elementos constitutivos de la lista de Salini no constituyen requisitos jurisdiccionales, de manera que la falta de alguno de estos elementos implicaría una falta de jurisdicción. Son características típicas de inversiones en virtud del Convenio CIADI, no “un grupo de requisitos legales obligatorios” [traducción del Tribunal]. Como tales, pueden contribuir para la identificación o exclusión, en casos extremos, de la presencia de una inversión, pero no pueden desestimar el concepto amplio y flexible de inversión que establece el Convenio CIADI, en la medida en que no esté limitado por el tratado aplicable, como en el presente caso”.

De estos elementos constitutivos de una “inversión” el más controvertido ha sido la contribución al desarrollo económico del Estado receptor, a raíz del carácter subjetivo que presenta este elemento:

“208. Al respecto, el Tribunal concuerda con la afirmación del tribunal del caso *Pey Casado c. Chile*: “Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se

presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión

209. La Demandada parece estar de acuerdo con un enfoque más flexible (...), al establecer lo siguiente: “[...] ya sea que se consideren los criterios Salini como requisitos jurisdiccionales obligatorios o, en su lugar, se adopte el ‘enfoque típico característico’, en las circunstancias del caso, es una distinción sin diferencia alguna” [traducción del Tribunal]. Según el Tribunal, el objeto del Convenio CIADI y del TBI, y la doctrina mayoritaria, respaldan el enfoque más flexible mencionado por la Demandada. Aplicando ese análisis, no obstante, el Tribunal no puede concluir que las actividades prolongadas en el tiempo y sustanciales de las Demandantes en Uruguay no tienen calidad de “inversiones” en virtud del TBI y el Convenio CIADI”.

En definitiva, el tribunal decidió afirmar su jurisdicción para conocer de los supuestos incumplimientos del APPRI alegados por las demandantes.

El laudo dictado en el caso *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/10/17) resolvió la excepción a la jurisdicción presentada por Guatemala alegando falta de jurisdicción *ratione materiae*. En este caso no se discutía el hecho de que Guatemala había consentido en someter al arbitraje reclamaciones derivadas de una inversión realizada en el marco del CAFTA-DR.

En concreto, la demandada planteó varias excepciones referidas exclusivamente a la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal. Según Guatemala, en primer lugar, el demandante había planteado un mero desacuerdo regulatorio sobre la interpretación del derecho guatemalteco que no podía dar lugar a una reclamación internacional. En segundo lugar, dicho desacuerdo había sido resuelto por los tribunales locales y, por tanto, el demandante había renunciado a su derecho de reclamar por denegación de justicia. Y, en tercer lugar, planteó que el tribunal debía dar preeminencia a la decisión jurisdiccional adoptada por el tribunal arbitral en el caso *Iberdrola*. Por su parte, la demandante solicitó al tribunal que resolviera a favor de su jurisdicción *ratione materiae* para conocer de la reclamación planteada en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA-DR. La posición del demandante respecto a la jurisdicción se fundaba en que la reclamación se refería a una violación del tratado y no era un mero desacuerdo regulatorio, cuestión que debía decidirse en el fondo. Además, la decisión en el caso *Iberdrola* no era relevante pues en su opinión dicho tribunal había incurrido en un error al afirmar que no tenía jurisdicción para conocer cuestiones de Derecho nacional en un contexto regulatorio, ya que los tribunales arbitrales frecuentemente tenían que resolver cuestiones de Derecho nacional para determinar si se ha incumplido un tratado de inversiones.

En respuesta a los argumentos de las partes, el tribunal arbitral consideró que había que determinar si Guatemala incumplió la obligación de otorgar un estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el Artículo 10.5.2 del CAFTA-DR:

“454. El Tribunal Arbitral considera que el estándar mínimo de trato justo y equitativo conforme a lo establecido en el artículo 10.5 del CAFTA-RD se ve quebrantado por una conducta atribuida al Estado y resulta perjudicial para el inversor si la conducta es arbitraria, notoriamente injusta o idiosincrática, es discriminatoria o involucra la ausencia del debido proceso y lleva así a un resultado que atenta contra la discrecionalidad jurídica.

(...)

456. El Tribunal Arbitral también considera que el estándar mínimo forma parte del principio internacional de buena fe. A los ojos del Tribunal, no cabe duda de que el principio de buena fe forma parte del derecho internacional consuetudinario, según se establece en el artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que la falta de buena fe por parte del Estado o de alguno de sus organismos debe tenerse en cuenta para determinar si se violó el estándar mínimo.

457. Por último, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo con el artículo 10.5 del CAFTA-RD, la falta de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos como el proceso de revisión tarifaria constituye un incumplimiento del estándar mínimo. Al evaluar si ha existido dicha falta de debido proceso, es importante señalar que la administración de Guatemala no fundamentó completamente sus decisiones o no acató sus propias normas.

458. A partir de esos principios, el Tribunal Arbitral considera que la inobservancia deliberada de los principios fundamentales en los que se basa el marco regulatorio, la total falta de candor o buena fe por parte del regulador en sus relaciones con el inversor y una falta total de fundamentación, constituiría un incumplimiento del estándar mínimo”.

A continuación, el tribunal se mostró en desacuerdo con el argumento de Guatemala de que la reclamación de la demandante se reducía a una controversia sobre la interpretación del Derecho guatemalteco:

“467. Como ya se señaló, esta controversia consiste en determinar si la Demandada incumplió las obligaciones relacionadas con el estándar mínimo de trato. Se trata de una controversia internacional en la que el Tribunal Arbitral aplicará el derecho internacional.

468. El hecho de que para determinar la presunta responsabilidad de la Demandada en el derecho internacional el Tribunal Arbitral deberá resolver determinadas cuestiones de interpretación relativas al marco regulatorio aplicando la legislación guatemalteca no lo priva ni puede privarlo de su competencia.

469. El artículo 42 1) del Convenio del CIADI es muy claro en el sentido de que los tribunales internacionales pueden y deben aplicar las leyes del Estado receptor a las cuestiones en litigio que se someten a dicha legislación”.

Asimismo, el tribunal rechazó el argumento de la demandada referido a que el desacuerdo entre las partes había sido resuelto por los tribunales internos y que el demandante, en consecuencia, había renunciado al derecho de presentar una reclamación por denegación de justicia:

“475. (...) la tarea del Tribunal Arbitral consiste, principalmente, en determinar la relevancia jurídica de los hechos en el marco del derecho consuetudinario internacional. Por consiguiente, si bien las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala repercutirán en las conclusiones que el Tribunal Arbitral formulará en el marco

del derecho guatemalteco, dicha circunstancia no puede privar al Tribunal Arbitral de su competencia para resolver el caso con arreglo al derecho internacional (...).

476. El Tribunal Arbitral está en desacuerdo con Guatemala en que el Demandante le pide “que se erija en corte de apelación de tercera o cuarta instancia en materia regulatoria de derecho guatemalteco”.

477. La labor del Tribunal no es ni puede ser revisar las conclusiones a las que llegan los tribunales de Guatemala en el marco del derecho interno. Consiste, más bien, en aplicar el derecho internacional a los hechos controvertidos, lo que incluye el contenido del derecho guatemalteco interpretado por la Corte de Constitucionalidad.

(...)

481. En particular, si el Tribunal Arbitral concluyera (...) que la CNEE desconoció deliberadamente los principios fundamentales del marco regulatorio vigente durante el proceso de revisión tarifaria que es objeto de controversia, dicho desconocimiento supondría una violación del derecho internacional”.

Por consiguiente, el tribunal consideró que no se requería que el demandante demostrara que hubo denegación de justicia para determinar que el Estado había incumplido sus obligaciones internacionales.

Por último, en relación al argumento de la demandada de que en el caso *Iberdrola* el tribunal arbitral había emitido un laudo favorable a Guatemala, siendo aquel caso idéntico al presente en lo que respecta a los hechos, el tribunal señaló que aquel litigio no tenía valor de precedente:

“486. El Tribunal Arbitral ha dejado en claro, en el curso de este arbitraje, que no se basaría en pruebas presentadas en el caso *Iberdrola*. Si bien ambos casos tienen una matriz fáctica similar, los tratados aplicables y las partes son diferentes. Además, la presentación de los argumentos jurídicos y las pruebas fue distinta en uno y otro caso.

487. La tarea del Tribunal Arbitral es resolver la presente controversia sobre la base de los argumentos jurídicos y la evidencia que le fue presentada. En consecuencia, el Tribunal Arbitral, al pronunciarse sobre la jurisdicción, no puede basar sus conclusiones, ni las basará, en la decisión del tribunal del caso *Iberdrola*”.

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

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

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

Una de las cuestiones a las que se tuvo que enfrentar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB(AF)/04/6, Laudo de 16-1-2013) consistió en dirimir si Venezuela, al dar por finalizado unilateralmente el contrato de concesión minera de oro y cobre vigente con la empresa demandante había vulnerado, entre otros, el estándar de plena protección y seguridad de la inversión contemplada en el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela.

El tribunal arbitral, aceptando que la obligación de conceder plena protección y seguridad no sólo posee una arista relacionada con la protección física del inversor extranjero, sino también un aspecto relacionado con la protección jurídica, dictaminó por unanimidad que ninguno de los estándares alegados se habían vulnerado debido a los reiterados incumplimientos del contrato por parte de la demandante. A los efectos de una mejor sistematización, los argumentos ofrecidos por el tribunal arbitral se estudian en el siguiente apartado, relativo a la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo.

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 *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB(AF)/04/6, Laudo de 16-1-2013) consistió en dirimir si Venezuela, al dar por finalizado unilateralmente el contrato de concesión minera de oro y cobre vigente con la compañía canadiense había vulnerado, entre otros, el estándar de trato justo y equitativo contemplado en el citado APPRI.

El tribunal arbitral dictaminó por unanimidad que no se había incumplido dicho estándar:

“216. Claimant’s submissions regarding alleged violations of the provisions on fair and equitable treatment (“FET”) and full protection and security (“FPS”), both contained in Article II(2) of the Canada-Venezuela BIT, are both considered in this section, although they are two distinct standards of protection of an investor’s rights.

(...)

221. The Tribunal has found that the decision to terminate the Work Contract, and the

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

consequent steps to take over the Las Cristinas site and to bring rights in respect of Las Cristinas under the control of Respondent, did not amount to an expropriation. They were contractual responses to what the Tribunal considers to be contractual breaches. The questions here are whether Respondent violated the Treaty by treating the investment unfairly or inequitably, and whether there was any failure to accord full protection and security to the investment.

222. The Tribunal recognizes that there are different formulations of the precise content of the FET standard, but observes that they all have in common the requirement that the standard does not guarantee the success or profitability of an investment but requires that the treatment of investments not fall below a minimum standard of fairness and equitableness that all investors have a right to expect. The Tribunal agrees that in this case the treatment of Claimant's investment by Respondent, in light of the manner in which the investment was made and of the contractual framework that had been agreed for the development of Las Cristinas, cannot be regarded as falling below that minimum standard, however the standard might be formulated in its precise details.

223. Similarly, as far as the content of the FPS standard is concerned, the Tribunal is broadly in agreement that it applies at least in situations where actions of third parties involving either physical violence or the disregard of legal rights occur, and requires that the State exercise due diligence to prevent harm to the investor, it being understood that the FPS standard does not grant the investor an "insurance against all and every risk." While members of the Tribunal do not consider that there is a more precise formulation of the content of the standard that is universally accepted, they are in agreement that even the most demanding formulation of the FPS standard for which Claimant contended was not violated in the present case.

224. More specifically, the Tribunal does not accept that the termination of the Contract without first resorting to arbitration constitutes a violation of either the right to fair and equitable treatment or the right to full protection and security.

225. Having considered the evidence concerning Venezuelan law that was put before it, the Tribunal is not persuaded that arbitration was an essential precondition to termination of the contract, although under Clause Twenty Sixth of the Work Contract arbitration was plainly an option for the resolution of disputes arising out of the termination of the contract.

226. Furthermore, in the view of the Tribunal, Claimant has not proved its claim that Respondent has violated Claimant's right to fair and equitable treatment or its right to full protection and security under the BIT by obstructing the access of Claimant to the Venezuelan courts or to arbitration in order to pursue its claims. It is true that in the ten sets of proceedings listed above there are instances in which the Venezuelan Courts failed to deal promptly, or at all, with applications for interim relief; and it is true that there were considerable delays in dealing with many of the applications. The Tribunal does not, however, consider that the delays are of an order that violates Respondent's obligations under the Treaty.

227. Tribunals in other cases have pointed to the high threshold in this regard. In *Waste Management*, the award referred to "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." The Tribunal considers that to be the correct approach. The question is not whether the host State legal system is performing as efficiently as it ideally could: it is whether it is performing so badly as to violate treaty obligations to accord fair and equitable treatment and full protection and security. The Tribunal does not consider that the delays in this case are of an order that constitute conduct that falls below the minimum standard demanded by the Treaty.

228. Allegations of a lack of independence and impartiality are more difficult to deal with. They often amount to allegations of violations of professional rules, or even of criminal laws, and it is not to be expected that evidence will be readily available. Such allegations would, if proven, constitute very serious violations of the State's treaty obligations. But they must be properly proved; and the proof must, at least ordinarily, relate to the specific cases in which the impropriety is alleged to have occurred. Inferences of a serious and endemic lack of independence and impartiality in the judiciary, drawn from an examination of other cases or from anecdotal or circumstantial evidence, will not ordinarily suffice to prove an allegation of impropriety in a particular case. The evidence in this case does not warrant a conclusion that the decisions of the courts in Venezuela in the proceedings instituted by Claimant demonstrate a lack of independence or impartiality, and the Tribunal does not accept that they amount to breaches of either the right to fair and equitable treatment or the right to full protection and security.

229. As far as concerns Claimant's submissions concerning access to ICC arbitration are concerned, the Tribunal notes that Claimant did not file an application directly with the ICC, but chose to seek an order from the Venezuelan courts that CVG must accept ICC arbitration. Claimant had also sought to litigate various aspects of the dispute before the Venezuelan courts, but eventually decided to waive its right to continue its proceedings before the Venezuelan courts in order to pursue the present arbitration. Such a waiver is a necessary precondition of access to arbitration under the Canada-Venezuela BIT, stipulated by Article XII(3)(b). That provision also requires that Claimant waive its rights to initiate or continue "a dispute settlement procedure of any kind" to which the dispute has been referred. The right to ICC arbitration had, therefore, to be waived in order that Claimant could bring the case before this Tribunal.

230. Further, the Tribunal notes that a three-year time limit is imposed by Article XII(3)(d) of the BIT, in respect to arbitration under the Treaty. Access to this Tribunal is an agreed alternative to the pursuit of remedies in national courts or in contractual arbitrations, in relation to complaints of conduct that is alleged to amount to a violation of the Treaty.

231. Claimant did not support its allegations that its treatment by Respondent was discriminatory. No evidence of dissimilar treatment of investors in a position similar to that of Claimant was adduced. Similarly, no further evidence to support the allegation of a breach of the "fair and equitable treatment" provision or the "full protection and security" provision in the BIT was adduced. The Tribunal does not consider that Claimant has substantiated either allegation.

232. In these circumstances, the Tribunal finds that there has been no violation of the duty to accord Claimant's investment fair and equitable treatment or the duty to accord it full protection and security under the BIT".

En el Laudo emitido el 6-5-2013 en el caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/3), se demandó al Estado receptor de la inversión al entender que el comportamiento adoptado por las autoridades rumanas dirigido contra algunos de los dirigentes de la compañía había constituido una vulneración, entre otros estándares, del trato justo y equitativo. En lo que respecta a la vulneración de dicho estándar, el tribunal, en primer lugar, realizó las siguientes precisiones:

"197. The Tribunal, for its own part, has no difficulty in following the Claimant's invitation as to the general approach to be taken towards the interpretation of Article 3(1). It sees no benefit in engaging in an abstract debate as to whether Article 3(1), and in particular its

reference to ‘fair and equitable treatment,’ was or was not intended by the Parties simply to incorporate the ‘minimum standard’ under customary international law, still less to engage in any debate as to what that ‘minimum standard’ should now be understood to be. It prefers instead (in keeping with the approach adopted by other arbitral tribunals) to follow the ordinary meaning of the words used, in their context, and in the light of the object and purpose of the BIT. In doing so, it will take into particular account the two general elements that other tribunals have found come into play in connection with claims to ‘fair and equitable treatment,’ namely the way in which the foreign investor or the foreign investment have been treated by the organs of the host State (whether in a regulatory context or otherwise), measured against the expectations legitimately entertained by the foreign investor in making its investment. As to the parallel guarantees of ‘non-impairment’ and ‘full protection and security,’ the Claimant does not appear to argue that, in the concrete circumstances of this case, they cover any situation which is not already covered by its claims under the guarantee of fair and equitable treatment. The Tribunal will accordingly consider the application of all of these standards of protection together, against the Claimant’s allegations of breach. The Tribunal notes however that, just as with the ‘fair and equitable treatment’ standard, the ‘full protection and security’ standard relates specifically to the treatment of the foreign investment as such by the host State, and notes further that, on the terms of Article 3(1), the protection and security required is expressly qualified as ‘physical’. Finally, so far as the ‘non-impairment’ standard is concerned, what the treaty language has in view is the possibility of harmful effects on the operation, management etc. of the foreign investment itself, by the foreign investor (and then only by measures that are ‘unreasonable or discriminatory’).

198. (...) The focus of the Tribunal’s attention will therefore be on actions taken by Romania against TRG itself or against TRG’s Romanian investments, or (as the case may be) actions that affect TRG’s management, operation and enjoyment of its Romanian investments. Such actions will be viewed against the background of TRG’s legitimate expectations in respect of those investments, and notably whether the evidence shows that the actions by Romania in question were tainted by unfairness or unreasonableness, or were discriminatory. An important element, in the particular context of unreasonableness or discrimination, will be to keep in mind the qualitative distinction between the proposition that an investigation by the State into potential wrongdoing was illegitimate in itself, and the proposition at a different level that things done in the course of a legitimate investigation were wrongful, unreasonable, or discriminatory. A final important point is that when a treaty provision such as Article 3(1) establishes a requirement to secure “fair and equitable treatment” for the investments of foreign investors, that requirement refers in the first instance to the host State’s treatment of the investment, taken as a whole; the Claimant has said something similar when it framed its complaints in terms of a ‘campaign of harassment’. The requirement may however also apply to specific individual acts attributable to the State, if the circumstances were appropriate and of sufficient seriousness as to lead a tribunal to conclude that the standard of ‘fair and equitable treatment’ had been breached.

199. The Tribunal finds therefore that, to qualify as a violation of the guarantees laid down in the BIT, actions or omissions by the Respondent must consist of conduct toward TRG itself, the protected entity, or towards its investments in Romania. Such conduct can however be direct, or it can be indirect. The great majority of the Claimant’s claims are based on indirect conduct of this kind, i.e. conduct against individual persons, which might have been in their capacity as the representatives of the protected investor or investment, or might have been in their personal capacity. The Tribunal must therefore decide what additional elements would suffice to turn actions not directed as such against an investor or his investment, but against individuals associated with their ownership or management, into an actionable breach of the rights of the investor itself. This is not an easy question to answer; it is one of first impression, and one on which the Tribunal has little by way of

assistance in the submissions of the Parties. The Claimant, in its Request for Arbitration and initial pleadings, seems largely to have assumed the existence of the necessary connection, and it was not until its closing argument at the end of the oral hearing that the Claimant began to focus specifically on this question. Its argument then was that two categories of events should be understood as directed against TRG. The first category was actions directly addressing TRG or its Romanian investments, and comprised the share attachment and the mentions of Rompetrol in the GPO's press releases. The second category comprised actions against officers or directors of Rompetrol in respect of things done in their corporate capacity, and included the detention (or attempted detention) of Messrs. Patriciu and Stephenson. But this aspect of the case was not much developed in the Claimant's Post-Hearing submissions, except to the extent that the Claimant elaborated briefly the exceptional circumstances which, in its view, would justify awarding moral damages to TRG. The Respondent, on the other hand, rested its defence against the Claimant's claims in the arbitration largely on the factual level, denying in other words that the treatment of Mr. Patriciu and his associates was wrongful or malicious at all, and did not therefore address the question of its connection to TRG.

200. To start with, there can be no dispute that actions directed against TRG or its investments in Romania fall within the zone of protection accorded by Article 3(1) of the BIT. Conversely, discrete actions or even a campaign of actions directed against Mr. Patriciu or others associated with him in their personal capacities would not in and of themselves be capable of amounting to a breach of TRG's treaty rights merely because of the association of those individuals with TRG or its investments. To come within the zone of protection, something more would be required. The Tribunal considers that the necessary link might take one of two forms. Either the conduct complained about could have been directed against the individuals for actions taken on behalf of and in the interest of the investor or its investment, so that that conduct should fairly be understood as implicating the protected interests of the investor itself. An example would be steps taken against an individual, whether in the form of criminal charges or otherwise, in respect of actions that individual had taken to enforce or defend the investor's rights. Or the conduct complained about could have been directed against individuals (even in their personal capacity) for the purpose of harming the investor or its investment through the medium of injury to the individuals. The Tribunal accordingly reaches the conclusion that the following (and only the following) would fall within the area of protection under the BIT: (a) actions against the investor itself (or its investment); (b) action against the investor's executives for their activity on behalf of the investor; and (c) action against the executives personally but with the intent to harm the investor. In each case, much would turn on the facts of the particular complaint, and in particular the crucial question whether, even if the situation fell within the zone of protection, the conduct in question did in fact constitute a failure to respect the treaty protection at issue".

En efecto, el tribunal arbitral se enfrentaba a la delicada y difícil tarea de valorar si las investigaciones iniciadas por las autoridades rumanas por la presunta comisión de delitos económicos contra varios de los dirigentes de la compañía tras el proceso de privatización de la misma, constituyeron, al presentar algunas irregularidades, una vulneración del estándar de trato justo y equitativo:

"278. As the Rosinvest Tribunal recognized, the 'cumulative effect' of a series of wrongful acts may amount to a treaty breach even if the individual components of that series do not. Likewise, in this Tribunal's view, a State may incur international responsibility for breaching its obligation under an investment treaty to accord fair and equitable treatment to a protected investor by a pattern of wrongful conduct during the course of a criminal investigation or prosecution, even where the investigation and prosecution are not

themselves wrongful. The provisos are however that the pattern must be sufficiently serious and persistent, that the interests of the investor must be affected, and that there is a failure in these circumstances to pay adequate regard to how those interests ought to be duly protected. In the Tribunal's considered view, it is part of the legitimate expectations of a protected investor –without in any way trenching upon the sovereign right of the host State to prescribe and enforce its criminal law– that, if its interests find themselves caught up in the criminal process either directly or indirectly, means will be sought by the authorities of the host State to avoid any unnecessarily adverse effect on those interests or at least to minimize or mitigate the adverse effects.

279. The Tribunal notes that from a certain point at least in the lengthy saga of the criminal investigations, the GPO and the DIICOT knew that the interests of TRG as such stood directly or indirectly in the line of fire. It is not easy to put a finger on a particular point in time, but knowledge of this kind must be assumed to be there at the very latest by the time of the second request for detention (of Mr. Patriciu and Mr. Stephenson), for the simple reason that the request refers directly to the present Arbitration and to its having been brought at the instance of 'the Dutch investor' (i.e. TRG). From that point onwards, the Respondent could not be heard to deny that the GPO, as a responsible organ of the Romanian State whose actions or omissions would engage Romania's international responsibility, was aware that its actions in pursuit of the criminal investigation stood to harm the interests of a protected foreign investor. In fact, the Tribunal finds sufficient by way of reference to 'the Rompetrol Group' in the GPO press releases and in the various DIICOT formal documents that it feels justified in projecting back in time the element of knowledge so that it would in practice cover the attachment of the RRC shares and the requests for banking information as well as later events in 2006 and onwards. There is however no evidence that steps were taken either to assess or to avoid, minimize, or mitigate that possibility of harm, nor has the Respondent so pleaded in its written arguments. On the basis of the procedural irregularities during the criminal investigation of Mr. Patriciu and others, including the conduct of the prosecutors discussed in paragraph 245, the attachment of RRC's shares discussed in paragraphs 247-248, and the arrest and attempted imprisonment of Messrs. Patriciu and Stephenson discussed in paragraphs 249-251, the Tribunal accordingly holds that to that limited extent the Respondent is in breach of the guarantees accorded to the Claimant by Article 3(1) of the BIT, notably the guarantee of 'fair and equitable treatment'. In so finding, the Tribunal wishes to make it plain that it would not regard any breach, or indeed any series of breaches, of procedural safeguards provided by national or international law in the context of a criminal investigation or prosecution as giving rise to the breach of an obligation of fair and equitable treatment. All will depend on the nature and strength of the evidence in the particular case, on the impact of the events complained about on the protected investor or investment, and on the severity and persistence of any breaches that can be duly proved, as well as on whatever justification the respondent State may offer for the course of events. The Tribunal's finding is based entirely on the facts of the present case".

En el caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C., Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/05/20, Laudo de 11-12-2013), antes de ponderar el incumplimiento del trato justo y equitativo, el tribunal optó por calibrar la naturaleza, interpretación y contenido del estándar, empleando, entre otros, los siguientes argumentos, algunos de ellos referidos al proceso de adhesión de Rumania a la UE:

"509. Further, both Parties agree that the fair and equitable treatment standard should be interpreted in the light of the object and purpose of the BIT as reflected in its Preamble. This was also the approach taken by the Saluka tribunal, which noted that "[t]he preamble

thus links the ‘fair and equitable treatment’ standard directly to the stimulation of foreign investments and to the economic development of both Contracting Parties.” The Respondent further argues that the standard should be interpreted in the broader context of EU accession.

(...)

513. It is undisputed that the Europe Agreement predated the BIT and, indeed, promoted the conclusion of BITs such as the Sweden-Romania BIT. Despite the lack of express reference in the BIT to EU accession or the EU, the Tribunal has also found that the general context of EU accession must be taken into account when interpreting the BIT.

514. That being said, the Tribunal cannot conclude in the abstract (as Romania seems to suggest) that the revocation of the incentives is fair and equitable solely because it was undertaken pursuant to Romania’s obligation under the Europe Agreement to harmonize its law with EU law. As previously stated whether the state’s conduct is unfair and inequitable must be assessed in view of all the facts and surrounding circumstances.

515. The Tribunal must bear in mind that the goal of the BIT is the “intensif[ication of] economic cooperation to the mutual benefit of both States” and, in this context, “to maintain fair and equitable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”, and that when the Contracting States set this goal they recognized “that the promotion and protection of such investments favour the expansion of the economic relations between the two Contracting Parties and stimulate investment initiatives.” In this respect, the Claimants argue that the objective of the BIT was to help Romania raise its level of economic development so it could join the EU.

(...)

526. That is not to say that any conduct that is “reasonable” under this definition will be “fair and equitable”. As stated above, the determination of what is fair and equitable cannot be made in the abstract: it requires the assessment of all the factual and legal circumstances surrounding both the state’s conduct and an investor’s investments. There are conceivably cases in which reasonable action by a state in pursuit of a rational policy may nonetheless be unfair with respect to certain investors.

(...)

528. The tribunal in *LG&E v. Argentina* stated that “the stability of the legal and business framework in the state party is an essential element in the standard of what is fair and equitable treatment”, and found that it “was an emerging standard of fair and equitable treatment in international law.” This Tribunal agrees as a general matter.

529. However, the fair and equitable treatment obligation is not an unqualified guarantee that regulations will never change. Investors must expect that the legislation will change from time to time, absent a stabilization clause or other specific assurances giving rise to a legitimate expectation of stabilization. The BIT’s protection of the stability of the legal and business environment cannot be interpreted as the equivalent of a stabilization clause. In the Tribunal’s view, the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that: (i) an investor’s legitimate expectations must be protected; (ii) the state’s conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary or discriminatory); and (iii) the state’s conduct must be procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration). If a change in legislation fails to meet these requirements, while the legislation may be validly amended as a matter of domestic law, the state may incur international liability.

(...)

533. The Tribunal agrees with the general thrust of these statements. However, as noted by the Saluka tribunal, such propositions must be considered in the proper context; “taken too literally, they would impose upon host States obligations which would be inappropriate and unrealistic.” Whether a state has been unfair and inequitable by failing to be transparent with respect to its laws and regulations, or being ambiguous and inconsistent in their application, must be assessed in light of all of the factual circumstances surrounding such conduct. For example, it would be unrealistic to require Romania to be totally transparent with the general public in the context of diplomatic negotiations. The question before the Tribunal is thus not whether Romania has failed to make full disclosure of or grant full access to sensitive information; it is whether, in the event that Romania failed to do so, Romania acted unfairly and inequitably with respect to the Claimants. The same applies to consistency: the question is not merely whether Romania has acted inconsistently; it is whether, in acting inconsistently, it has been unfair and inequitable with respect to the Claimants. This is a question that cannot be answered in a vacuum; it is highly dependent on the factual circumstances”.

A continuación y respondiendo a la pregunta de si Rumania le había proporcionado al inversor un marco jurídico previsible y estable conforme a sus expectativas legítimas, el tribunal consideró que no, ya que a pesar de que el proceso de adhesión a la UE estaba en marcha durante el periodo de vigencia de las medidas de incentivación revocadas en 2005, ni tan siquiera el gobierno fue capaz de determinar que dichas ayudas podían resultar incompatibles con la normativa europea ya que las concedió y mantuvo basándose en la creencia errónea de que lo eran:

“666. In the Tribunal’s view, the fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability. Thus, the Claimants’ “regulatory stability” argument must be analyzed in the context of the protection of an investor’s legitimate expectations.

667. Cases supporting the doctrine of legitimate expectations are numerous. As noted by Dolzer and Schreuer, the protection of legitimate expectations is by now “firmly rooted in arbitral practice.” Although the question of whether these legitimate expectations were breached is a factual one, an overwhelming majority of cases supports the contention that, where the investor has acquired rights, or where the state has acted in such a way so as to generate a legitimate expectation in the investor and that investor has relied on that expectation to make its investment, action by the state that reverses or destroys those legitimate expectations will be in breach of the fair and equitable treatment standard and thus give rise to compensation.

668. The Parties agree that, in order to establish a breach of the fair and equitable treatment obligation based on an allegation that Romania undermined the Claimants’ legitimate expectations, the Claimants must establish that (a) Romania made a promise or assurance, (b) the Claimants relied on that promise or assurance as a matter of fact, and (c) such reliance (and expectation) was reasonable. This test is consistent with the elements considered by other international tribunals.

669. In the Tribunal’s view, elements (a) and (c) are related. There must be a promise, assurance or representation attributable to a competent organ or representative of the state,

which may be explicit or implicit. The crucial point is whether the state, through statements or conduct, has contributed to the creation of a reasonable expectation, in this case, a representation of regulatory stability. It is irrelevant whether the state in fact wished to commit itself; it is sufficient that it acted in a manner that would reasonably be understood to create such an appearance. The element of reasonableness cannot be separated from the promise, assurance or representation, in particular if the promise is not contained in a contract or is otherwise stated explicitly. Whether a state has created a legitimate expectation in an investor is thus a factual assessment which must be undertaken in consideration of all the surrounding circumstances.

(...)

674. In Section A on the umbrella clause, the Tribunal found that the EGO 24 framework, in conjunction with the PICs, created a specific entitlement for the Claimants, according to which they were entitled to receive the incentives until 1 April 2009. To recall, the Tribunal found that EGO 24 created a general scheme of incentives available to investors who fulfilled certain requirements, which were later “granted” to qualifying investors through a specific administrative act (the PIC). In other words, the legislation created a generalized entitlement that could be claimed by qualifying investors, but this general entitlement was later crystallized with respect to qualifying investors through the granting of the PICs, becoming from that moment on a specified entitlement with respect to specified investors.

(...)

677. After a review of all of the facts and circumstances surrounding the Claimants’ investment and Romania’s enactment of EGO 24 and related legislation, the Tribunal (again by majority) answers both questions in the affirmative. For the reasons set out below, it finds that, even from an objective standpoint the legislative framework in Romania between the years 1998-2002 (taking into consideration EU law, as it applied to Romania at the time), together with the PICs, instilled in the Claimants a legitimate expectation that they would be entitled to the EGO 24 incentives, in substantially the same form as when they received their PICs, until 1 April 2009. Specifically, the Tribunal finds that, through an interplay of the purpose behind the EGO 24 regime, the legal norms, the PICs, and Romania’s conduct, Romania made a representation that created a legitimate expectation that the EGO 24 incentives would be available substantially in the same form as they were initially offered.

(...)

686. As stated above, the Tribunal considers that, in determining whether the Claimants had a legitimate expectation, it must take account of the accepted principle that Romania is free to amend its laws and regulations absent an assurance to the contrary. However, in this case the Tribunal finds that Romania’s conduct had included an element of inducement that required Romania to stand by its statements and its conduct. Romania launched a program directed to attract investors to the disfavored regions. To obtain that investment, it offered certain tax benefits for a certain amount of time. In other words, Romania created the appearance of a ten- year tax holiday for investors who decided to invest in the disadvantaged area (and this appearance conformed to what Romania did in fact wish to enact). The Tribunal has noted in particular that the former president of the NARD, Mr. Neculai Liviu Marcu, testified that the incentives were to be understood to be granted for the full duration of the disadvantaged area. In the Tribunal’s view, Romania thereby made a representation that gave rise to the PIC holders’ legitimate expectation that during this tax holiday they would receive substantially the same benefits they were offered when they committed their investments.

687. What is at stake is not Romania's regulatory sovereignty, which is not to be questioned. However, it cannot be fair and equitable for a state to offer advantages to investors with the purpose of attracting investment in an otherwise unattractive region, require these investors to maintain their investments in that region for twice the period they receive the investments, and then maintain the formal shell of the regime but eviscerate it of all (or substantially all) content.

688. The record shows that Romania itself shared that belief. It did all it could to preserve the incentives regime through its accession negotiations. Whether or not it felt committed to existing PIC holders, it certainly wished to maintain the regime for as long as possible and publicly stated so. Romania thereby created the legitimate expectation that the regime would not be repealed or fundamentally altered during the duration of each PIC.

689. Romanian officials also stated that investors would be compensated if the regime were repealed or fundamentally altered. In particular, in his interview in May 2004, Prime Minister Nastase indicated that during its negotiations with the European Union, Romania would see if it was "able to obtain some transition periods" for PIC holders, as well as "some compensation packages, established during direct negotiations." The Prime Minister also stated that the government would talk to the investors, and "based on the conclusions of the negotiations of the Competition Chapter, we will negotiate with those who initially obtained these fiscal incentives". These statements confirm that Romania itself understood that the EGO 24 regime was to last for 10 years, and that in repealing it prematurely Romania was undermining PIC holders' legitimate expectations and causing them to suffer damages".

(...)

690. In broad terms, the Tribunal will analyze the reasonableness of the Claimants' expectation from two perspectives: (i) the legitimacy of the expectation in the context of Romania's accession to the EU, and (ii) the legitimacy of the expectation under Romanian law.

691. After a careful review of the record, the Tribunal has come to the conclusion that between 1998 and late 2003 it was reasonable for the Claimants to believe that the EGO 24 incentives were compatible with EU law (...)

692. There seems to be no dispute that, throughout the period during which the Claimants received the EGO 24 incentives (that is, from receipt of European Food's TIC in 1999 until the incentives were abolished in February 2005), the EGO 24 scheme was subject to the state aid regime of the Europe Agreement (which was the operative pre-accession treaty). As explained by Prof. Dashwood (with no convincing rebuttal by Romania's experts), under the Europe Agreement regime, the substantive rules to assess the compatibility of the EGO 24 incentives with the common market were the substantive rules of the EU state aid regime contained in Article 87 of the EC Treaty (through the operation of Article 64(2) of the Europe Agreement), as amplified by case law and Commission practice, and as subsequently clarified by the Implementing Rules that were annexed to Decision 4/2000 of the Romania-EU Association Committee.

(...)

703. As a result, the Tribunal concludes that the EGO 24 incentives could have reasonably been thought (both by the Romanian government and the Claimants) to be valid regional operating aid under EU law. Indeed, Romania itself appears to have believed that, at the time EGO 24 was enacted, the incentives were compatible with EU state aid requirements. In its Counter-Memorial, Romania stated: 'Especially given Romania's status as an

‘underdeveloped area’ within the meaning of Article 87(3)(a) of the EC Treaty, the government could reasonably conclude at the time that the EGO 24/1998 regime was not incompatible with the Europe Agreement’s provisions. Furthermore, given the economic dislocation that existed at the time, measures to ameliorate conditions in the disfavoured regions were necessary. Romania was not alone among EU candidate States in making the policy choice to implement new economic-assistance measures based upon such an assessment of the legal position. For example, Poland passed similar legislation authorizing State aid for underdeveloped regions in 1994, while it was a candidate for EU admission’.

(...)

721. (...) the Tribunal is satisfied that a significant part of the Claimants’ investments (from 2000 to 2004) were made in reliance on the incentives. In particular, the Tribunal is satisfied that the existence of the incentives was one of the reasons for the scale and manner of those investments. It is evident from the record that the Claimants built a large and complex platform for the production of food and drink products, and that its profits depended largely on the reduction of their operating costs resulting from the Raw Materials Incentive. Accordingly, the Tribunal is satisfied that the Claimants in fact relied on the incentives to build and develop their investment in the manner in which it stood at the date of the revocation of those incentives”.

Acto seguido el tribunal se refirió a la cuestión de si la decisión adoptada por Rumania de poner fin a ese sistema de ayudas e incentivación fiscal había sido o no razonable:

“796. Under those circumstances, it is clear that Romania was under considerable pressure from the EU to terminate the EGO 24 regime. Thus, there is no doubt in the Tribunal’s mind that Romania’s repeal of the EGO 24 incentives was motivated by the EU’s demands.

(...)

825. For the reasons stated above, the Tribunal finds that, with one exception, Romania did not act unreasonably. Romania’s decision to revoke the incentives was reasonably tailored to the pursuit of a rational policy (specifically, EU accession), and there was an appropriate correlation between that objective and the measure adopted to achieve it (i.e., the repeal of the EGO 24 incentives). The question is whether Romania could have negotiated a transition period for the incentives or their conversion into compatible aid. However, even if it could have done more, but failed to do so, objectively speaking the Tribunal does not find that it acted unreasonably. Even if Romania could have done more to maintain the incentives, its failure to negotiate transitional periods or compensation was not arbitrary, but appears justified under the specific circumstances of the accession negotiations.

826. The exception to this conclusion was Romania’s decision to maintain the investors’ obligations despite the repeal of the incentives. It is not for this Tribunal to say what would have been the right decision (i.e., possibly shortening the period or diminishing in other ways the obligations imposed upon the investors), but it was not reasonable for Romania to maintain as a whole the investors’ obligations while at the same time eliminating virtually all of their benefits.

827. In other words, with the exception noted in the preceding paragraph, Romania’s repeal of the incentives was a reasonable action in pursuit of a rational policy. That being said, this conclusion does not detract from the Tribunal’s holding in Section 3(c) above that Romania undermined the Claimants’ legitimate expectations with respect to the continued availability of the incentives until 1 April 2009. As a result, Romania’s actions, although for the most part appropriately and narrowly tailored in pursuit of a rational policy, were

unfair or inequitable vis-à-vis the Claimants. In addition, the Tribunal finds that Romania could have been more transparent with PIC holders, as discussed in Section 6 below”.

El tribunal, por último y con respecto a si Rumania actuó o no en este caso conforme a la transparencia y consistencia exigida por el estándar de trato justo y equitativo, concluyó:

“864. (...) The Tribunal has already found that Romania’s actions, including its choice to terminate the EGO 24 regime in order to obtain EU accession, were not undertaken in bad faith. However, it finds that the manner in which Romania carried out that termination was not sufficiently transparent to meet the fair and equitable treatment standard.

(...)

869. Thus, the Tribunal finds that Romania should have alerted PIC holders reasonably soon after it became clear that the EGO 24 incentives would be abolished. The statements made by Prime Minister Nastase on national television in January and May of 2004 were of a general nature (as befitting their context), and thus insufficient. Given the importance of the EGO 24 program and how intensely it was discussed in the context of Romania’s EU accession, it was reasonable to expect that the Government would have given to the participants a formal advance notice of the program’s anticipated termination. Prime Minister Nastase had also stated that the incentives would be in place until the date of accession, and that the government would try to negotiate transitional periods or that there would be compensation packages for PIC holders (...), so the actual situation was unclear to PIC holders. Nor has the Respondent pointed to any evidence of discussions with stakeholders organized by the Competition Council or other government agencies.

870. As a result, the Tribunal finds that the Respondent breached the fair and equitable treatment obligation by failing to inform PIC holders in a timely manner that the EGO 24 regime would be ended prior to its stated date of expiry (1 April 2009).

871. The Tribunal finds the Claimants’ remaining claims on lack of transparency or inconsistency unsubstantiated. Although perhaps the manner in which Romania offered, amended and then finally revoked the incentives could give rise to some confusion, it did not rise to the level of a breach of the fair and equitable treatment obligation. The fact that the Government repealed the incentives from EGO 24 but made no amendment to GD 194/1999 (which states that investors in the Ștei-Nucet-Drăgănești region will benefit from the incentives for ten years) likewise could not have created the level of uncertainty that could rise to the level of a breach of the fair and equitable treatment standard.

872. The Tribunal concludes that, by repealing the EGO 24 incentives prior to 1 April 2009, Romania did not act unreasonably or in bad faith (except that the Respondent acted unreasonably by maintaining investors’ obligations after terminating the incentives). The Tribunal, however, concludes by majority that Romania violated the Claimants’ legitimate expectations that those incentives would be available, in substantially the same form, until 1 April 2009. Romania also failed to act transparently by failing to inform the Claimants in a timely manner that the regime would be terminated prior to its stated date of expiration. As a result, the Tribunal finds that Romania failed to “ensure fair and equitable treatment of the investments” of the Claimants in the meaning of Article 2(3) of the BIT”.

En el Laudo emitido el 19-12-2013 en el caso *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/10/23) el tribunal arbitral falló a favor de la demandante, una compañía norteamericana dedicada a la generación, transmisión y

distribución de electricidad que demandó a Guatemala al entender que las autoridades guatemaltecas habían alterado el marco regulatorio para la determinación de las tarifas de distribución de la electricidad, vulnerando del estándar de tratamiento justo y equitativo y de protección y plena seguridad garantizado por el Artículo 10.5 del CAFTA-DR. A diferencia de lo ocurrido en el caso *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/09/5, Laudo de 17-8-2012, comentado en nuestra anterior Crónica, donde Guatemala planteó y logró que el tribunal arbitral aceptara una excepción a la jurisdicción *ratione materiae* del CIADI, alegando que el arbitraje de inversiones iniciado por *Iberdrola* estaba basado en una cuestión meramente regulatoria y/o contractual y de Derecho guatemalteco, este tribunal se declaró competente para entrar en el fondo del litigio declarando además internacionalmente responsable a Guatemala por incumplir el citado tratado:

“489. La presente controversia se basa esencialmente en una alegación de abuso de poder por parte de un ente regulador y de violación del marco regulatorio en el contexto del proceso administrativo de revisión tarifaria.

490. El Tribunal Arbitral, al dirimir esta controversia, es consciente de la deferencia que los tribunales internacionales deben mostrar hacia los poderes reguladores de un Estado soberano.

491. Como señaló el tribunal del caso *Methanex*, “como cuestión de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria por causa de utilidad pública, que se dicta de conformidad con el debido procedimiento y que afecta, entre otras cosas, a una inversión o un inversionista extranjeros, no se considera expropiatoria e indemnizable, a menos que el Gobierno regulador haya asumido con el inversionista putativo que tenía previsto realizar la inversión compromisos específicos”. El Tribunal Arbitral está de acuerdo.

492. Sin embargo, la deferencia a los poderes regulatorios del Estado no puede entrañar la condonación de conductas que son, a todas luces, arbitrarias o idiosincráticas o que muestran una falta absoluta de candor en la conducción del proceso regulatorio.

493. En consecuencia, si bien la función de un tribunal internacional no es cuestionar ni revisar decisiones que han sido adoptadas genuinamente y de buena fe por un Estado soberano en el ejercicio de sus potestades, si le corresponde a un tribunal arbitral internacional sancionar decisiones que impliquen abuso de autoridad, sean arbitrarias o hayan sido adoptadas con desconocimiento manifiesto de las normas legales aplicables y en violación del debido proceso en cuestiones regulatorias.

(...)

707. En suma, el Tribunal Arbitral concluye que la CNEE decidió desconocer el estudio del VAD (Valor Agregado de Distribución) del consultor y aplicar su propio estudio unilateral del VAD aunque no se hayan dado ninguna de las dos circunstancias que permitan tomar dicha decisión en virtud del artículo 98 del RLGE.

708. La decisión del regulador se funda en que el consultor no había incorporado la totalidad de las observaciones efectuadas en abril de 2008. Dicho fundamento es a todas luces incongruente con el marco regulatorio y constituye un desconocimiento infundado de los pronunciamientos de la Comisión Pericial.

709. Dado que el regulador no consideraba que la Comisión Pericial fuera un organismo

asesor neutral, sino un custodio de sus propios intereses, ni siquiera tuvo en cuenta sus pronunciamientos a la hora de fijar las tarifas.

710. Por lo tanto, el regulador incumplió los dos principios fundamentales en los que se basa el proceso de revisión tarifaria previsto por el marco regulatorio: en primer lugar, que, salvo en las circunstancias excepcionales estipuladas en el artículo 98 del RLGE, la tarifa se basaría en un estudio del VAD elaborado por el consultor del distribuidor; en segundo lugar, que los desacuerdos entre el regulador y el distribuidor sobre dicho estudio del VAD serían resueltos teniendo en cuenta los pronunciamientos de una comisión pericial neutral.

711. El Tribunal Arbitral concluye que el incumplimiento de los dos principios fundamentales del marco regulatorio aplicables al proceso de revisión tarifaria es arbitrario y viola los principios básicos del debido proceso en cuestiones administrativas. Dicho comportamiento, por ende, constituye una violación de la obligación de Guatemala de conferir un trato justo y equitativo en virtud del artículo 10.5 del CAFTA-RD. Como se verá en las siguientes secciones de este laudo, el Tribunal Arbitral considera que esta violación ha causado daños al Demandante, respecto de los cuales el Demandante tiene derecho a ser compensado”.

3. El trato nacional

4. El trato de nación más favorecida

En el caso *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán* (Caso CIADI n° ARB/10/1, Laudo de 2-7-2013) el tribunal arbitral se enfrentó a una demanda interpuesta por una empresa constructora turca contra Turkmenistán en respuesta a una serie de diferencias surgidas entre la empresa constructora y las autoridades turcomanas en la ejecución de obras públicas. El tribunal arbitral realizó, en el marco de su decisión, un análisis sobre el alcance y contenido de la cláusula de nación más favorecida (en adelante, NMF) contemplada en el Artículo VII.2 del APPRI celebrado entre Turquía y Turkmenistán.

En el presente laudo, siguiendo la estela del caso *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/05/1, Laudo de 22-8-2012, comentado en nuestra Crónica anterior, y desmarcándose de la línea marcada por otros precedentes resueltos en el marco del CIADI (*Maffezini c. España* (Caso CIADI n° ARB/97/7) o *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/8)), el tribunal determinó que la cláusula de la NMF no podía ser invocada por la empresa turca para evitar el trámite de someter la controversia a los tribunales turcomanos durante un año, tal y como establece el Artículo VII.2 del APPRI y no contempla, entre otros, el APPRI celebrado entre Suiza y Turkmenistán, en el que la demandante quiso ampararse. De este modo, las reclamaciones de la parte demandante fueron rechazadas en su totalidad.

En opinión del tribunal, la cláusula de la NMF incluida en el APPRI celebrado entre Turquía y Turkmenistán no operaba respecto del contenido de todo el APPRI, sino que se circunscribía exclusivamente a los aspectos sustantivos del mismo, de manera tal que las cuestiones de procedimiento quedarían al margen de la misma. El alcance de dicha cláusula no era general, deduciéndose así de la intención mostrada por ambas partes en el momento de la firma del APPRI:

“7.3.1. A careful reading of the BIT indicates that the grant of substantive rights in relation to investments is established by the provisions of Articles II-VI, whereas procedures (or modalities) for resolving disputes in relation to the protection of those substantive rights are addressed in Article VII (and, in relation to disputes between the Contracting Parties in Article VIII).

7.3.2. Article II grants two MFN rights. The first MFN right, in Article II.1, requires the Contracting Parties to permit investments, and associated activities, to be made or carried out in their territories, on a basis that is no less favourable than that accorded to investments of investors of any third country. The second MFN right, in Article II.2, requires each Contracting Party to accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded to its own investors, or to the investors of any third country.

7.3.3. In addition to creating MFN rights, Article II grants rights of entry to nationals of either Party, for the purposes of establishing investments, and rights to engage managerial and technical personnel of their choice in relation to relevant investments (Article II.3).

7.3.4. Article III.1 grants rights of protection against expropriation. Article III.2 sets out compensation rights in relation to expropriation, and Article III.3 provides for MFN treatment of investors whose investments suffer losses in the territory of the other Contracting Party owing to war, insurrections, civil disturbances or other similar events.

7.3.5. Article IV.1 requires each Contracting Party to permit the free transfer of funds, related to investments, in and out of its territory.

7.3.6. Article V provides for the recognition by a Contracting Party of an insurer’s right of subjugation in relation to an investment made by an investor of another Party.

7.3.7. Article VI provides that the BIT shall not derogate from the obligations of either of the Contracting Parties found in other laws or instruments “that entitle investments or associated activities to treatment more favourable than that accorded by this Agreement in like situations.”

7.3.8. Articles VII and VIII, by contrast, are basically dispute settlement clauses. They set out the available procedures for the resolution of disputes between investors and the Contracting Parties, and between the Contracting Parties themselves. The dispute settlement clauses record:

(a) in the case of Article VII, the Contracting Parties’ conditioned offer to arbitrate investment disputes (arising out of alleged breaches of rights created under Articles II-VI); and

(b) in the case of Article VIII, the Contracting Parties’ agreement to arbitrate disputes as between themselves concerning the interpretation and application of the BIT.

7.3.9. The text of the Treaty indicates that its drafters recognised a distinction between substantive rights in relation to investments, and remedial procedures in relation to those rights. The substantive rights in relation to investments are found in Articles IIVI of the Treaty, and the procedures for the resolution of disputes in relation to those rights are set out in Article VII. This distinction suggests strongly that the “treatment” of “investments” for which MFN rights were granted was intended to refer only to the scope of the substantive rights identified and adopted in Articles II-VI”.

En su labor de exégesis, el tribunal arbitral, además de centrarse en la estructura del APPRI manejó otros elementos. Así, por ejemplo, invocó el principio de efectividad y llegó a la conclusión que del análisis de la práctica convencional turca se podía llegar a la conclusión que la cláusula de NMF no podía interpretarse de manera amplia:

“7.4.1. The textually and contextually suggested limitation to the scope of application of Article II.2’s MFN treatment of investments to the substantive rights provided in Articles II-VI is confirmed by the circumstances prevailing at the time of the conclusion of the BIT (i.e., when it was negotiated and adopted on 2 May 1992).

7.4.2. At that time, Turkey had already agreed 22 BITs with other countries. A number of these contained no requirement for the prior submission of investment disputes to the local courts of the host state, unlike the present BIT.

7.4.3. That being the case, the Tribunal notes Respondent’s contention that if Claimant’s interpretation of Article II.2 were to be accepted as correct, Article VII.2’s carefully crafted jurisdictional preconditions of the Contracting Parties’ offer to arbitrate disputes would have been without any effect from the moment this BIT was adopted. This is because any Turkmen investor in Turkey could have disregarded the BIT’s prior recourse requirement from the moment the BIT entered into force.

7.4.4. Accordingly, the established international law principle, that treaties must be interpreted in the light of the principle of effectiveness of all their provisions, stands against Claimant’s interpretation of the scope of Article II.2”.

De la misma forma, para llegar a esa conclusión el tribunal examinó tanto las reglas sobre interpretación de los tratados internacionales establecidas en los Artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT) (*BOE*, 13-6-1980) como la propia jurisprudencia del CIADI:

“7.6.6. Claimant relied on the ten cases in which tribunals concluded that the MFN clauses in question were referable to the DRPs of the particular treaty under review. These (and their relevant BITs) were: Maffezini (Arg.-Spain BIT), Suez-InterAguas (Arg.-Spain BIT), Siemens (Arg.-Germany BIT), Gas Natural (Arg.-Spain BIT), Telefónica (Arg.-Spain BIT), National Grid (Arg.-UK BIT), Suez-AWG (Arg.-Spain BIT), RosInvest (UK-Russia BIT), Impregilo (Arg.-Italy BIT), and Hochtief (Arg.-Germany BIT).

7.6.7. The Tribunal was not referred to the recent decision on jurisdiction by the ICSID tribunal in the *Teinver* case, which was issued on 21 December 2012.¹³² The *Teinver* tribunal concluded that *Teinver* could rely on the Article IV.2 MFN clause in the Argentina-Spain BIT to make use of the dispute resolution provisions contained in Article 13 of the Australia-Argentina BIT. Had this decision been issued prior to the December 2012 hearing, Claimant would presumably have relied upon it. Even though it does not bear on the Tribunal’s conclusion on this point, it will be dealt with here for the sake of completeness.

7.6.8. The 11 decisions are discussed below in groupings based on the BITs they deal with. Before turning to the details, the fundamental point to be made regarding each of the BITs which were the subject of these decisions is that the wording of the relevant MFN clause is much broader than that found in the BIT here in issue.

7.6.9. The Argentina-Spain BIT Provisions: Six of the 11 cases dealt with Article 4(2) of the Argentina-Spain BIT. While the unofficial translation used in the six decisions varied

slightly from case to case, it is apparent that Article 4(2) contains wording to the effect that: “in all matters subject to this agreement, this treatment shall not be less favourable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country” (Tribunal’s emphasis); or, “in all matters governed by the present Agreement, such treatment shall not be less favourable than that accorded by each Party to investments made in its territory by investors of Third States.” (Tribunal’s emphasis) Based on the plain meaning of such wording, the Tribunal can understand a decision that Article 4(2)’s MFN provisions encompass the BIT’s DRPs is apparently supported by the text (but expresses no view on whether it, faced with the same language, would have reached the same conclusion).

7.6.10. The Argentina-Germany BIT Provisions: The relevant wording of the Argentina-Germany BIT, which was considered in two of the 11 cases -Siemens and Hochtief- was also considerably broader than that of Article II.2 of the BIT.

7.6.11. The unofficial translation used by the Siemens tribunal provides that: “3(1) neither Contracting Party shall subject investments in its territory by or with the participation of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than its accords to investments of its own nationals or companies or to investments of nationals or companies by any third State. (2) neither Contracting Party shall subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State”. (Tribunals’ emphasis)

7.6.12. The Argentina-Germany BIT also includes an important “Ad Article 3” which provides, in pertinent part, that: “(a) The following shall, more particularly, but no exclusively, be deemed “activity” within the meaning of Article 3, paragraph 2: the management, utilization, use and enjoyment of an investment (...)” (Tribunal’s emphasis)."

7.6.13. Although the language of the Argentina-Germany BIT is not as broad as that of the Argentina-Spain BIT, the guarantee of most favoured nation “treatment” to investors’ activities which extends to the management of their investments appears on its face to be broader in scope than Article II.2. The resolution of disputes relating to investments is an everyday aspect of an investor’s management of its investments. That being the case, the Tribunal understands why the DRPs of the Argentina-Germany BIT might reasonably be seen to fall within the scope of the treaty’s MFN clause (but again expresses no view on whether it, faced with the same language, would have reached the same conclusion).

7.6.14. The Argentina-UK and the UK-Russia BIT Provisions: The Argentina-UK BIT, which was considered by the National Grid tribunal, and the UK-Russia BIT, which was considered by the RosInvest tribunal, each contain identical language, which is of similar scope to the Argentina-Germany BIT. In both, Article 3(2) provides that: “Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatments less favourable than that which it accords to its own investors or to investors of any third State. The extension of MFN rights to provisions relating to management, maintenance and use of investments.” (Tribunal’s emphasis) Again, on its face the text seems broad enough to encompass the two treaties’ dispute resolution provisions (but again this Tribunal expresses no view on whether it, faced with the same language, would have reached the same conclusion).

7.6.15. The Argentina-Italy BIT Provisions: Finally, Article 3 of the Argentina-Italy BIT, considered by the Impregilo tribunal, is of similar breadth to that found in the Argentina-Spain BIT. Article 3.1 provide that: “each Contracting Party shall, within its own territory, accord to investments made by investors of the other Contracting Party, to the income and

activities related to such investments, and to all other matters regulated by this agreement, a treatment that is no less favourable than that accorded to its own investors or investors from third-party countries.” (Tribunal’s emphasis)

7.6.16. Such wording is, in the words of the Teinver tribunal, “unambiguously inclusive”, and can be seen to support the conclusion by that tribunal that it encompassed the regulation of dispute resolution by the DRP’s contained in the treaty (but again the Tribunal expresses no view on whether it, faced with the same language, would have reached the same conclusion).

7.6.17. Having regard to the textually broader scope of the MFN clauses in each of these cases, compared with that of Article II.2, the Tribunal finds the legal reasoning set out in these decisions to be inapplicable to an understanding and interpretation of the wording of the BIT”.

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

Otra de las cuestiones sobre la que se tuvo que pronunciar el tribunal arbitral designado para resolver el caso *Vannessa Ventures Ltd. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB(AF)/04/6, Laudo de 16-1-2013) consistió en dirimir si Venezuela, al dar por finalizado unilateralmente el contrato de concesión minera de oro y cobre vigente con la compañía canadiense *Vannessa Ventures* había vulnerado el Artículo VII del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela en el que se recoge la prohibición del Estado receptor de una inversión de expropiar, nacionalizar o llevar a cabo cualquier otra medida de efecto equivalente sobre las inversiones realizadas por inversores de otra parte contratante sin que medie una pronta y adecuada compensación.

El tribunal consideró que en este caso no se podía hablar de expropiación por parte de Venezuela ya que la transferencia de un 95 por ciento de la participación en la mina a la demandante había violado un acuerdo entre Venezuela y la antigua empresa propietaria (*Placer Dome*), el cual prohibía la transferencia de acciones a un tercero sin el consentimiento de la autoridad venezolana competente (en adelante, CVG). El tribunal consideró que dicha transferencia a la demandante destruyó la base de la relación contractual en la que se fundamentaba la explotación de la mina:

“195. Yet although the Extension Agreement plainly required mutual cooperation and agreement in selecting an investor, Placer Dome engaged in secret negotiations and share transfers with Vannessa, only to “inform” CVG after the fact, on July 13, 2001, that it had been successful in “its” search for a new investor within the period governed by the Extension Agreement.

196. Since that Agreement extended until July 14, 2001, Placer Dome was obligated to work with CVG up until the end of the extension to find a mutually-acceptable new investor, and it was not open to Placer Dome to thrust a new investor on CVG without its consent. Thus the failure of Placer Dome to work mutually under the Extension Agreement to insert a new investor provided a legitimate basis upon which CVG could terminate the Work Contract. In other words, the term on which the one-year extension was granted was breached by Placer Dome and hence the Extension Agreement was voided.

(...)

200. Such a violation of the Extension Agreement amounts to a breach, rendering Venezuela's subsequent decision to terminate the Work Contract both justified and legitimate. It destroyed the basis of the relationship upon which the exploitation of Las Cristinas by CVG and its partner in the project was premised.

201. The Tribunal has already explained that it considers that the evidence shows clearly that the identity and specific experience and characteristics of Placer Dome were material factors in its selection as the foreign investor in the Las Cristinas project. That is evident from the process by which Placer Dome came to be selected, and is a factor of central importance in this case. There is no basis on which it could reasonably be supposed that Venezuela was indifferent to the identity or the technical and commercial characteristics and experience of its partner in the Las Cristinas project, or that it would be consistent with the nature of the relationship as understood by the Parties simply to substitute one company for another in that role, without Venezuela's consent. Besides having been recognized by both parties, as mentioned in paragraph 54 of this Award, the *intuitu personae* character of the relationship was also acknowledged through provisions in a series of documents.

202. First, both Shareholders' Agreements included an article restricting the transfer of the rights of their signatories under them (...)

203. Second, the MINCA By-laws also included an article by which the shares belonging to one of the shareholders could not be sold before they had first been offered to the other shareholders, which means that any such transfer also needed a kind of implied authorization of the other shareholder, constituted by its refusal to buy the shares

(...)

207. The unavoidable conclusion is that this series of provisions shows clearly that the whole operation had to remain inside the joint venture between Placer Dome and CVG, without the introduction by either party, through one device or another, of a new party without the consent of the other party.

208. Though it was apparent that Placer Dome was actively seeking a new investor to step into the Las Cristinas project, it is not disputed that Placer Dome did not inform CVG of its intention to transfer its interests in PDV to Vannessa until a matter of hours before the expiry of the agreed period of suspension on July 15, 2001. Nor is it disputed that CVG had the right to terminate the Work Contract with MINCA in the event of any further unauthorized suspension. Further, it is evident that the termination of the Work Contract would have terminated the basis upon which Placer Dome had made its investment.

209. It is well established that, in order to amount to an expropriation under international law, it is necessary that the conduct of the State should go beyond that which an ordinary contracting party could adopt. In the present case, although in 2002 various legal measures were adopted to cancel rights in respect of Las Cristinas, those measures were all consequent upon the initial termination of the Work Contract – as was the physical occupation of the Las Cristinas site by CVG.

(...)

214. The Tribunal does not consider that the termination of the Work Contract rises above the "high threshold" that separates a contractual dispute from a violation of a treaty prohibition on expropriation. The claim that Respondent has violated Article VII of the Canada-Venezuela BIT by the termination of the Work Contract and the steps consequential upon that termination is accordingly rejected".

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

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

Durante el período de referencia para la presente Crónica algunos tribunales arbitrales se han referido a la interacción normativa entre la protección internacional de los derechos humanos y el Derecho de la UE con la protección de las inversiones extranjeras. Destacan el caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/3, Laudo de 6-5-2013); el caso *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán* (Caso CIADI n° ARB/10/1, Laudo de 2-7-2013); y el caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/05/20, Laudo de 11-12-2013).

1. Derecho Internacional de los derechos humanos

El caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/3, Laudo de 6-5-2013) ofrece consideraciones sobre la aplicación tanto del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH) (*BOE*, 10-10-1979), como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el arbitraje de inversiones.

El tribunal arbitral explicó que su función no residía en aplicar las normas del subsistema europeo de protección de los derechos humanos, sino eventualmente tenerlo en cuenta como un elemento de interpretación de su propia base jurídica, que es el APPRI:

“169. The Parties are in basic agreement that the provisions of the ECHR are not directly applicable as such to the substantive dispute between TRG as the Claimant and Romania as the Respondent in this arbitration (although there was some suggestion that the ECHR ought to be taken into account as relevant material for the interpretation of the BIT, under the rule in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties) beyond that basic agreement though, the submissions of the Parties on the relevance of the ECHR to the issues before the Tribunal, diverged sharply: the Respondent argued that the ECHR was designed to set the bench-mark standard for the protection of the individual, so that it was “plainly obvious” that any system or practice that met the ECHR standard would *a fortiori* satisfy the requirements of the BIT for the treatment of investments; the Claimant argued, in contrast, that the BIT represented *lex specialis*, both in time and in substance, so that an ECHR standard was of no more than incidental or secondary interest. In reality, however, the competing submissions of the Parties turned out to be less straightforward than that: the Claimant, for example, invoked judgments of the ECtHR in support of its submissions as to the illegality of the interception of Mr. Patriciu’s and RRC’s communications, as to the effect of bad faith on prosecution, as to the difference between the status of a prosecutor and that of a court, and as to the place of local remedies; whereas the Respondent, in

¹⁰ Epígrafe elaborado por el Dr. Bjorn Arp.

addition to claiming that certain aspects of Romanian internal law offer a higher standard of protection than does the ECHR, also advanced the proposition mentioned above in its reverse form, i.e. that if the Claimant was unable to establish a breach of the ECHR standard, there ‘certainly’ could not be a breach of the BIT standard.

170. Leaving aside for the moment the issues of local law, which will be dealt with below so far as relevant, the Tribunal’s own view of the matter is as follows. The Tribunal starts from the elementary proposition that it is not called upon to decide any issue under the ECHR, whether the issue in question lies in the past or is still open. Its function is solely to decide, as between TRG and Romania, “legal dispute[s] arising directly out of an investment” and to do so in accordance with “such rules of law as may be agreed by the parties,” which in the present case means essentially the BIT, in application of the appropriate rules for its interpretation. The ECHR has its own system and functioning institutional structure for complaints of breach against States Parties. If either Mr. Patriciu or Mr. Stephenson –or any of their colleagues– feels that the conduct of a Romanian authority in his regard violates his Convention rights as an individual, a Convention remedy is available him, ultimately before the only judicial body that has the power to give an authentic and binding decision on the interpretation of Convention rights and their application. Those remedies will continue to be available and will be unaffected by whatever decision the Tribunal gives in the present case. Convention rights, with their associated remedies, might also be available in appropriate circumstances to corporate entities in respect of their presence or activities within the jurisdiction of a State Party. That would certainly appear to be the case for RRC. Whether a Convention remedy would equally be available to TRG itself is not a matter on which the Tribunal feels called upon to speculate; the answer would no doubt depend on the Convention right alleged to have been breached, the nature of the conduct by a Romanian authority alleged to have caused the breach, and where that conduct took place.

171. The above leads the Tribunal to recall once more however –an observation to which it will return on several occasions in the course of this Award– that neither Mr. Patriciu, nor Mr. Stephenson, nor RRC, are claimants in this arbitration; the sole Claimant is TRG, the foreign investor, on the basis of the Tribunal’s Decision on Jurisdiction and Admissibility of 18 April 2008”.

En efecto, el tribunal afirmó que los particulares afectados directamente por las investigaciones penales habían tenido a su disposición los organismos internacionales de derechos humanos, si hubieran considerado que sus derechos humanos habían sido violados. En este orden de ideas, el tribunal sugirió la posibilidad de que la empresa incluso podría haber acudido al TEDH para plantear sus reclamaciones contra el Estado, aunque no entró en más detalles. Todos estos argumentos le llevaron a concluir sobre su relación con el cuerpo normativo y jurisprudencial del subsistema europeo de la siguiente forma:

“172. It seems to follow automatically that much of the detailed argument about the application of specific provisions of the ECHR in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, interesting and illuminating as it has been, is beside the point when it comes to the issues under the Netherlands-Romania BIT which form the subject of the dispute before the Tribunal. The Tribunal’s conclusions in this regard march with its conclusions above in respect of denial of justice and local remedies, and can be summarized in condensed form as follows:

i. The Tribunal is not competent to decide issues as to the application of the ECHR within Romania, either to natural persons or to corporate entities;

- ii. The governing law for the issues which do fall to the Tribunal to decide is the BIT, and notably its requirements for fair and equitable treatment and non-impairment of, and full protection and security for, the investments of investors of one Party in the territory of the other Party;
- iii. The category of materials for the assessment in particular of fair and equitable treatment is not a closed one, and may include, in appropriate circumstances, the consideration of common standards under other international regimes (including those in the area of human rights), if and to the extent that they throw useful light on the content of fair and equitable treatment in particular sets of factual circumstances; the examination is however very specific to the particular circumstances, and defies definition by any general rule;
- iv. The claims for decision in the arbitration are those of TRG, in respect of RRC, TRG's investment in Romania, which are qualitatively different in kind from whatever complaints there might be by individuals as to the violation of their individual rights by Romanian state authorities”.

A la vista de estas consideraciones, el tribunal tomó en cuenta la jurisprudencia del TEDH en su ponderación del trato justo y equitativo al calor del trato recibido por los gerentes de la empresa en Rumania. De hecho, el tribunal dio gran credibilidad al informe del experto presentado por el demandado, el profesor Kühne, que explicó que la detención del señor Patriciu durante 24 horas no había contravenido los estándares del CEDH:

“251. (T)he Tribunal's view of the matter is close to that of Professor Kühne. The 24-hour detention of Mr. Patriciu seems clearly to have been de minimis in the wider scheme of things. The applicable local legislation expressly empowers a prosecutor to apply to the court to authorize pre-trial detention for up to 30 days, and in the light of unchallenged expert evidence that the legislation in question falls well within the European and international norm, the Tribunal cannot find anything wrongful in a prosecutor resorting to that procedure. However, the entire chapter reflects no credit on the DIICOT prosecutors – and Ms. Cristescu in particular– when one puts together cumulatively the procedural defects in their first application, the patently thin grounds advanced by them to justify the need for pretrial detention, their persistence with a second application nine months later with no apparently stronger basis, and finally what appears plainly to be Ms. Cristescu's defiance of the CSM investigation into the matter for which (...) the Respondent has offered no explanation”.

Pero más allá de esta consideración de la detención a la luz de las normas internacionales sobre derechos humanos, realizada en clave formal, el tribunal evaluó el contexto de la investigación penal desarrollada por los órganos gubernamentales, las débiles razones para detener al señor Patriciu, la reiteración de la solicitud de detención preventiva nueve meses más tarde sin que hubiesen nuevas razones más convincentes que apoyaran esta conclusión y ciertos abusos de los fiscales durante la investigación. Todo esto hizo que el tribunal arbitral continuara con una evaluación autónoma de los hechos, ajena y extraña al subsistema europeo de derechos humanos, para determinar si se produjo una violación de la obligación del trato justo y equitativo en virtud del Artículo 3.1 del APPRI:

“279. The Tribunal notes that from a certain point at least in the lengthy saga of the criminal investigations, the GPO and the DIICOT knew that the interests of TRG as such stood directly or indirectly in the line of fire. It is not easy to put a finger on a particular point in time, but knowledge of this kind must be assumed to be there at the very latest by

the time of the second request for detention (of Mr. Patriciu and Mr. Stephenson), for the simple reason that the request refers directly to the present Arbitration and to its having been brought at the instance of ‘the Dutch investor’ (i.e. TRG) [nota omitida]. From that point onwards, the Respondent could not be heard to deny that the GPO, as a responsible organ of the Romanian State whose actions or omissions would engage Romania’s international responsibility, was aware that its actions in pursuit of the criminal investigation stood to harm the interests of a protected foreign investor. In fact, the Tribunal finds sufficient by way of reference to ‘the Rompetrol Group’ in the GPO press releases and in the various DIICOT formal documents that it feels justified in projecting back in time the element of knowledge so that it would in practice cover the attachment of the RRC shares and the requests for banking information as well as later events in 2006 and onwards. There is however no evidence that steps were taken either to assess or to avoid, minimise, or mitigate that possibility of harm, nor has the Respondent so pleaded in its written arguments. On the basis of the procedural irregularities during the criminal investigation of Mr. Patriciu and others, including the conduct of the prosecutors discussed in paragraph 245, the attachment of RRC’s shares discussed in paragraphs 247-248, and the arrest and attempted imprisonment of Messrs. Patriciu and Stephenson discussed in paragraphs 249-251, the Tribunal accordingly holds that to that limited extent the Respondent is in breach of the guarantees accorded to the Claimant by Article 3(1) of the BIT, notably the guarantee of ‘fair and equitable treatment’. In so finding, the Tribunal wishes to make it plain that it would not regard any breach, or indeed any series of breaches, of procedural safeguards provided by national or international law in the context of a criminal investigation or prosecution as giving rise to the breach of an obligation of fair and equitable treatment. All will depend on the nature and strength of the evidence in the particular case, on the impact of the events complained about on the protected investor or investment, and on the severity and persistence of any breaches that can be duly proved, as well as on whatever justification the respondent State may offer for the course of events. The Tribunal’s finding is based entirely on the facts of the present case”.

A partir del razonamiento del tribunal arbitral se infiere que otros sectores del DI público pueden incidir en la interpretación y aplicación de los APPRI, en tanto que sirven como elementos caracterizadores del contenido de las obligaciones de protección de las inversiones extranjeras. Pero esta incidencia no significa que la interpretación y aplicación de los APPRI pierda su carácter autónomo, porque a la postre el tribunal arbitral debe actuar únicamente dentro de los confines marcados por el consentimiento de las partes expresado en dicho acuerdo. Así las cosas, el caso *Rompetrol Group N.V. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/3) constituye un excelente botón de muestra para reflexionar acerca de los límites que plantea el ejercicio de la función jurisdiccional en el arbitraje de inversiones. En efecto, la decisión del tribunal acabó reconociendo la violación de una obligación internacional prevista en el APPRI (trato justo y equitativo), pero no impuso ninguna medida de compensación al Estado demandado al calor del DI económico.

Por otra parte, el caso *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán* (Caso CIADI n° ARB/10/1, Laudo de 2-7-2013) planteaba la pregunta de si podría sortearse el plazo de un año para solucionar una controversia ante los tribunales internos de Turkmenistán, prevista por el Artículo VII.2 del APPRI celebrado entre Turquía y Turkmenistán, a través del juego de la cláusula de la NMF dispuesta en el Artículo II.2 del citado APPRI. Al rechazarse por el tribunal la aplicación de la cláusula de la NMF se planteó adicionalmente la cuestión si el recurso a los tribunales internos de

todos modos hubiera sido inútil desde el inicio, por lo que el inversor podría quedar exonerado de esta obligación en el caso concreto. Los argumentos que intercambiaron las partes sobre esta segunda cuestión incluían referencias a la práctica de los organismos internacionales de derechos humanos. La demandante, por ejemplo, interpretaba la exigencia de acudir durante un año a la jurisdicción interna como equivalente al estándar del agotamiento de los recursos internos, plasmado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la institución clásica de la protección diplomática.

Frente a estas aseveraciones, el tribunal recordó a las partes que debería existir un “caso evidente”, respaldado por la “prueba más convincente” de la inutilidad de los recursos de la jurisdicción interna para que un tribunal internacional acogiera este argumento. Además, el tribunal continuó afirmando que en este caso el demandante no había presentado pruebas para fundamentar sus alegaciones de la ineficacia y falta de independencia del sistema judicial de Turkmenistán:

“8.1.4. A tribunal cannot properly come to a conclusion that an investor is not required to comply with mandatory prior recourse to a state’s courts unless a clear case has been made out, based on sufficient and “best” evidence, that recourse is not available to the state’s court or, if available, the investor would not have been treated fairly before those courts.

8.1.5. Claimant has tendered no evidence –whether in the form of a witness or expertise– to support its assertion. Nor has Claimant sought to offer any explanation or account as to its failure to tender such evidence.

8.1.6. The Tribunal considers that [...] the issue that falls to be addressed [...] is:
a) whether, under Turkmen law, recourse to the Turkmen courts was available in principle to Turkish investors at the relevant time in relation to disputes arising under the BIT; and
b) if available in principle, whether an attempt to exercise the right of recourse would have been futile or ineffective because of particular failings in/of Respondent’s courts/judiciary/administration of justice”.

En efecto, el demandante solo había presentado algunos informes preparados por órganos del sistema de las Naciones Unidas y afirmaciones muy genéricas que no aclaraban qué hubiera pasado en el caso concreto objeto del arbitraje si la empresa lo hubiera sometido al tribunal competente en Turkmenistán:

“8.1.10. Claimant’s futility analysis is based principally on broad statements and third party studies/reports, to the effect that the Turkmen judiciary lacks independence, and that the Turkmen authorities would have had a particular aversion to Turkish investors. The Tribunal considers, however, that if a party to proceedings such as these is to make a futility argument, it has the onus of showing that recourse to the Contracting State’s courts would be futile or ineffective, and that requires the tendering of probative evidence that goes to the specificity of the issue in dispute. It is not enough to make generalised allegations about the insufficiency of a state’s legal system. Against the backdrop of relevant Turkmen laws introduced into the record by Respondent, such material as has been relied upon by Claimant cannot constitute sufficient evidence of unavailability or ineffectiveness.

8.1.11. Respondent points to the 2008 Turkmen Constitution, which sets forth the principle of independence of judges, guarantees their immunity and prohibits any interference in their work. It also provides that justice is to be dispensed on the basis of equality and due process. Cases are heard by full benches, trials are public and the right to legal assistance is recognised at all stages of the proceedings.

8.1.12. Similarly, the 2009 Law on Courts (“Law on Courts”) sets out the principle of independence of judges and prohibits any interference in their work, under criminal and administrative penalty.¹³⁸ The Law on Courts also excludes accountability of judge before state authorities, and other entities, with regard to the cases that he or she handles. The same law also provides guarantees of fair trial and due process.

8.1.13. Respondent also refers to the legal text governing proceedings before the Arbitrazh Court of Turkmenistan, which indicates that it is the competent Turkmen court to hear Claimant’s BIT disputes.

8.1.14. Claimant does not dispute that the Arbitrazh Court has jurisdiction to hear disputes arising out of international treaties of Turkmenistan. It simply says that it was unable to verify the effect of the Law on Courts.¹³⁹ Moreover, Claimant does not contest that the Arbitrazh Procedural Code (“APC”) provides strict timeframes for the court to resolve disputes. The APC also has similar provisions to those found in the Law of Courts and the 2008 Constitution, regarding guarantees of independence of judges and fair trials in Arbitrazh proceedings.

8.1.15. Claimant says that “the recent improvement of judiciary has not been substantiated by the Respondent.” It is true that Respondent has not lead evidence of a track record of proceedings before the Arbitrazh Court involving investment disputes brought against Respondent. Although this is explained on the basis that there have been none, the more important point is that the onus is not on Respondent to prove the availability is on Claimant to show, on sufficient evidence, that such recourse is unavailable or would be futile in respect of the matters at issue in this case, including in relation to this party and to the matters in dispute.

8.1.16. Claimant’s only testamentary evidence which was seemingly intended to address this point, is found in two witness statements of Mr Osman Arslan. However, to the Tribunal’s mind, Mr Arslan’s evidence was not directed to the availability and efficacy of the Turkmen judicial system to handle investor-state disputes.

8.1.17. It is not in issue that the proceedings against Mr Arslan, and which are the subject of his testimony, arose out of the collapse of scaffolding at Claimant’s Mary City mosque project. Nor is it contested that the collapse resulted in severe injury to a number of workers and the death of one worker. It is also by no means clear that the proceedings against Mr Arslan were improper, that he was ill-treated or that he was denied due process. But even assuming some deficiencies, Mr Arslan’s evidence of what happened in these proceedings does not touch on the availability or efficacy of a dispute between an investor and the state in proceedings before the Arbitrazh Court”.

Asimismo, interesa señalar que en este caso el demandante invocó un dictamen emitido por el Comité de Derechos Humanos derivado de la petición presentada por un particular, a la vez propietario de la inversión extranjera. En este dictamen el Comité de Derechos Humanos no había observado ninguna violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*BOE*, 30-4-1977) en cuanto al procedimiento penal,

circunstancia que debilitó su fuerza como elemento prueba para rechazar la obligación de acudir a los tribunales internos:

“8.1.18. Similarly, Claimant’s reliance on Mr Bozbey’s claim before the UN Human Rights Committee, based on allegations that he was subjected to arbitrary arrest, improper detention and discrimination, is not on point (assuming it even to be compelling).

8.1.19. Although of Turkish nationality, there is no suggestion that Mr Bozbey has any relationship with Kiliç. It is thus difficult to see how his complaints about the criminal proceedings that were brought against him, even if justified, are relevant to Kiliç’s complaints about the unavailability of or futility in having recourse to Respondent’s courts over its BIT claims.

8.1.20. Moreover, Claimant’s arguments, which are based on his complaints, are not assisted by the UN Human Rights Committee’s finding that they had not been substantiated. The Committee also noted that Mr Bozbey had been convicted in accordance with domestic legislation of Turkmenistan and did not condemn or otherwise criticise his criminal conviction”.

Sin embargo, a contrario, podría concluirse que esta observación del tribunal parece demostrar que los dictámenes del Comité de Derechos Humanos podrían servir como argumentos de ambiente o atmósfera para probar ciertos elementos de hecho en el arbitraje de inversiones, como la futilidad del acceso a los tribunales internos.

2. Derecho de la Unión Europea

En el caso *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/05/20, Laudo de 11-12-2013) se planteó la cuestión de la interacción entre el APPRI celebrado entre Suecia y Rumania y el Derecho de la UE, así como con el Acuerdo Europeo de 1995 celebrado con Rumania, que sirvió para iniciar el proceso de adhesión a la UE.

El demandante consideraba que el APPRI debía aplicarse de forma exclusiva e independiente al Derecho de la UE, o al menos el APPRI debía tener prevalencia sobre el Derecho de la UE. Por su interés para la materia objeto de estudio, merece la pena reproducir parte de la argumentación ofrecida por esta parte y recogida en el propio laudo:

“294. In the Claimants’ view, the only treaty with which the BIT could be deemed to be in conflict is the Europe Agreement. The Claimants deny that such a conflict exists, but if such a conflict were deemed to exist, they submit that the BIT should prevail:

a. First, under the preservation of rights provision in Article 9(2) of the BIT, the BIT prevails over external provisions, except to the extent that the latter would be more favorable to the investor than the provisions of the BIT.

b. Second, the BIT prevails as *lex posterior* pursuant to Article 30(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT) because none of the requirements for Article 30(3) to apply is met (in particular, the Europe Agreement and the BIT were not entered into between the same parties, nor do they have the same subject matter).

c. Third, the BIT prevails as *lex specialis*, because it is the treaty with a more precisely delimited scope of application. In addition, the Claimants argue that there is no evidence of

Romania's and Sweden's common intention to give precedence to EU law and subordinate the BIT to it. Indeed, the Claimants note that, in the few instances where Romania has intended to give precedence over a BIT to a particular source of law, it has done so expressly

295. The Claimants further argue that Romania misapplies Article 31(3)(c) of the VCLT in an attempt to supplant the BIT with EU law. Article 31(3)(c) of the VCLT provides:

"There shall be taken into account, together with the context: [...] (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties." According to the Claimants, Romania's attempt to "interpret" the BIT by taking into account EU law as part of the "relevant rules of international law applicable in the relations between the parties" is an improper attempt to displace the BIT and apply EU law instead. Relying on Prof. Caron's expert opinion, the Claimants argue that:

- a. An "interpretation" cannot be construed to abrogate express language in the BIT;
- b. The meaning of the terms "shall be taken into account" should be understood to mean that an interpreter of the treaty has the discretion to consider relevant rules of international law, not that such rules must be incorporated into the treaty, and
- c. The "relevant rules of international law" are only those that are in place at the time of the violation.

296. As a result, the Claimants argue that, for purposes of Article 31(3)(c) of the VCLT, the Tribunal could "take into account" the Europe Agreement, which existed at the time the BIT entered into force and at the time Romania breached the BIT's provisions (subject to the additional requirement of the Europe Agreement being "between the parties", which the Claimants deny). However, the Tribunal cannot take into account the Accession Agreement or the EC Treaty, as Romania had not entered into either at the time it concluded the BIT. Therefore, in the view of the Claimants, if the Tribunal seeks to determine the relevant state aid requirements that applied to Romania, the Tribunal should refer to the regime existing under the Europe Agreement, rather than the post-accession regime

Además, las demandantes argumentaron que incluso si Rumania hubiera tenido la obligación de aplicar el Derecho de la UE con prevalencia sobre el APPRI, esto no habría eliminado la obligación del Estado de reparar su violación del APPRI, de conformidad con los Artículos 12 y 31.1 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (párrs. 297-298). Por el contrario, el demandado consideraba que las obligaciones del APPRI debían interpretarse en conformidad con las obligaciones del Derecho de la UE, en particular, la obligación de eliminar las ayudas de Estado y que, en todo caso, el ordenamiento jurídico de la UE tenía prevalencia sobre las disposiciones del APPRI:

"304. As noted above, the Respondent does not dispute that the substantive rules of international law applicable to this dispute are those contained in the BIT. However, it argues that the BIT cannot be interpreted in a vacuum. Citing *AAPL v. Sri Lanka*, the Respondent argues that an investment protection treaty "is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context [...]." In this respect, the Respondent argues that the BIT must be interpreted in light of the context in which it was negotiated and concluded between Romania and Sweden. In Romania's submission, this context should take into account the purpose for which it was concluded (Article 31(1) of the VLCT), as well as the circumstances of its conclusion (Article 32 of the VCLT). Romania argues that the conclusion of the BIT was a direct consequence of the Europe Agreement, in the context of Romania's accession to the EU and adoption of the *acquis*.

305. The Respondent also argues that, pursuant to Article 31(3)(c) of the VCLT, when interpreting a treaty, the “relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” must also be taken into account. According to Romania, this includes the rules of international law existing at the time the BIT is being interpreted (that is, today). Thus, in Romania’s submission, the Europe Agreement and the EC Treaty fall under the category of relevant rules of international law that should be considered when construing the BIT. In this respect, Romania notes that the ILC has stated that “[i]t is a generally accepted principle that when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations”.

El demandado también formuló argumentos alternativos por si el tribunal determinara que no era posible interpretar el APPRI de manera conforme con el Derecho de la UE:

“310. In this respect, the Respondent argues that where conflicts arise between competing rules of international law which cannot be resolved by systemic interpretation, the intention of the relevant States determines which of the competing rules takes precedence. According to the Respondent, in the present case the common intention of Romania and Sweden is clear: they intended the BIT to be subordinated to EU law. As EU law contains more specific rules on state aid, EU law should prevail by application of the principle *lex specialis derogat generali*.

311. In addition, the Respondent argues that it concluded the BIT with Sweden precisely in furtherance of its obligations to the EU and the EU Member States. It would thus be irrational to suppose that Sweden and Romania intended the BIT to circumvent or otherwise weaken EU law. Indeed, for Sweden this would mean breaching the EC Treaty.

312. Finally, the Respondent notes that the European Court of Justice (...) has ruled that EU law takes precedence over all pre-accession bilateral treaties concluded between Member States (...).

313. The Respondent asserts that, contrary to the Claimants’ contentions, EU law is relevant to the determination of whether it breached the BIT.

314. Specifically, Romania argues that the rights and obligations of Romania and Sweden under the Europe Agreement and, eventually, the Accession Treaty, are not only rules of international law that the Tribunal should take into account when interpreting the BIT, but are relevant in at least three ways: (i) as the factual motivation for the change in Romanian law that is the basis of the Claimants’ allegations; (ii) as binding rules of Romanian law, having been incorporated into Romanian law, and (iii) as factual circumstances to take into account as part of the consideration of what would have constituted fair and equitable treatment (...).

315. The Respondent further submits that it was indeed “necessary” for Romania to repeal EGO 98 in order to either comply with EU law or accede to the EU. However, the Respondent submits that “necessity” is not the test; the question is whether Romania’s course of action was reasonable (...). The Tribunal understands Romania’s position to be that the requirements of EU law play a role in determining whether Romania breached the standards of the BIT that require the state to act reasonably, in particular, the fair and equitable treatment obligation and the obligation not to impair the Claimants’ investments by unreasonable or discriminatory measures. The Tribunal also understands that Romania is not invoking Articles 23, 24 or 25 of the ILC Articles to plead that there are circumstances precluding wrongfulness that would excuse any liability under the BIT”.

Asimismo, la Comisión Europea remitió un documento de *amicus curiae* donde sostuvo esencialmente los mismos argumentos que el demandado:

“317. The Commission’s position in this respect is similar to that of the Respondent. The Commission submits that the interpretation of the BIT should take into account the BIT’s European context and origin. It notes that the ECJ has recommended interpreting intra-EU BITs in the light of EU law (...). The Commission also submits that the parties to the Europe Agreement intended that any future BIT should subscribe to the same logic regarding state aid law. Therefore, the Tribunal should take into account the EU’s state aid rules when interpreting specific BIT provisions. The Commission further contends that Article 30(3) of the VCLT directs the Tribunal to apply the EU’s state aid law rather than provisions of the BIT that would prove incompatible with the EC Treaty”.

El tribunal afrontó las interacciones entre el DI económico y el Derecho de la UE de una manera cautelosa. En primer lugar, aclaró que nada en los tratados europeos (ni el de 1995 ni el de adhesión a la UE de 2005, en vigor desde el 1-1-2007) permitía concluir que las partes hubieran tenido la intención de modificar o reducir los efectos jurídicos del APPRI entre Rumania y Suecia. Es decir, el tribunal abogó por la aplicación del APPRI, negando así el argumento que la Comisión Europea ha venido manteniendo en los últimos años, que considera que estos acuerdos de inversiones intracomunitarios habrían quedado sin efecto jurídico tras la adhesión a la UE de los Estados del Este de Europa. En segundo lugar, a pesar de los plenos efectos jurídicos del APPRI, el tribunal reconoció que la aplicación del APPRI estaba condicionada por los objetivos de la protección de inversiones recogidos en el preámbulo del propio APPRI y en el Artículo 74 del Acuerdo Europeo de 1995:

“318. There is no dispute among the Parties that the primary source of law for this Tribunal is the BIT itself. The disagreements lie in the role of other rules of international law, in particular rules arising from treaties established under EU law to which Romania and Sweden are parties.

319. As a first step, the Tribunal notes that there is no real conflict of treaties. In the time period relevant to this dispute, the relevant rules of international law applicable to Romania and Sweden were the Europe Agreement (which entered into force on 1 February 1995) and the BIT (which entered into force on 1 April 2003). The Accession Treaty was not signed until 25 April 2005, and entered into force on 1 January 2007 (date on which the EC Treaty also entered into force with respect to Romania) (...). Thus, from 1 February 1995 to 1 January 2007, Romania was in a negotiating phase during which it declared that it accepted the *acquis* but it was not properly subject to EU law, with the exception of its international obligations under the Europe Agreement itself. As a result, EU law was not directly applicable to Romania.

320. The relevant question then becomes whether EU law plays a role in the interpretation of the BIT. To answer that question, the Tribunal needs to address three points.

321. First, the Tribunal notes that the BIT does not contain any reference to EU accession or to the EU. Further, the Accession Treaty did not contain any references to the BIT, let alone seek to modify any of the BIT’s provisions. To recall, the Europe Agreement entered into force on 1 February 1995, the BIT entered into force on 1 April 2003, and the Accession Treaty was signed on 25 April 2005, and entered into force on 1 January 2007 (on which date the EC Treaty also entered into force with respect to Romania). The

Tribunal cannot therefore assume that by virtue of entering into the Accession Treaty or by virtue of Romania's accession to the EU, either Romania, or Sweden, or the EU sought to amend, modify or otherwise detract from the application of the BIT.

322. Second, Article 31(1) of the VCLT provides that “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” Article 31(2) expressly notes that such context comprises, *inter alia*, the text of the treaty, including its preamble and annexes. The Preamble of the BIT states that the Contracting Parties have agreed on the terms of the BIT: desiring to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States and to maintain fair and equitable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, recognizing that the promotion and protection of such investments favour the expansion of the economic relations between the two Contracting Parties and stimulate investment initiatives [...]

323. The Tribunal must interpret the BIT in light of these overarching goals, which the Parties do not dispute.

324. Likewise, it is undisputed that one of the goals of the Europe Agreement, which predated the BIT, was to promote economic cooperation between Romania and the EC Member States (...).

325. This suggests that the BIT was part of Romania's strategy to develop economically in order to obtain accession.

326. That being said (and this is the third point), the Tribunal will interpret each of the various applicable treaties having due regard to the other applicable treaties, assuming that the parties entered into each of those treaties in full awareness of their legal obligations under all of them. In other words, there is no reason to assume that Sweden and Romania had any intent to defeat their obligations under any of the applicable treaties when they entered into each of them and the Tribunal must interpret each treaty –in particular, the BIT– according to that intent of the parties.

327. The Tribunal finds that, factually, the general context of EU accession must be taken into account when interpreting the BIT. In particular, the overall circumstances of EU accession may play a role in determining whether the Respondent has breached some of its obligations under the BIT.

328. The Tribunal notes in this regard that the Parties appear to agree that EU law forms part of the “factual matrix” of the case. In particular, the Parties agree that the question of EU law may be relevant to determining whether Romania acted fairly and equitably with respect to the Claimants' investments in accordance with Article 2(3) of the BIT. The Tribunal concurs. The overall context of EU accession in general and the pertinent provisions of EU law in particular may be relevant to the determination of whether, *inter alia*, Romania's actions were reasonable in light of all the circumstances, or whether Claimants' expectations were legitimate.

329. The Tribunal also sees merit in the Claimants' suggestion that, in theory, EU law could also possibly come into play as a circumstance precluding wrongfulness under ILC Articles 23, 24 or 25. However, as noted above, the Respondent has not put forth a case of force majeure, duress or necessity. Accordingly, the Tribunal does not address the relevance of EU law in this context”.

El tribunal también mencionó las alegaciones de las partes sobre los eventuales problemas de ejecución, a la vista de que un eventual laudo que concediera al demandante el pago de cantidades dinerarias podría constituir una ayuda de Estado ilegal en virtud del Derecho de la UE. Este es otro de los argumentos que la Comisión Europea ha venido destacando en los distintos arbitrajes de inversiones en los que ha presentado escritos de *amicus curiae*. El tribunal, siguiendo la prudencia anticipada *supra*, no quiso pronunciarse sobre estas cuestiones en ese momento del procedimiento:

“340. The Tribunal finds that it is not desirable to embark on predictions as to the possible conduct of various persons and authorities after the Award has been rendered, especially but not exclusively when it comes to enforcement matters. It is thus inappropriate for the Tribunal to base its decisions in this case on matters of EU law that may come to apply after the Award has been rendered. It will thus not address the Parties’ and the Commission’s arguments on enforceability of the Award.

341. That being said, the Tribunal notes that Articles 53 and 54 of the ICSID Convention (...) apply in any event to the Award”.

Las relaciones entre el DI económico y el Derecho de la UE mantienen abiertos numerosos frentes jurídicos que sólo el desarrollo completo de la política convencional exterior de la UE en materia de promoción y protección de las inversiones durante los próximos años podrá despejar.

V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹¹

El primero de los casos analizados es *RSM Production Corporation c. República Centrafricana* (Caso CIADI nº ARB/07/2, Decisión de 20-2-2013), del que sólo se han publicado algunos fragmentos seleccionados. El inversor extranjero solicitó la anulación del Laudo de 11-7-2011 apelando al Artículo 52.1.e) del Convenio CIADI como único motivo de anulación y argumentando que existía un vicio en la motivación del laudo. La Comisión *ad hoc* recordó, en primer lugar, el carácter tan excepcional que presenta el procedimiento de anulación en el contexto del Convenio CIADI y, en particular, definió el ámbito de aplicación de esta causa de una manera muy restringida, en línea con una práctica bien asentada en anteriores precedentes:

“84. Il découle de la pratique constante des Comités *ad hoc* CIRDI que toute lacune ou ambigüité n’entraîne pas nécessairement l’annulation de la sentence, l’annulation ne pouvant être constatée que s’il n’existe pas de raisonnement ou si celui-ci s’avère trop faible ou incohérent. Aussi, est-il nécessaire de procéder à une analyse très attentive dans la mesure où les motifs peuvent être implicites dans les considérations et conclusions de la sentence. En outre, un raisonnement inadéquat ou insuffisant pourrait éventuellement donner lieu à une annulation de tout ou partie d’une sentence, pourvu que les conditions suivantes soient remplies: (1) l’absence de motivation concernant un point particulier prive la décision de raisonnement sur ce point; et (2) que ce point soit nécessaire pour la décision du Tribunal.

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

85. De même, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Vivendi* a souligné que le grief fondé sur l'absence de motivation juste ou convaincante sort du champ d'application de l'article 52.1.e. L'exactitude des motifs du Tribunal n'est pas pertinente pourvu qu'ils puissent être compris et qu'ils se rapportent aux questions soulevées devant lui. Ainsi, le Tribunal peut présenter ses motifs sous une forme succincte ou détaillée, les différentes traditions juridiques variant dans le mode d'expression de la motivation. Par conséquent, les Tribunaux doivent jouir d'une certaine marge de discrétion dans la façon d'exprimer leur raisonnement.

86. Par ailleurs, selon la pratique des comités CIRDI, en cas d'existence de motifs contradictoires, motif allégué par la Demanderesse, ceux-ci doivent être de nature à empêcher le lecteur de comprendre le raisonnement du Tribunal, c.-à-d., qu'il en résulte une absence de motifs. Par conséquent, la contradiction doit être substantielle. Ainsi, toute contradiction ne conduit pas à l'annulation de la sentence”.

Al analizar el único motivo de anulación argüido por el inversor extranjero, la Comisión *ad hoc* realizó una lectura conjunta del Laudo de 11-7-2011 y de la Decisión sobre jurisdicción de 7-12-2010, concluyendo que de ambas resoluciones no se podía colegir una contradicción lo suficientemente grave como para aceptar dicha causa de anulación:

“99. La pratique des Comités CIRDI en matière d'annulation confirme que le Comité *ad hoc* doit, dans la mesure du possible, expliquer la Sentence en clarifiant les motifs qui semblent faire défaut, parce qu'ils sont simplement implicites.

100. Le Comité procèdera, donc, à une explication succincte des termes de la Sentence, dans les limites posées par l'article 52.1.e de la Convention CIRDI.

101. Du paragraphe 176 au paragraphe 185 de la Décision du 7 décembre 2010, le Tribunal analyse et constate l'existence de la force majeure conformément aux dispositions du Contrat. A cet égard, le Tribunal détermine que “les éléments requis pour la force majeure sont bien définis dans le Contrat, à savoir l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité” et, finalement, conclut que “la situation sécuritaire en RCA est une situation de force majeure telle qu'elle est définie dans le Contrat et se situe en dehors de la volonté de RSM. L'existence des trois éléments est donc bien établie”.

102. Par la suite, le Tribunal se plonge dans l'analyse des effets de la force majeure, en soulignant les dispositions suivantes: l'article 5 du Décret du Permis, l'article 13 du Code Pétrolier, et les articles 2.2, 3.3, 28.2, 28.3, et 29.3 du Contrat.

103. Dans son exécutables nonobstant la force majeure. Force est de constater qu'en l'espèce il ressort clairement du raisonnement de la Sentence que pour le Tribunal l'impossibilité d'exécution ou la difficulté d'exécution, en application de l'article 28.2, conduit au délai prévu par l'article 28.3. Dans cette analyse, le Tribunal détermine que “la suspension à cause de la force majeure ne peut opérer que si le Contrat et le Permis sont en cours de validité, et que pour obtenir le renouvellement du Permis la Demanderesse avait l'obligation d'en formuler la demande au plus tard deux mois avant l'expiration du Contrat”. Le Tribunal a conclu au paragraphe 232 de la Décision du 7 décembre que la formalité du renouvellement du Permis était une obligation que la Demanderesse pouvait exécuter sans difficulté “et abstraction faite de la suite qui aurait pu être donnée à cette demande, laquelle ne pouvait être empêchée par la force majeure”. De même, par la suite, le Tribunal note au paragraphe 233 que la Demanderesse s'est acquitté e des autres obligations exécutables, telle que la demande de renouvellement du Contrat, et a continué à

remplir ses obligations financières. Finalement, le Tribunal constate l'expiration tant du Contrat que du Permis, dont la Demanderesse n'avait pas demandé le renouvellement.

104. De surcroît, cette analyse est clarifiée dans la Sentence du 11 juillet 2011, en particulier aux paragraphes 28 et 29.

105. En outre, le Tribunal a convenablement expliqué les raisons pour lesquelles il est parvenu à la conclusion que le Contrat et le Permis ont expiré depuis le 23 novembre 2004 et que le Contrat a été suspendu du 22 avril, date de la notification de la force majeure, à sa date d'extinction, le 23 novembre 2004.

106. Dans ces circonstances, le Comité ne trouve aucune contradiction ou imprécision dans le raisonnement du Tribunal qui ferait douter des éléments juridiques ou factuels sur lesquels le Tribunal s'est fondé pour arriver à sa conclusion. De même, en particulier eu égard aux effets de la force majeure, le Comité constate que le Tribunal a examiné les questions soulevées par les Parties et conclut que le Tribunal en a tenu compte dans une mesure conforme à ce que l'on pouvait raisonnablement exiger de sa part".

Como la demanda de anulación interpuesta por el inversor extranjero fracasó en su integridad, la Comisión *ad hoc* le impuso la totalidad de los gastos procesales, repartiendo entre ambas partes los honorarios de abogados.

En segundo lugar, se estudia el caso *Malicorp Limited c. Egipto* (Caso CIADI nº ARB/08/18, Decisión de 3-7-2013) donde la Comisión *ad hoc* de anulación examinó tres de las causas de anulación previstas en el Artículo 52 del Convenio CIADI.

La primera causa de anulación invocada por la parte demandante fue la existencia de un "quebrantamiento grave de una norma de procedimiento". A la hora de definir el contenido de esta causa, dispuesta en el Artículo 52.1.d) del Convenio CIADI, la Comisión *ad hoc* admitió que el principio de contradicción constituye una regla procesal de carácter fundamental cuya violación, si fuese lo suficientemente seria, podría constituir un motivo de anulación del laudo arbitral:

"28. For an award to be annulled on this ground, it must meet two tests: (i) there must be a violation of a "fundamental rule of procedure"; and (ii) the departure from that rule must be "serious." As is clear on the face of this provision, both criteria are mandatory.

29. By referring to "fundamental rule[s] of procedure," the drafters of the Convention intended to restrict annulment on this ground to violations of those principles that are essential to a fair hearing. This is because, no matter how serious, a violation of a non-fundamental rule would not call into question the validity of an award and thus should not result in annulment. Examples of such fundamental principles include the requirement that "both Parties must be heard and that there must be an adequate opportunity for rebuttal."

30. The Wena *ad hoc* Committee further interpreted the requirement that the procedural rule(s) in question be "fundamental" as referring "to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law." Thus, the key question in annulment proceedings with respect to this ground is whether the procedure allegedly violated falls within the category of fundamental rules necessary to ensure a full and fair hearing.

31. Applicant submits that the Award should be annulled because the Tribunal violated the *principe du contradictoire*, which it defines as the concept that “chaque partie bénéficie des mêmes droits et des mêmes obligations.” According to *Malicorp*, this includes the concept of “égalité des armes.” In support of its claim, Applicant quotes the Fraport *ad hoc* Committee, which held that the “right to present one’s case” is a fundamental rule for the purposes of annulment proceedings under Article 52(1)(d).

32. Respondent does not specifically disagree with the claim that the *principe du contradictoire* is a fundamental rule of procedure. Its argument, instead, is that the alleged violation of this rule, if any, was not sufficiently serious to merit annulment in this case.

33. The second requirement for an award to be annulled due to a “departure from a fundamental rule of procedure” is that the violation be considered “serious.”

(...)

35. Both Parties highlight this requirement. Applicant does so by stating that “l’inobservation grave’ est nécessairement une violation consciente qui engendre des conséquences.” Respondent relies on the MINE standard as set out by the Continental Casualty *ad hoc* Committee that, to be serious, the departure must cause a substantially different result or must “deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide.”

36. The Committee notes that the Parties agree on the substance of the *principe du contradictoire* and on the fact that it is a rule of procedure that ensures equality of the parties in an adversarial proceeding. The Committee further notes that this principle is closely related to the right to be heard. This right of parties to present their case has been recognized as part of that “set of minimal standards” considered fundamental for a fair hearing. The Committee thus concludes that the *principe du contradictoire* is a fundamental rule of procedure.

37. The Committee also concludes that, to be serious, the departure from the procedural rule must have the consequences set out by the *ad hoc* Committees in MINE, Wena, and Continental Casualty. It is also the Committee’s view that the assessment of the seriousness criterion above should always be made on a case-by-case basis”.

Tras definir el contenido de esta causa de anulación, la Comisión *ad hoc* pasó a ponderar si ésta se había incumplido, en particular, al permitir el tribunal arbitral la incorporación al expediente de unos documentos presentados por el Estado demandado, sin haber permitido la necesaria contradicción de los mismos por parte del inversor:

“96. During the hearing of April 19-20, 2010, the President of the Tribunal stated that it was customary for printed copies of PowerPoint slides used at the hearing to be admitted into the record. The Committee agrees. Printed copies of slides or visual aids used at the hearing are routinely submitted to tribunals for ease of reference, provided they contain only information that is already in the record. There is no reason to believe that such printed copies would unduly influence the Tribunal or have any persuasive impact beyond the effect of the initial presentation. This is especially true given that the President ensured that slides not shown to the Tribunal because of the time constraints of the hearing were deleted prior to Counsel’s submission of the hard copies of the PowerPoint. The admission of the PowerPoint slides was simply meant to facilitate the Tribunal’s work in preparing the Award.

97. Because the President properly ensured that the PowerPoint presentation only contained previously admitted evidence, the Committee is satisfied that Respondent was not given an unfair advantage by the admission of the printed copies of the slides into the record after the hearing.

98. Applicant's claim that its dossier de plaidoirie should also have been admitted does not advance its argument for annulment. Unlike a PowerPoint presentation, a dossier de plaidoirie is not meant to be a visual aid. Its purpose is to assist counsel in making his or her presentation.

99. Moreover, while a PowerPoint presentation is a visual aid that only includes previously admitted documents, the Tribunal had no way of knowing what was in Me Brémond's dossier. Indeed, Me Brémond himself referred to his dossier as voluminous. The Committee thus finds that it was well within the Tribunal's discretion to admit Me Webster's PowerPoint slides, which it had already seen, while refusing to admit Me Brémond's dossier de plaidoirie. It is undisputed that both Parties had the opportunity to use visual aids during the hearing. Applicant chose not to do so; it cannot complain now that it was placed at a disadvantage because of the choice it made.

100. Applicant further claims that the presentation should not have been admitted because it contained truncated and misleading documents. As previously discussed in Section A above, Applicant objects specifically to slide 42, entitled "The Articles of Association of Malicorp." This is because the slide shows two excerpts of scanned documents: (i) the signature block of a Mrs. M. JEYA, Registrar of Companies, showing that the document was executed at Companies House in Cardiff on September 15, 1999; and (ii) a single sentence, "5) The Company's share capital is £100 million divided into one million shares of £100 each." The slide cites as the source of the images pages 91 and 94 of Respondent's Exhibit R2. Applicant argues that this presentation could have led the Tribunal to conclude that the two excerpts came from the same document, while in fact the signature was extracted from the "Certificate of Registration," which does not make any reference to Malicorp's capital, and the second sentence came from an unsigned document that does not specifically refer to Malicorp. Applicant refers to the combination of these two documents on a single slide as a "montage photocopique."

101. The Committee agrees that one might be confused by placing the excerpts from two separate documents on a single slide. It is the Committee's view, however, that the confusion arises out of the fact that what was designated as Exhibit R2 included many different documents. Respondent displayed on one slide excerpts from Exhibit R2 and properly indicated the source as Exhibit R2. Applicant is correct that Respondent did not indicate that the excerpts came from two different documents. However, the Tribunal and the Parties must have been well aware that Exhibit R2 contained multiple documents (and Claimant never raised any objection to such designation). Respondent also clearly indicated the page numbers where the relevant excerpts could be found in Exhibit R2. Whether the Tribunal or Claimant nonetheless mistakenly concluded that the two excerpts came from the same document is a matter of fact that is beyond the scope of an annulment review.

102. Applicant's counsel also argues that the Tribunal should not have admitted Respondent's PowerPoint presentation because Me Brémond could not react swiftly enough during the hearing to properly register his objections to the slide. The Committee appreciates the pressure on counsel and the time constraints of an oral hearing. However, counsel's failure to react or object quickly does not result in a departure from a fundamental rule of procedure. Further, Applicant had known well in advance of the hearing that Respondent would use a PowerPoint presentation. There is, however, no record of Applicant asking for an advance copy of the slides.

103. The Committee likewise finds no ground for annulment on the basis that the Tribunal did not properly address Applicant's grievances because there is no reference in the Award to the post-hearing correspondence of the Parties with respect to the slides. The correspondence itself makes it clear that the Tribunal carefully considered the positions of the Parties when making the decision to admit the slides. That the Tribunal did not discuss in the Award the correspondence with respect to the slides does not detract from this conclusion. Given the extensive correspondence between the Parties and the Tribunal after the hearing, the Committee is satisfied that the Tribunal took into account Applicant's arguments.

104. Further, Applicant's request that the Committee second guess the Tribunal's conclusion to admit the PowerPoint presentation but not the dossier de plaidoirie is well outside of the Committee's mandate in an annulment proceeding. The concern of the Committee is the integrity of the process and whether the Parties had equal opportunity to present their case. The Committee is satisfied that the integrity of the process was preserved in this case. The Committee concludes that the Tribunal heard Applicant's objections, gave each Party a chance to fully explain its position, and ensured that no new evidence was placed into the record by virtue of admitting the slides.

105. Therefore, the Committee holds that no departure from a fundamental rule of procedure occurred in this case. Having reached that conclusion, there is no need for the Committee to address Applicant's allegation that the departure from a fundamental rule of procedure is prejudicial per se and mandates annulment. Similarly, there is no need for the Committee to consider Respondent's argument that Applicant waived its right to object to the slides by failing to make "any formal request to exclude Maître Webster's Slides from the record of the oral hearing."

Otro de los motivos de anulación alegados por la demandante en este litigio fue que no se habían "expresado en el laudo los motivos en que se funde". La Comisión *ad hoc* relacionó esta causa de anulación, prevista en el Artículo 52.1.e) del Convenio CIADI, con la existencia de una contradicción en los fundamentos jurídicos del laudo. Para ello se sirvió de la interpretación efectuada por otras comisiones de anulación, por ejemplo, en *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI n° ARB/84/4, Decisión de 22-12-1989); *Wena Hotels Ltd. c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/98/4, Decisión de 5-2-2002); y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3, Decisión de 3-7-2002); unos precedentes que establecen un umbral muy exigente para admitir este motivo de anulación:

"42. Thus, although an award may be annulled based on contradictory reasoning, applicants face a high burden to prove that different parts of the tribunal's analysis are so contradictory as to cancel each other out entirely.

(...)

45. Thus, when dealing with an annulment request based on an alleged failure to state reasons, an *ad hoc* committee must look beyond what may, at a first glance, appear to be a contradiction and seek to follow the logic and the reasoning of the award. In other words, an award must be upheld unless the logic is so contradictory as to be "as useful as no reasons at all".

La Comisión *ad hoc* estudió las tres contradicciones presentadas por la parte demandante, a saber: 1) la interpretación de ciertos datos financieros y contables que el inversor habría proporcionado al Estado; 2) las medidas tomadas por el inversor para establecerse en Egipto; y 3) el rechazo a la pretensión del inversor de ser compensado, al no haber reconocido el tribunal la existencia de una expropiación y, por tanto, no haber examinado la cuestión de la compensación en una fase ulterior del procedimiento. La Comisión *ad hoc* descartó que cualquiera de ellas pudiera constituir una contradicción susceptible de dar lugar a la anulación:

“114. The first alleged contradiction relates to the principal reason put forward by Respondent for its decision to rescind the Contract: the fact that “it had allegedly been misled by the submission of inaccurate documents concerning Claimant’s financial capacities.”

115. The Tribunal noted that the call for tender documents specifically required the submission of documents stating the “qualitative of finance and the issued capital.” The Tribunal next looked at the Memorandum of Association Applicant submitted as part of its bid for the Contract. That document showed that Malicorp’s capital was £1,000 divided into 1,000 shares of £1 each. Malicorp was then asked to attend a meeting with Respondent to answer a number of questions, including “the details of the capital (issued and licensed).”

116. Next, the Tribunal noted that the minutes of that January 3, 2000 meeting recorded that Applicant was a British company “with its capital of one hundred million Sterling pounds according to the attached commercial register which was reviewed by the Committee’s members.” The Tribunal observed that “the statement would have been correct if it had made it clear that it referred not to the issued and paid-up capital as stated in the question, but to the authorised capital, which is obviously meaningless as long as the sources of financing of this capital are not given.”

117. The Tribunal went on to analyze the key document allegedly given to Egypt by representatives of Malicorp during the meeting. It found that this document was “allegedly an extract made on 15 September 1999 of the ‘Register of companies for England and Wales,’ certifying that the company had been incorporated on 6 August 1997.” Item number 5 in that document stated: “The Company’s share capital is £100 million divided into one million shares of £100 each.” The Tribunal noted that “[n]owhere does the text make it clear which type of capital this is.” Previously, the Tribunal had referred to the meaning of the term “capital”: “In practice, it could be said that in business dealings, the mention of ‘capital’ refers at least to capital that is subscribed if not paid-up, and not merely to authorised capital, this being only a measure prior to subscription.

118. Apparently, the Tribunal did not believe it necessary to determine “the authenticity of the suspect document” in order to reach its decision. Instead, it first decided that, regardless of the exact knowledge gained by Respondent during the January 3, 2000 meeting, “the nature and content of the information supplied to the Respondent by Malicorp’s representatives was such as to give rise to an essential mistake.” Next, the Tribunal found that the financial strength of Malicorp was of utmost importance given the large scale of the project: “for a project as monumental as that of the Ras Sudr airport, knowing whether the company awarded the project is an empty shell or a company with exceptional resources is obviously fundamental.” Finally, The Tribunal concluded that: In these circumstances, (...) the principal reason given by the Respondent in its letter rescinding the Contract was sufficiently well founded, and gave the Respondent the right to withdraw from the Contract.

119. In sum, the Tribunal made findings of fact that did not depend on the authenticity of the disputed document. To reach its factual conclusions, the Tribunal had to balance conflicting considerations submitted by the Parties. Whether these findings of fact are correct or not is outside the scope of the Committee's review. That Applicant disagrees with the factual findings and legal analysis of the Tribunal is not sufficient to annul the Award. Applicant must persuade the Committee that the Tribunal failed to state any reasons for its conclusions or that the Tribunal's reasons are so contradictory as to cancel each other. Applicant has not met that standard. Whether the Committee would follow the same logic or reach the same conclusion in this case is of no consequence. The Committee thus holds that Applicant's first alleged contradiction does not constitute sufficient basis for annulment.

(...)

124. The second alleged contradiction refers to the grounds for termination of the Contract based on the non-performance by Applicant. The Committee first observes that, according to the Tribunal, "[e]ven if the answer to the previous question [regarding Malicorp's financial status] is enough in itself to enable it to rule on the submissions before it, the Arbitral Tribunal deems it appropriate, out of an excess of caution, to briefly review these. Thus the Tribunal considered the non-performance of the Contract by Applicant only subsidiarily and could have decided the dispute without ruling on that question. Therefore, even if the Committee were to agree with Applicant's argument, an annulment of this part of the Award would not affect the rest of the Award and the outcome of the arbitration.

125. Nevertheless, for the sake of completeness, the Committee will proceed to review whether the Tribunal contradicted itself in its analysis of the grounds invoked by Respondent to terminate the Contract. Applicant considers contradictory the reasoning of the Tribunal in paragraph 141 of the Award and the findings of fact in paragraphs 17-29. Paragraph 141 in relevant part reads as follows: The fact remains, though, that at no time has the Claimant attempted to persuade the Arbitral Tribunal that it actually did, at the outset, take the significant legal, financial and most of all technical steps required to launch such a project. The delays in taking the first steps and the absence of any practical progress, especially where the potential partners were concerned, could well have added to the doubts and concerns of the Egyptian authorities. At no time, in fact, has the Claimant attempted to show that this last criticism was unfounded.

126. In paragraphs 17 to 29 of the Award, the Tribunal started by pointing out that "[u]nder the Contract, Malicorp had to take a number of measures quickly." The Tribunal also noted that at an unknown date, Applicant instructed a major accounting firm to take the necessary steps for setting up the company. The Tribunal listed the numerous notices of Respondent reminding Applicant of its obligation to set up the company and provide bank guarantees.

127. After reviewing all of the evidence, the Tribunal was not persuaded that Applicant had taken the necessary steps as required under the Contract. This is a factual determination to be made by the Tribunal and it is not the Committee's role to review that determination.

128. Applicant also claims that the Tribunal failed to adequately consider two of its exhibits, namely a letter dated May 2000 from the Intelligence Service National Security stating that it did not object to Malicorp's proposed project and another dated July 22, 2001, in which the General Authority for Investment and Free Zones (GAFI), citing national security concerns, refused to grant Malicorp permission to build the airport. Malicorp thus claims that the Tribunal did not make every effort to understand its position. There are several difficulties with Applicant's argument. First, Applicant cannot reliably demonstrate that the Tribunal did not consider those exhibits. Second, whether the Tribunal "adequately" considered the exhibits is a matter of fact-finding within the discretion of the

Tribunal and beyond the scope of this Committee's review. Third, this argument does not assert any contradictory reasoning; it relates to an alleged failure to consider specific documents.

129. Applicant further contends that the following sentence is contradictory: "Il est possible que la demande ait été par la suite retardée par les atermoiements de la Défenderesse, mais cette situation, si elle est avérée, n'est intervenue que tardivement dans le processus de résiliation, alors que le projet vacillait déjà." Applicant affirms that the motivation of the Tribunal is "pure invention" and explains that the project did not progress precisely because of the procrastination of Respondent.

130. It will be useful to consider the whole paragraph from which this sentence has been extracted. The following reasoning of the Tribunal precedes the allegedly contradictory sentence: The first obligation concerned the setting up of the Egyptian company. It is not disputed that the incorporation did not take place in the time allowed. One primary reason is that the Claimant delayed in taking the necessary steps to set it up. Admittedly, for the Respondent, the incorporation of that company was critical. First, because the Contract had also been entered into in the name of the company to be formed (...); next, and most of all, because it had to show sufficient financial capacity to guarantee the solidity and reliability of the operation. The capital was subscribed by Malicorp, which, however, had not yet significantly increased its own capital.

131. The Tribunal then went on to find that: It is possible that the application was delayed by the Respondent's own procrastination, but that situation, while clearly the case, arose only later during the process of termination, by which time the project was already faltering.

132. The Committee does not find these two conclusions –that Applicant breached its duties to incorporate the Egyptian company from the beginning and that Respondent also delayed matters– to be contradictory, let alone to cancel each other out".

(...)

138. The Committee finds no contradiction in the Tribunal's reasoning. It was within the discretion of the Tribunal to bifurcate the proceedings and hear jurisdiction and liability first, while hearing damages at a second phase, if necessary. It is thus obvious that if Claimant lost on liability, as it did, there would be no opportunity to put forward claims and arguments on damages.

139. The Tribunal concluded that "Claimant's submissions based on the principle of compensation for expropriation are rejected." By dismissing Applicant's substantive claim, the Tribunal never reached the damages phase. Thus, the Tribunal never heard Claimant's arguments on damages because it found no violation of the BIT, for which compensation would be owed. Whatever the conclusions of the CRCICA Tribunal were with respect to liability for breach of the Contract and contractual damages, the BIT Tribunal could not have awarded any damages to Malicorp in the BIT arbitration because it found no violation of the BIT.

140. In sum, having considered and rejected each of the contradictions alleged by Applicant in support of its allegation that the Tribunal failed to state reasons, the Committee concludes that there is no basis for annulment for failure to state reasons".

El tercer motivo de anulación alegado por la demandante fue la manifiesta desviación de poder; una causa de anulación definida no sólo de manera procesal (como el no ejercicio

de la jurisdicción), sino también de manera sustantiva (como la no aplicación del derecho aplicable a la controversia). En todo caso, la Comisión subrayó que la desviación de poder debía ser manifiesta, entendida en línea con lo establecido por la Comisión *ad hoc* de anulación en el caso *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI n° ARB/02/7, Decisión de 5-6-2007):

“50. The ICSID Convention requires that an excess of power be “manifest” in order to qualify for annulment. Annulment committees have differed somewhat in interpreting the meaning of this term.

(...)

53. The Soufraki *ad hoc* committee found that both approaches had merit and should apply: [A] strict opposition between two different meanings of “manifest” –either “obvious” or “serious”– is an unnecessary debate. It seems to this Committee that a manifest excess of power implies that the excess of power should at once be textually obvious and substantively serious.

(...)

56. The Committee concurs with the *Soufraki* Annulment Decision and understands “manifest” to mean both obvious and serious. The Committee does not believe that these two terms are inconsistent to the extent that what has serious and substantial implications is also clear and obvious”.

Al examinar el cumplimiento de este motivo de anulación, la Comisión *ad hoc* indagó si la no aplicación del Derecho egipcio ni del contrato de inversión celebrado entre las partes era susceptible de motivar la anulación del laudo, concluyendo en sentido negativo y, por tanto, confirmando la validez del Laudo de 7-2-2011:

“154. The Committee agrees that it is not within its mandate to review whether the Tribunal correctly applied Egyptian law. However, the Committee cannot agree with Respondent’s argument that the Tribunal’s statement that it was applying Egyptian law is dispositive. The Committee must proceed to verify whether indeed the Tribunal applied Egyptian law. This is because it is possible that a tribunal would state that it is applying one law while in fact applying another. In this case, the Committee must examine whether the Tribunal identified Egyptian law as the proper law but went on to apply some other law instead. This is in fact the crux of Applicant’s argument. Applicant asserts that even though the Tribunal identified Egyptian law as the proper law and claimed to apply it, it in fact did not do so because its legal analysis does not refer to any provisions of Egyptian law or jurisprudence.

155. Once the Committee is satisfied that the Tribunal in fact applied the proper law, however, the Committee need not examine whether the Tribunal applied that law correctly. As the Soufraki *ad hoc* Committee stated, it would be sufficient if the Tribunal in its Award “strive[d] in good faith to apply [Egyptian] law as it would have been applied by [Egyptian] courts.” As set forth below, the Committee is satisfied that the Tribunal applied Egyptian law in good faith by relying on the analysis of Egyptian law in the CRCICA Award.

156. The Tribunal had before it two types of claims based on the same facts: contractual claims and treaty claims. The Tribunal decided the treaty claims, i.e., the claims for violation of the BIT, by applying international law. There is no dispute between the parties that the Tribunal applied the proper law with respect to the BIT claims. However, to decide

the BIT claims, the Tribunal had to decide a critical question: whether the Contract was properly rescinded. To resolve that question, the Tribunal had to interpret and apply Egyptian law. The Tribunal correctly identified Egyptian law as the proper law to be applied; the matter in dispute is whether the Tribunal actually applied it.

157. The same question –whether the Contract was rescinded in compliance with Egyptian law– had already been heard and resolved by the CRCICA Tribunal. There is no disagreement between the Parties that the CRCICA Tribunal resolved that question by applying Egyptian law. It was therefore perfectly reasonable for the BIT Tribunal to rely on, and accept, the CRCICA Tribunal’s analysis and conclusions. By doing so, the Tribunal in fact applied Egyptian law without performing de novo the entire review and analysis of Egyptian law performed by the CRCICA Tribunal.

158. The Tribunal relied on the analysis and conclusions of the CRCICA Tribunal with caution. It stated that it was not its task to rule on the validity of the CRCICA Award. The Tribunal noted that Applicant had waived “any attempt to have the award set aside, but has accepted its conclusions and is seeking to have it compulsorily enforced. The fact that, to date, it has not been successful before a national court does nothing to change that.” On the other hand, the Tribunal referred to the fact that Respondent challenged the CRCICA Award: [...] in the CRCICA arbitration proceedings [Respondent] firmly opposed arbitration as provided for in the Contract, a procedure whose validity it disputed; it appealed the decision of the CRCICA Arbitral Tribunal finding it had jurisdiction and won the case before the Egyptian state courts on first appeal, though that is the subject of a review currently (apparently) still pending before the Supreme Court (...). The inevitable conclusion, therefore, is that by such attitude Respondent has rejected recourse to the avenues provided for in the Contract. For the Arbitral Tribunal, this raises a degree of uncertainty concerning the outcome of the commercial procedure, which makes it unacceptable for the party claiming to have been injured to use the remedies afforded by the Agreement. There can be no question, on the other hand, of reopening the commercial proceedings.

159. The Tribunal, therefore, did not simply adopt the conclusions of the CRCICA Tribunal. It examined the CRCICA Tribunal’s analysis, identified the questions arising under Egyptian law, reviewed the CRCICA Tribunal’s conclusions and, on that basis, reached its own conclusions: The first question with respect to the first two grounds is whether the Contract was validly entered into, whether it was void from the outset because the circumstances in which it was concluded contravened the principle of good faith, or whether it was capable of being rescinded because of a defect in consent, namely misrepresentation or mistake. The answer depends, in the first place, on the rules applicable to it, in this case Egyptian civil law. As has been seen (...), these issues have already been examined and decided in the CRCICA arbitration proceedings instituted by the Claimant pursuant to the arbitration clause in the Contract. In its award of 7 March 2006, the CRCICA Arbitral Tribunal held, in particular, that there was no proof of forgery or fraud, but that it had, on the other hand, been established that Respondent had entered into the Contract while labouring under a mistake, and that, therefore, it had the right to discharge itself from it. That said, since it bore part of the responsibility for that mistake, it was only fair that it should be made to bear part of the costs incurred by Applicant. Having decided not to re-examine that decision, this Arbitral Tribunal could have limited itself to basing its ruling on the said decision. However, as has been seen (...) the Respondent refuses to submit to that decision or to accept its conclusions. The uncertainty that persists, therefore, justifies the Arbitral Tribunal in verifying, as a matter ancillary to the guarantees offered by the Agreement [the BIT], that, even if that award were to be set aside, the conclusions arrived at by this Arbitral Tribunal would be no different from those of the CRCICA Arbitral Tribunal. The fact is that, if the only conclusion to be drawn is that there were sufficient grounds for rescinding the Contract, there would be nothing left to protect.

160. There is thus no question that the Tribunal applied Egyptian law in deciding whether the Contract was properly rescinded. The Tribunal followed the analysis of the CRCICA Tribunal, which undoubtedly also applied Egyptian law. It was fully within the Tribunal's power and discretion to rely on the CRCICA Award and accept its interpretation of the applicable Egyptian law. Whether the Tribunal should have subjected specific provisions of Egyptian law to closer scrutiny and analysis, or whether the Tribunal should have invoked and examined different provisions of Egyptian law, is not a question that should be dealt with in an annulment proceeding. The Committee thus concludes that the Tribunal applied the proper law and finds no errors committed by the Tribunal in that context that were "so egregious as to amount to a failure to apply the proper law".

En cuanto a las costas, la Comisión *ad hoc* decidió que cada parte corriera con los gastos de abogados y que la parte demandante hiciera frente a las costas del proceso, al no haber tenido éxito en su reclamación.

La tercera y última decisión que interesa analizar en este epígrafe forma parte del procesolo caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2, Decisión suplementaria de 11-9-2013). Se trata, en esta ocasión, de una decisión suplementaria de anulación dictada, a petición de Chile, en el procedimiento de anulación que ya fue objeto de estudio en la Crónica publicada en el volumen 25 de esta *Revista* (véanse las páginas 72-80), relativa a la aplicación de intereses moratorios sobre las cantidades adeudadas en concepto de costos y gastos en relación con la parte no anulada del Laudo de 8-5-2008, la Decisión del tribunal sobre la revisión de 18-11-2009 y la Decisión de anulación de 18-12-2012.

En opinión del Estado la Decisión de anulación de 18-12-2012 no concretaba el periodo de devengo de los intereses moratorios establecidos, siendo necesaria una decisión suplementaria, en virtud del Artículo 49.2 del Convenio CIADI, con el propósito de que se determinara concretamente la cantidad que debía abonar a las demandantes. En particular, Chile planteó cuatro preguntas a la Comisión *ad hoc*, a saber: 1) si se deberían aplicar intereses moratorios a los montos en concepto de costas y gastos que la República estaba obligada a pagarle al inversor de acuerdo con el laudo, y, de ser así, cuál era el *dies a quo* a aplicar a los fines del cálculo de dichos intereses; 2) si las demandantes deberían pagar intereses sobre el monto de las costas del procedimiento de revisión ordenados por el tribunal y, de ser así, el *dies a quo* a aplicar a los fines del cálculo de dichos intereses; 3) si el inversor debería pagar intereses sobre el monto de las costas del procedimiento de anulación ordenadas por la Comisión de anulación y, de ser así, el *dies a quo* a aplicar a los fines del cálculo de dichos intereses; y 4) en líneas más generales, el impacto de la suspensión de la ejecución del laudo sobre los intereses que pudieran haberse devengado.

El inversor español, en cambio, argumentó que las cuestiones planteadas en la solicitud suplementaria no habían sido controvertidas en el procedimiento original de anulación, por lo que la emisión de una decisión suplementaria vulneraría el espíritu del Artículo 49.2 del Convenio CIADI y se enmarcaría en el contexto de una táctica dilatoria emprendida por Chile para eludir el pago de la indemnización. En este sentido, en el

párrafo 50, la Comisión *ad hoc* advirtió que la facultad de decidir sobre “una cuestión que (la Comisión *ad hoc*) hubiera omitido decidir previamente tenía carácter discrecional”. En línea con la decisión emitida en el caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/3), por tanto, la Comisión *ad hoc* concluyó su competencia para resolver una cuestión que hubiera sido implícitamente planteada y, en consecuencia, pasó a analizar las cuestiones formuladas por Chile a los efectos de concluir si éstas fueron expresa o implícitamente sometidas a su consideración en el procedimiento de anulación.

En cuanto a las cuestiones planteadas por Chile relacionadas con el laudo, la Comisión *ad hoc* de anulación estableció:

“69. En su Solicitud de Decisión Suplementaria, la Demandada plantea preguntas respecto de la implementación del Laudo que no fueron planteadas al Comité durante el Procedimiento de Anulación. En efecto, la Demandada jamás planteó una causal de anulación fundada en que el Tribunal hubiera ordenado el pago de intereses moratorios. Si bien solicitó la anulación del Laudo en su totalidad, no planteó específicamente la cuestión de los intereses posteriores a un laudo.

70. Asumiendo, a los fines del análisis, que esta cuestión pudiera encontrarse subsumida en las cuestiones relativas a las consecuencias de una anulación parcial, el Comité recuerda que fue muy claro respecto de las consecuencias de la anulación parcial dispuesta por éste. El párrafo 4 de la parte operativa de la Decisión sobre Anulación dispone lo siguiente: “4. Constata que los párrafos 1 a 3 y 5 a 8 de la parte dispositiva, así como también el cuerpo del Laudo, a excepción de la Sección VIII, son cosa juzgada”.

71. Para facilitar la referencia, el Comité reproduce los párrafos 5 a 7 de la parte dispositiva del Laudo: “5. exige a la Demandada que contribuya a las costas y gastos incurridos por las Demandantes, con un importe de US\$2.000.000 (dos millones); 6. decide que las costas del procedimiento serán soportadas por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes; y en consecuencia, ordena a la Demandada que pague a las Demandantes la suma de US\$1.045.579,35; 7. ordena a la República de Chile que proceda al pago de las sumas que figuran en la presente parte dispositiva (puntos 4, 5 y 6) en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo, de lo contrario, se aplicará al importe un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago”.

72. Claramente, el Tribunal ordenó el pago de intereses posteriores al Laudo a devengarse desde el 8 de mayo de 2008, fecha de envío del Laudo a las partes, hasta el pago completo. El Tribunal no incluyó en su Laudo ninguna circunstancia por la cual la Demandada pudiera quedar eximida de su obligación de pagar intereses. Por consiguiente, el Comité, al que no se le había planteado ninguna cuestión respecto de los intereses moratorios, confirmó el efecto de cosa juzgada de aquellas partes del Laudo que no habían sido anuladas, incluido el párrafo 7 de la parte dispositiva del Laudo.

73. El Comité se inclina a pensar que la Demandada verdaderamente está solicitando una interpretación del Laudo, más que una decisión del Comité respecto de cuestiones que hubiera omitido decidir.

74. La interpretación de un laudo se encuentra disponible para asistir a las partes con una cuestión de relevancia práctica para una implementación del laudo. No obstante, de

conformidad con el Artículo 50 del Convenio, una solicitud de interpretación debe presentarse ante el tribunal que dictó el laudo.

75. Además, las decisiones de anulación no están sujetas a interpretación de conformidad con el Convenio. El Comité señala que el Artículo 50 del Convenio, que prevé la interpretación del laudo, se encuentra excluido de la lista de disposiciones del Convenio que se aplican “mutadis mutandis” a los procedimientos de anulación.

76. En la opinión del Comité, esta exclusión, en el contexto de uno de los objetos centrales del Convenio, a saber, el carácter definitivo de los laudos, se encuentra plenamente justificada. De otra forma, este carácter definitivo podría tornarse incierto, lo cual contravendría el espíritu de los redactores del Convenio.

77. Tal como lo establece el Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación, “[l]os distintos recursos previstos por el Convenio del CIADI reflejan la elección deliberada de los redactores del Convenio respecto de garantizar el carácter definitivo de los laudos.

78. Puesto que no existe posibilidad de interpretación de una decisión de anulación, de ello se desprende que no es posible la interpretación de un laudo por parte de un comité que ya ha dictado su decisión de anulación.

79. Por todo lo expuesto, se desestima la Solicitud de Decisión Suplementaria de la Demandada en relación con estas cuestiones”.

Por lo que respecta a las cuestiones planteadas relativas al procedimiento de revisión, señaló la Comisión *ad hoc* de anulación:

“85. Por los motivos que se exponen a continuación, el Comité considera que no es competente para resolver estas cuestiones.

86. El Artículo 52 del Convenio establece que un comité solo puede revisar un laudo. El Comité considera que, con arreglo a la Regla de Arbitraje 50(3)(b)(i), si el laudo es seguido de una revisión, la anulación deberá remitirse al laudo modificado. No obstante, no se puede anular una decisión que desestimó una solicitud de revisión, que es lo que se plantea en este caso.

87. El Comité concuerda con las Demandantes en que Chile podría haber planteado estas cuestiones al Tribunal dentro de los 45 días desde el dictado de la Decisión de Revisión si hubiera reclamado dichos intereses moratorios durante el Procedimiento de Revisión. El Comité también concuerda con las Demandantes en que el expediente no muestra claramente si la Demandada solicitó dichos intereses.

88. Por consiguiente, se desestima la Solicitud de Decisión Suplementaria de la Demandada en relación con dichas cuestiones”.

Asimismo, en torno a los intereses derivados del procedimiento de anulación, otra de las cuestiones sobre las que Chile había insistido, la Comisión *ad hoc* afirmó:

“93. El Comité señala que, en su Memorial de Anulación, la República le solicitó al Comité que “le reconozca a la República de Chile todos los costos y gastos asociados con este Procedimiento de Anulación, incluidos los honorarios de letrados, y todos los honorarios y costos incurridos en relación con las objeciones a la ‘admisibilidad’ presentadas por las Demandantes al inicio del procedimiento”.

94. En su Réplica sobre Anulación, Chile solicitó al Comité que “exonerar a la República de Chile de los costes, honorarios y expensas incurridos en el presente procedimiento de anulación”. Si bien la Demandada agregó un comentario acerca de por qué correspondía ordenar el pago de costas, no reclamó intereses posteriores a la decisión en relación con las costas que se le ordenara pagar a las Demandantes por el Procedimiento de Anulación.

95. De lo anterior se desprende claramente que Chile no solicitó expresamente al Comité que ordenara el pago de intereses sobre las costas, y ésta es la conclusión del Comité.

96. El Comité concluye asimismo que las palabras de la República “exonera[ción] [...] de los costes ...”, al solicitar el resarcimiento, no pueden considerarse como solicitud implícita al Comité de que ordene el pago de intereses.

97. Por tal motivo, se desestima la Solicitud de Decisión Suplementaria de la Demandada en relación con estas cuestiones”.

En respuesta a la pregunta planteada por Chile, que tenía por objeto determinar si el periodo de devengo de intereses se había interrumpido en algún momento:

“103. El Comité reconoce que, si la República hubiera formulado esta cuestión durante el Procedimiento de Anulación, el Comité podría haber determinado el impacto de la suspensión de la ejecución –ordenada durante la sustentación del Procedimiento de Anulación– sobre el devengo de los intereses.

104. No obstante, el Comité considera que la República no planteó esta pregunta específica, que tampoco puede considerarse implícita, de modo tal que no es posible emitir una decisión suplementaria ahora.

105. En tal sentido, el Comité recuerda que abordó específicamente esta materia en su Decisión del 5 de mayo de 2010, acerca de la Solicitud de Suspensión de la Ejecución del Laudo presentada por la República de Chile, donde señaló: “32. Es un hecho que, debido a la Solicitud, el cumplimiento del Laudo (suponiendo que la Solicitud no llegare a tener éxito) será demorado. Según el Comité, ése es el único perjuicio que las Demandantes pueden argumentar. Pero, la disposición de intereses compuestos en la parte dispositiva del Laudo compensa a las Demandantes de manera adecuada por la demora”.

106. El Comité señala asimismo que la República misma apoyó esta posición en soporte de su solicitud de suspensión. La República alegó expresamente que las Demandantes no se verían perjudicadas por una suspensión: “since the Award provides for the granting of compound interest until the date of actual payment on the amount granted. In this regard, the MTD Committee held that ‘... in the Committee’s view Chile has demonstrated that MTD will not be prejudiced by the grant of a stay, other than in respect of the delay which is, however, incidental to the Convention system of annulment and which can be remedied by the payment of interest in the event that the annulment application is unsuccessful”.

107. Por consiguiente, los intereses continuaron devengándose sobre las sumas adeudadas conforme al Laudo durante la suspensión de la ejecución.

108. Muchos comités *ad hoc* han manifestado que si un laudo ordena el pago de intereses, en especial, intereses compuestos, hasta la fecha efectiva de pago, era lógico denegar una solicitud de la demandada de presentar garantía a los fines de una suspensión.

109. Por ejemplo, en el caso *CMS c. Argentina*, el comité concluyó: “Teniendo en cuenta este compromiso, el Comité opina que Argentina ha demostrado que CMS no se verá perjudicada por la decisión de mantener la suspensión, salvo en lo que hace a la demora que es, no obstante, incidental al sistema de anulación previsto en el Convenio y que puede repararse mediante el pago de intereses en caso de que la Solicitud no prospere”.

110. En *Azurix Corp. c. Argentina*, el comité explicó que “el factor determinante radica en establecer si a la demora compensada por los intereses se agrega aquí algún factor que milite a favor de la imposición de una garantía de pago, que se añada y que esté por encima de la representada por los compromisos asumidos por Argentina en el marco del Convenio del CIADI”. En tal sentido, el comité concluyó que “el Comité no admite que Azurix experimente otro perjuicio que el consistente en los esfuerzos y gastos necesarios para oponerse a la solicitud de anulación y en la tardanza en recibir los fondos que hayan de pagársele, los cuales no son del tipo que justifican la imposición del otorgamiento de una garantía. El pago de intereses compensa los perjuicios de la demora”.

111. En respuesta al argumento de la República respecto de que salió victoriosa en el Procedimiento de Anulación y que el resarcimiento en forma de intereses no había sido planteado, el Comité señala que la Demandada sólo salió parcialmente victoriosa. Entre las porciones del Laudo que no fueron anuladas se incluye el párrafo 7 de la parte dispositiva, citado *supra* en la presente decisión.

112. Por último, la República aduce que la aplicación de intereses moratorios durante el Procedimiento de Revisión sería ilógica dado que, por un lado, este fue iniciado por las Demandantes y, por el otro, las Demandantes no se impusieron en este procedimiento.

113. Este argumento no convence al Comité. No existe fundamento para diferenciar entre una suspensión otorgada durante un procedimiento iniciado por una parte y una suspensión otorgada de conformidad con un procedimiento iniciado por el beneficiario de la suspensión.

114. En lo que respecta específicamente al Procedimiento de Revisión, en efecto fue instituido por las Demandantes, pero fue la Demandada quien solicitó la suspensión. Chile fue quien optó por solicitar la suspensión, y el Comité señala que la República podría haber solicitado una suspensión parcial del Laudo y pagar los montos adeudados en carácter de costas y gastos. El Procedimiento de Revisión concernía determinadas secciones del Laudo y las conclusiones en materia de responsabilidad y daños, pero no las costas.

115. El Comité concluye que la República debe pagar a las Demandantes las sumas adeudadas conforme a los párrafos 5 a 7 de la parte operativa del Laudo que constituyen cosa juzgada.

116. A fin de despejar cualquier posible duda, esto significa que Chile debe pagar intereses compuestos calculados a una tasa anual del 5% sobre la suma de USD 2.000.000,00 y USD 1.045.627,78 (sumas determinadas por el Tribunal en su Laudo, ajustadas por el CIADI en abril de 2013), desde el 8 de mayo de 2008 hasta el 19 de junio de 2013, fecha en que Chile pagó el principal del monto adeudado menos las sumas debidas por las Demandantes. Asimismo, los intereses acumulados (desde el 8 de mayo de 2008 al 19 de junio de 2013) continuarán devengando intereses compuestos hasta la fecha de total cancelación”.

Al desestimarse todas las pretensiones planteadas por Chile, la Comisión *ad hoc* de anulación decidió asignarle el pago de la totalidad de las costas procesales, repartiendo entre las partes el pago de sus propias costas y gastos de representación procesal.

VI. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES¹²

Durante el año 2013 asistimos a dos circunstancias distintas en relación con la ejecución de laudos arbitrales derivados de arbitrajes de inversión que merecen la atención de esta Crónica. Por un lado, la interposición de varias solicitudes de ejecución forzosa de laudos arbitrales no honrados por Estados que habían sido condenados al pago de diversas cantidades a inversores extranjeros y, por otro lado, e íntimamente relacionado con lo anterior, el cumplimiento voluntario de varios laudos arbitrales luego de insistentes solicitudes de ejecución forzosa de los mismos por parte de los inversores beneficiarios.

1. Ejecución forzosa de laudos arbitrales de inversión

Al tratar el tema de la ejecución forzosa de laudos arbitrales en arbitrajes de inversión surge rápidamente la distinción clásica (y muy relevante en la práctica forense) entre los laudos dictados por tribunales arbitrales del CIADI y los demás laudos dictados al amparo de otros reglamentos de arbitraje, incluidos los del Mecanismo Complementario del CIADI (véase RUEDA GARCÍA, J.Á.: “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, 2014, pp. 414-430, esp. pp. 416-421).

En el apartado de casos CIADI, el año 2013 dejó dos grupos de decisiones judiciales, uno en España y otro en los Estados Unidos de América, que remarcaron el contenido y la aplicación del Artículo 54.2 del Convenio CIADI, respectivamente, en cuanto a la innecesidad de un exequátur previo para abrir la ejecución forzosa de las obligaciones pecuniarias insertas en un laudo CIADI en un Estado Contratante del Convenio y en cuanto a la ausencia de inmunidad de jurisdicción del Estado deudor en el procedimiento judicial de ejecución forzosa del laudo arbitral.

Por el lado de España, destaca sobremanera la ejecución forzosa del laudo arbitral dictado en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/97/2), según todo parece indicar la primera vez que en España se insta la ejecución forzosa de un laudo CIADI. En este supuesto el Juzgado de Primera Instancia n° 101 de Madrid dictó el 6-3-2013 un Auto con orden general de ejecución y un Decreto con medidas de ejecución a instancia de la demandante para lograr la ejecución forzosa en España de ciertas obligaciones pecuniarias incluidas en el Laudo de 8-5-2008.

Dejando al margen la complejidad del asunto subyacente, que ha batido todos los récords de duración de un procedimiento arbitral CIADI y que, según parece, va a seguir abierto durante más años, destacaremos que el Juzgado de Primera Instancia n° 101 de Madrid acertó al no exigir ningún exequátur para el laudo antes de ordenar su ejecución forzosa, tal y como se establece en el Artículo 54.2 del Convenio CIADI:

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

“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. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General”.

De este modo, el Juzgado procedió a dictar el correspondiente Auto con orden general de ejecución el 6-3-2013 y en su parte dispositiva estableció sencillamente:

“Se despacha ejecución por importe de 3.045.579,35 \$ USA en concepto de principal, más 783.584,30 \$ USA de intereses ordinarios y moratorios vencidos, más otros 1.146.467 \$ USA euros [sic] que se fijan provisionalmente en concepto de intereses en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y las costas de ésta, sin perjuicio de su posterior liquidación”.

Debemos señalar que el Auto carece de un análisis específico del alcance del Artículo 54.2 del Convenio CIADI. Se conoce que los demandantes presentaron sin más ante el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid una demanda ejecutiva acompañada de una copia certificada del laudo. Según se desprende del Auto, el Juzgado consideró que el laudo CIADI (aunque sin referencia expresa a su certificación por el Secretario General del Centro) era un título ejecutivo de los comprendidos en el Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC):

“...y siendo el título que se acompaña susceptible de ejecución, de conformidad con el artículo 517 de la L.E.C.”.

En este punto entendemos que el Juzgado se estaba refiriendo en concreto al Artículo 517.2.2º LEC, que dispone lo siguiente:

“Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

Y ello en relación con el Artículo 523.1 LEC (en este último caso por remisión al Convenio CIADI):

“Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional”.

El punto de interés es que implícitamente el Juzgado resolvió que el título ejecutivo susceptible de ejecución forzosa vendría conformado por el laudo arbitral CIADI más la certificación del Secretario General del CIADI que lo acompaña como portada. En este sentido, los laudos CIADI se asemejan a varios títulos judiciales que en el contexto de la UE no necesitan de una declaración de ejecutividad previa a su ejecución forzosa en un Estado Miembro distinto del Estado del tribunal que lo dictó.

Como indicamos anteriormente, el Auto fue acompañado el mismo día por un Decreto del Secretario Judicial, dictado al amparo del Artículo 551.3 LEC, con las medidas concretas de ejecución ordenadas contra Chile que fueron consideradas procedentes para la ejecución del laudo, así como un requerimiento a la ejecutada para que en el plazo de diez días manifestase “relacionadamente” bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución. Respecto de las medidas ejecutivas el Juzgado ordenó:

“El embargo de los bienes propiedad de la ejecutada, designados por la ejecutante, en concreto:

- a) Embargo de las cantidades que corresponden a la República de Chile (...) Líbrense el oportuno oficio.
- b) El embargo de fondos o créditos que (...) a favor del Estado de Chile.
- c) El embargo del saldo existente (...) a favor de la demandada, librándose al efecto los despachos necesarios para su efectividad”.

En este sentido es necesario recordar que el Convenio CIADI no se pronuncia sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad de ejecución de la que puedan gozar los bienes del Estado contra el que se haya dictado un laudo CIADI y que pueda hacer valer en trámite de la oposición a la ejecución forzosa del laudo. En efecto, el Artículo 55 del Convenio CIADI establece como sigue:

“Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

Por lo tanto, son las normas vigentes en España sobre inmunidad de ejecución de bienes de Estados extranjeros las que determinan si los activos señalados por los ejecutantes están o no amparados por la inmunidad de ejecución y, por tanto, si son susceptibles de ejecución forzosa en España. Lamentablemente, en la versión del Decreto que ha sido publicada figuran censurados los bienes contra los que se despachó ejecución (entre corchetes en la cita *supra*), por lo que desconocemos si efectivamente estaban o no sujetos a la inmunidad de ejecución y si Chile la alegó como defensa.

Por último, es importante reflexionar sobre la cuestión del tribunal competente para conocer de la solicitud de ejecución forzosa del laudo. En este asunto entendemos que esta cuestión fue analizada por el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid bajo el Artículo 955.III LEC. Esta disposición, redactada en su versión vigente a la fecha de la solicitud conforme a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (*BOE*, 21-5-2011), distingue entre: 1) la competencia objetiva para conocer del reconocimiento del laudo (exequátur), que por la Ley 11/2011 fue encomendada a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y 2) la competencia objetiva para el despacho de la ejecución, que pertenece a los Juzgados de Primera Instancia:

“La competencia para el reconocimiento de los laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, corresponde, con arreglo a los criterios que se establecen en el párrafo primero de este artículo, a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, sin

que quepa ulterior recurso contra su decisión. La competencia para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, con arreglo a los mismos criterios”.

En este caso los demandantes obviaron la primera parte del Artículo, en tanto que no era necesario ningún exequátur en España para la ejecución forzosa del laudo, como hemos explicado; y abrieron directamente ésta última ante un Juzgado de Primera Instancia. Por otro lado, la competencia territorial, en tanto que la demandada en el laudo y en el procedimiento de ejecución forzosa era Chile, debe entenderse otorgada al Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid por el Artículo 955.I *in fine* LEC, que se refiere al:

“lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones [y los laudos y resoluciones arbitrales extranjeros] deban producir sus efectos”.

Las consideraciones anteriores se explican porque, hasta la fecha, España no ha llevado a cabo ninguna designación del tribunal estatal competente para conocer de la ejecución forzosa de los laudos CIADI. Esa designación es, a la luz del Artículo 54.2 del Convenio CIADI, potestativa para cada Estado Contratante puesto que, si no hay autoridad designada, siempre quedan a disposición de los interesados los “tribunales competentes”. Por ello, resulta necesario señalar como novedad (aun cuando se haya producido después de 2013) que el 4-4-2014, pocos días antes del cierre de esta Crónica, ha sido publicado por el Ministerio de Justicia el Anteproyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que en este punto contiene dos disposiciones de gran relevancia.

Por un lado, la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo del conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con “El reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en procedimientos arbitrales para la resolución de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (Artículo 75.2.h) del Anteproyecto); y, por otro lado, la atribución de la competencia objetiva para esa función, en única instancia, a la nueva Sala de lo Contencioso-Administrativo Superior de la Audiencia Nacional (Artículo 109.1 *in fine* del Anteproyecto).

Llama la atención a primera vista que el Anteproyecto no distinga entre laudos arbitrales CIADI y no CIADI, en tanto que parece considerar que cualquier laudo de inversiones necesita un reconocimiento previo en España para su ejecución forzosa (lo que desmiente el Artículo 54.2 del Convenio CIADI); ni tampoco, entre laudos arbitrales dictados contra España o contra terceros Estados; puesto que, como hemos visto, la ejecución forzosa de un laudo CIADI contra Chile en España se ha llevado sin sobresaltos ante el orden jurisdiccional civil y porque, por definición, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conoce de temas relacionados con las administraciones públicas españolas (Artículo 106 de la Constitución española y Artículo 75.1 del Anteproyecto).

En otro orden de cosas, en los Estados Unidos de América la US Court of Appeals for the Second Circuit dictó el 19-8-2013 una sentencia confirmando una orden de la US District Court for the Southern District of New York de 30-9-2012 en el intento de

ejecución forzosa del laudo arbitral del caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8).

Comenzaremos señalando que *Blue Ridge Investments, LLC*, filial de un banco estadounidense, adquirió en 2008 el laudo emitido por un tribunal arbitral CIADI el 12-5-2005, que fue leve y parcialmente anulado por una decisión de una Comisión *ad hoc* el 25-9-2007. En su calidad de cesionario *Blue Ridge* instó en 2010 la ejecución forzosa del laudo en un juzgado federal de Nueva York (“petition to confirm the award”), a lo que se opuso Argentina alegando varias excepciones. La sentencia aquí comentada desestimó el recurso de apelación presentado por Argentina contra la decisión de instancia que, además de los puntos analizados a continuación en esta Crónica, trató asimismo de la legitimación activa de *Blue Ridge* y de la inexistencia de caducidad de la acción de la ejecutante.

El interés de esta sentencia radica en las consideraciones efectuadas por la US Court of Appeals sobre la ausencia de inmunidad de jurisdicción de Argentina en el procedimiento judicial de ejecución forzosa del laudo arbitral. La corte se basó en concreto en la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (en adelante, FSIA) (28 U.S.C. §1605) y en la abundante jurisprudencia que ha tratado este tema en los Estados Unidos de América, que ha interpretado la FSIA en el sentido de que “establishes a general rule of immunity from the jurisdiction of the courts in the United States, except as provided by certain statutory exceptions”.

En primer lugar, la US Court of Appeals entendió aplicable la llamada “implied waiver exception” que se recoge en el Artículo 1605.a.1) y 2) de la FSIA:

“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, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver (...)”.

Para la US Court of Appeals se deduce que Argentina renunció a su inmunidad de jurisdicción por el hecho de convertirse en Estado Contratante del Convenio CIADI. En particular, siguiendo razonamientos aplicados con anterioridad sobre el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (*BOE*, 11-7-1977) por la misma US Court of Appeals, la corte coincidió con la District Court en que Argentina, al ser parte del Convenio CIADI, había admitido la posibilidad de que se llevara a cabo la ejecución forzosa de un laudo en un tercer Estado Contratante del Convenio:

“The provisions of the ICSID Convention require us to reach the same conclusion here. As the District Court noted, “[p]ursuant to Article 54 of the Convention, [e]ach Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to th[e] 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.” (...) In light of the enforcement mechanism provided by the ICSID Convention, we agree with the District Court that Argentina “must have contemplated enforcement actions in other [Contracting] [S]tates,” including the United States. (...)”.

En segundo lugar, la US Court of Appeals también aplicó al caso la llamada “arbitral award exception” que figura en el Artículo 1605.a.6) de la FSIA:

“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 award made pursuant to (...) 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”.

En este sentido, la US Court of Appeals consideró que Argentina había acordado el sometimiento de la disputa al arbitraje CIADI, cuyo tratado constitutivo contiene disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, lo que fue tomado en cuenta para entender la existencia de una renuncia a la inmunidad de jurisdicción:

“To our knowledge, every court to consider whether awards issued pursuant to the ICSID Convention fall within the arbitral award exception to the FSIA has concluded that they do (...) We agree. Indeed, inasmuch as (1) the Award was issued pursuant to the ICSID Convention, which is “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), and (2) the United States and Argentina are both parties to the ICSID Convention, (...) Argentina’s agreement to submit its dispute to arbitration under the ICSID Convention constituted a waiver of immunity from suit pursuant to 28 U.S.C. § 1605(a)(6)(B)”.

En consecuencia, la US Court of Appeals confirmó la orden de instancia y remitió los autos a la District Court para que prosiguiera el procedimiento de ejecución forzosa. Finalmente, en relación con esta sentencia es necesario realizar dos comentarios adicionales. De un lado, destacaremos que el trámite de ejecución forzosa de este laudo arbitral quedó aparentemente afectado por el acuerdo transaccional al que llegó, entre otros, el tenedor del laudo con Argentina y que se comenta *infra* en sede de ejecución voluntaria de laudos. De otro lado, hemos de colocar este caso como ejemplo de la consolidada práctica entre los inversores internacionales de solicitar ejecuciones forzosas de laudos CIADI ante tribunales federales estadounidenses (en Nueva York y Washington, DC). Así, entre los ejemplos más recientes está en 2012 el caso *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. Perú* (Caso CIADI n° ARB/03/28), mientras que en 2013 están los casos *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (Caso CIADI n° ARB/07/29) y *Railroad Development Corporation c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/07/23). De hecho, esta sentencia de 19-8-2013 llegó a sus conclusiones basándose en la jurisprudencia sobre ejecución forzosa de laudos CIADI en tribunales estadounidenses como los de *Continental Casualty Co. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9), *B.H. Funnekotter y otros c. Zimbabwe* (Caso CIADI n° ARB/05/6) y *Waguig E.G. Siag y otra c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/05/15). Recordemos que esta práctica de acudir a los tribunales estadounidenses se inició en 1986 con la solicitud de ejecución forzosa del laudo arbitral del caso *LETSCO c. Liberia* (Caso CIADI n° ARB/83/2), también mencionado en la sentencia de 19-8-2013 como precedente de la aplicación de la “implied waiver exception”.

Todas esas ejecuciones forzosas se solicitaron siempre contra Estados distintos al del foro (algo totalmente permitido por el Artículo 54 del Convenio CIADI, como hemos visto en los casos *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* y *CMS Gas Transmission Company/Blue Ridge c. Argentina*) y por parte de inversores tenedores de laudos que no siempre tenían nacionalidad estadounidense pero que entendían que los Estados condenados tendrían en territorio estadounidense bienes susceptibles de cubrir el importe de los respectivos laudos arbitrales.

2. Ejecución voluntaria de laudos arbitrales de inversión

Dado que está íntimamente relacionado con el caso anterior, debemos destacar en el plano de las ejecuciones voluntarias de laudos el importante acuerdo transaccional alcanzado en octubre de 2013 entre Argentina y los tenedores de cinco laudos arbitrales de inversiones.

Como indicamos en la Crónica de 2012, Argentina mantuvo durante varios años una posición de rechazo del cumplimiento voluntario de laudos arbitrales de inversión (tanto CIADI como no CIADI) y de exigencia a sus acreedores para que presentaran solicitudes de ejecución forzosa de los laudos ante los tribunales estatales argentinos. Esto provocó que los Estados Unidos de América impusieran medidas de retorsión económica con el fin de lograr que Argentina finalmente pagara los laudos arbitrales pendientes (al menos aquellos en los que los demandantes fueran inversores estadounidenses). La situación se complicó sin duda para Argentina al decretar en abril de 2012 la nacionalización sin indemnización de la mayoría de las acciones que la compañía española *Repsol* tenía en la petrolera local *YPF*, lo que generó una gran batalla legal internacional que incluyó la interposición de una solicitud de arbitraje ante el CIADI (Caso CIADI n° ARB/12/38).

En esas circunstancias Argentina optó por regularizar la situación para generar confianza en los mercados y poder atraer nuevas inversiones extranjeras. Argentina llegó a una transacción para el abono de cinco laudos arbitrales pendientes que elevó a rango normativo mediante la Resolución n° 598/2013, de 8 de octubre, del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la República Argentina, por la que se aprueba un modelo de convenio denominado “Acuerdo Transaccional” entre Argentina y los acreedores de cinco laudos arbitrales de inversiones (*BORA*, 18-10-2013). Los beneficiarios de la medida fueron: 1) *Blue Ridge Investments L.L.C.* (Estados Unidos de América), en su carácter de actual titular del reclamo del laudo del caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8, de 12-5-2005); 2) *CC-WB Holdings LLC* (Estados Unidos de América), en su carácter de actual titular del reclamo del laudo del caso *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9, de 5-9-2008); 3) *Vivendi Universal S.A. y Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (Francia/Argentina)*, en su carácter de titulares del reclamo del laudo del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes “Compagnie Générale des Eaux”) c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3, de 20-8-2007); 4) *Azurix Corp.* (Estados Unidos de América), en su carácter de titular del reclamo del laudo del caso *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/12, de 14-7-2006); y 5) *NG-UN*

Holdings LLC (Estados Unidos de América), en su carácter de actual titular del reclamo del laudo del caso *National Grid P.L.C. c. Argentina* (Caso CNUDMI (1976), de 3-11-2008).

Los cinco laudos arbitrales habían resistido todos los intentos de anulación de Argentina, los cuatro laudos CIADI ante sendas Comisiones *ad hoc* bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI y el laudo de *National Grid* ante los tribunales estadounidenses por cuanto la sede del arbitraje fue Washington, DC.

Como transacción que es, cada parte renunció a parte de sus pretensiones. Argentina dejó de resistirse a cumplir los laudos, acatando definitivamente las resoluciones de los cinco tribunales arbitrales internacionales que habían determinado la infracción de disposiciones de protección de inversiones exteriores contenidas en los APPRI celebrados con los Estados Unidos de América (*CMS*, *Continental Casualty* y *Azurix*), Francia (*Vivendi*) y Reino Unido (*National Grid*). Como indica el preámbulo del modelo de Acuerdo Transaccional que Argentina firmaría con cada acreedor (anexo a la Resolución n° 598/2013):

“(…) la suscripción por parte de la República Argentina de este Acuerdo constituye un acto de gobierno que materializa la voluntad de cumplir con las obligaciones internacionales de la República Argentina, reconociendo a la vez las circunstancias especiales de cada caso, tal como constituye en el presente la voluntad de las Partes de solucionar y finalizar todos los reclamos existentes entre las mismas con respecto a los Reclamos Arbitrales (tal como se definen más abajo) en las condiciones pactadas, mediante los mecanismos y las condiciones particulares que por el presente se establecen”.

No obstante, Argentina introdujo una declaración de no reconocimiento de responsabilidad en la cláusula Tercera del modelo de Acuerdo Transaccional:

“No Reconocimiento de Derechos: Ninguna disposición del presente Acuerdo debe entenderse como reconocimiento de cualquier reclamo efectuado por cualquiera de las Partes durante la sustanciación del arbitraje del cual derivara el Laudo ni de ningún proceso vinculado al mismo. Sin perjuicio de lo expuesto y en la medida permitida por el derecho aplicable, ambas Partes (incluyendo las subsidiarias y/o afiliadas de la Empresa) renuncian a ejercer cualquier derecho o acción que les pudiera asistir para reclamar a la otra parte, el pago de daños y perjuicios o cualquier otro concepto directamente relacionado con los Reclamos Arbitrales”.

Por otra parte, los inversores aceptaron una quita en el pago así como la recepción del pago no en dinero en una divisa libremente convertible (dólares estadounidenses) sino mediante títulos de deuda pública argentina y con plazo de repago. Como indica la cláusula Primera (“Obligaciones recíprocas”) del modelo de Acuerdo Transaccional:

“a) La República Argentina se obliga a entregar a la Empresa títulos públicos denominados BONOS DEL GOBIERNO NACIONAL EN DOLARES ESTADOUNIDENSES SIETE POR CIENTO (7%) p.a. 2015 (Código ISIN: ARARGE03F144 - Código CVSA: 5433) (“Boden 2015”), por un valor nominal de DOLARES ESTADOUNIDENSES [_____(V.N. U\$S[_____])] y títulos públicos denominados BONO DE LA NACION ARGENTINA EN DOLARES ESTADOUNIDENSES 7% 2017 (BONAR X)

(Código ISIN: ARARGE03F441 - Código CVSA: 5436) por un valor nominal de DOLARES ESTADOUNIDENSES [_____(V.N. U\$S [_____]]), (“Bonar X”, y en conjunto con los Bodén 2015, los “Títulos Públicos”) como pago único y definitivo del Laudo, en la fecha de celebración del presente Acuerdo, depositando los mismos en la cuenta identificada en el Anexo [VI] (la “Cuenta”).

Según el preámbulo de la Resolución nº 598/2013, la quita ascendería a al menos el 25% del total reclamado:

“(…) las empresas reajustan sus pretensiones indemnizatorias de manera tal que el valor nominal de los títulos públicos de deuda que se entreguen deberá representar un monto consolidado inferior en, por lo menos el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del total del valor reclamado incluyendo los intereses del conjunto de los laudos”.

Los inversores también se comprometieron a suscribir una emisión de deuda pública argentina adicional (de nuevo cláusula Primera del modelo de Acuerdo Transaccional):

“b) Adicionalmente, el mismo día en que se acrediten los Títulos Públicos en la Cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a), la Empresa se compromete a suscribir o a hacer suscribir por su cuenta y orden y de conformidad con lo dispuesto en el Anexo [VII] del presente Acuerdo (el “Procedimiento de Suscripción”), títulos denominados “Bono Argentino de Ahorro para el Desarrollo Económico -Registrable” (BAADE) (Código ISIN ARARGE03H363 - Código CVSA: 5456) (los “Bonos BAADE”) por un total de DOLARES ESTADOUNIDENSES [_____(U\$S [_____])] o, sujeto a lo dispuesto en el Procedimiento de Suscripción, Bonar X adicionales a los previstos en el apartado a) de esta cláusula”.

Según el preámbulo de la Resolución 598/2013, el compromiso de suscripción de bonos BAADE debería ascender a al menos el 10% del total reclamado:

“(…) se comprometerán a suscribir “BONOS ARGENTINOS DE AHORRO PARA EL DESARROLLO ECONOMICO (BAADE)” registrables, originalmente emitidos en el marco de lo dispuesto por la Ley Nº 26.860, por medio de la Resolución Nº 256 de fecha 11 de junio de 2013 del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS por una suma equivalente a, por lo menos, el DIEZ POR CIENTO (10%) de los montos reclamados o, alternativamente, a realizar una inversión equivalente en otro instrumento de deuda pública de la REPUBLICA ARGENTINA”.

A cambio de todo lo anterior, los inversores recibieron un compromiso de exención tributaria (cláusula Séptima):

“Tributos: La República Argentina, de acuerdo al artículo 36 bis de la Ley Nº 23.576 y sus modificaciones, no aplicará tributo ni retención alguna (incluyendo cualquier impuesto a la transferencia, a los ingresos, ganancias o ganancias de capital) sobre (a) la recepción de los Títulos Públicos, (b) sobre la suscripción por parte de la Empresa de Bonos BAADE o Bonos Bonar X y (c) sobre cualquiera de los pagos o acto de disposición relacionados con ellos (en su caso, capital, intereses, venta, transferencia o rescate); como así tampoco sobre los conceptos que dieron origen a los pagos que se realizarán por el presente, en el caso que se trate de beneficiarios no residentes en el país. Cualquier otra transacción contemplada en este Acuerdo o la ejecución de cualquier derecho bajo el mismo se regirá por la legislación tributaria vigente en la República Argentina”.

Como es lógico en los contratos de transacción, las partes también acordaron renunciar a cualquier otra reclamación que pudieran tener la una contra la otra y a mantener su indemnidad (cláusula Segunda) y a terminar los procesos judiciales pendientes (cláusula Cuarta); recuérdese en este último punto la ejecución forzosa del laudo de *CMS Gas Transmission/Blue Ridge* ante los tribunales estadounidenses.

Finalmente, el modelo de Acuerdo Transaccional contenía dos cláusulas de especial interés en el contexto de la posición de Argentina sobre la protección de las inversiones exteriores. De un lado, en la cláusula Quinta el inversor correspondiente se comprometió a advertir a su Gobierno de la existencia del Acuerdo Transaccional, una disposición especialmente pensada para conseguir el levantamiento de las medidas de retorsión económica impuestas a Argentina y prevenir eventuales vetos o decisiones desfavorables en foros internacionales multilaterales contra el Gobierno:

“Compromiso de Notificación y Desistimiento: A partir de la entrada en vigencia de este Acuerdo, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Novena, la Empresa se compromete a notificar el contenido del Acuerdo al gobierno de [____] y a desistir, en la medida aplicable, de toda acción, ya sea administrativa, judicial o del tipo que sea, relacionada con los Reclamos Arbitrales que pudiera haber iniciado ante cualquier órgano o dependencia de dicho gobierno”.

De otro, la elección en la cláusula Décima de la ley argentina como aplicable al Acuerdo Transaccional y de los tribunales estatales argentinos para la sumisión de disputas derivadas de dicho Acuerdo:

“Jurisdicción y Ley Aplicables: El presente Acuerdo se rige por las leyes de la República Argentina. Para todos los efectos del presente Acuerdo, una vez que haya entrado en vigencia, las Partes se someten a la jurisdicción de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal de la República Argentina”.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En este epígrafe se exponen algunas consideraciones de interés para la práctica española y europea reciente en materia de protección de las inversiones extranjeras y, en particular, se comenta una cuestión más específica, la denuncia del APPRI celebrado entre España y Sudáfrica (*BOE*, 31-1-2000).

1. Desarrollos en la práctica española y europea en materia de protección de las inversiones extranjeras¹³

Una de las cuestiones que más comentarios ha suscitado durante el año 2013, desde la perspectiva de la práctica española, ha sido el registro de varios arbitrajes de inversiones contra España en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, a propósito de los cambios normativos experimentados en los últimos años en el sector de las energías

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

renovables. En particular, tres de ellos han sido registrados ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (*Charanne (the Netherlands) y Construction Investments (Luxembourg) c. España; Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España; y CSP Equity Investment S.à.r.l. c. España*) y otros tres ante el CIADI (*RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España; Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España; y Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. c. España*).

Conviene advertir que, además de estos litigios iniciados en el año 2013, ya en el año 2011 se registró, bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el primer arbitraje de inversiones contra España relacionado con las energías renovables (*AES, Solar, Ampere Equity Fund, Element Power, Eoxis Energy, European Energy, Foresight Group, GreenPower Partners, GWMLux Energia Solar, HgCapital, Hudson Clean Energy, Impax Asset Management, KGAL GmbH & Co., NIBC Infrastructure Partners, Scan Energy y White Owl Capital c. España*). Por el momento, esta controversia todavía se encuentra en la fase de jurisdicción, después de que el tribunal decidiera bifurcar el procedimiento mediante una decisión dictada en marzo de 2013.

Por lo que respecta a los arbitrajes iniciados por inversores españoles durante el año 2013, además de algunas demandas interpuestas por empresas matrices españolas a través de sociedades y/o vehículos de inversión extranjeros contra España citadas *supra*, destacan los procedimientos registrados contra Venezuela (*Valores Mundiales, S.L. y Consorcio Andino S.L. (Caso CIADI n° ARB/13/11)*); México (*Cemusa - Corporación Europea de Mobiliario Urbano, S.A. y Corporación Americana de Equipamientos Urbanos, S.L. (Caso CIADI n° No. ARB(AF)/13/2)*); y Egipto (*Cementos La Unión S.A. y Áridos Játiva S.L.U. (Caso CIADI n° ARB/13/29)*).

También durante el final del ejercicio 2013 y principios del año 2014 se ha dado a conocer el acuerdo alcanzado entre Argentina y *Repsol* relativo a la compensación resultante de la expropiación de *YPF* (denominado Convenio de Solución Amigable y Avenimiento de Expropiación). Según consta en el acuerdo aprobado por el Consejo de Administración de la petrolera española el 25-2-2014 y ratificado posteriormente por la Junta General de Accionistas el 28-3-2014 el convenio se ha pactado en los siguientes términos:

“Composición de los Títulos Públicos

El acuerdo estipula que el Gobierno argentino entregará a *Repsol* títulos de deuda pública en dólares, cuya composición es la siguiente:

- 1) Un paquete fijo, por un valor nominal de 5.000 millones de dólares, compuesto por:
 - Bonar X: 500 millones de dólares.
 - Discount 33: 1.250 millones de dólares
 - Bonar 2024: 3.250 millones de dólares.
- 2) Un paquete complementario, por un importe máximo de 1.000 millones de dólares, compuesto por:
 - Boden 2015: 400 millones de dólares.

- Bonar X: 300 millones de dólares.
- Bonar 2024: 300 millones de dólares.

La entrega de este segundo paquete de bonos se ajustará de manera que el valor de mercado de todos los bonos argentinos entregados a Repsol ascienda, al menos, a 4.670 millones de dólares, con un máximo de 6.000 millones de dólares de valor nominal. El valor de mercado se calculará tomando como referencia las cotizaciones recibidas de entidades financieras internacionales. El orden de entrega de los bonos complementarios será el antes citado, de manera que Repsol recibiría primero los bonos de vencimiento más próximo, hasta los límites indicados para cada uno de ellos.

El cierre de la transacción se producirá con la entrega de los bonos a favor de Repsol con plenas garantías de su depósito en una entidad internacional de compensación y liquidación de valores financieros. Repsol, libremente, puede decidir enajenar dichos bonos. Si de esta enajenación se obtuviera un importe superior a los 5.000 millones de dólares (descontados gastos e intereses), el exceso se devolvería a la República Argentina.

Garantías

Los títulos públicos, se entregan a Repsol “pro solvendo” es decir la deuda de la República Argentina frente a Repsol se dará por saldada con el cobro total de la misma, ya sea con la enajenación de los bonos o con el cobro regular de la deuda a sus respectivos vencimientos.

Como garantía adicional, la República Argentina reconoce que en caso de reestructuración, o de incumplimiento del pago de los títulos, Repsol tiene derecho a acelerar la deuda, y reclamar en arbitraje internacional sujeto a UNCITRAL (Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) las cantidades pendientes de pago hasta alcanzar los 5.000 millones de dólares.

El acuerdo de compensación estará protegido por el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre España y Argentina”.

El 24-4-2014 el Parlamento argentino aprobó este acuerdo, último acto, por el momento, de este proceloso asunto. En este contexto, consecuentemente, el arbitraje de inversiones iniciado por la petrolera española ante el CIADI, al que nos hemos referido en la Sección anterior, figura como suspendido desde el 20-3-2014.

La UE, en otro orden de ideas, ha continuado desarrollando su competencia exterior en materia de protección de las inversiones extranjeras durante el año 2013. Así, las negociaciones entre la Comisión Europea y Canadá para la celebración de un Acuerdo Económico y Comercial Global, iniciadas en el año 2009, continúan y todo parece indicar que este acuerdo será el primero de los celebrados por la UE que contenga disposiciones específicas en su articulado en materia de promoción y protección de las inversiones extranjeras, en desarrollo del Artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En particular, el 18-12-2013 la Dirección General de Comercio de la Comisión Europea hizo público un interesante documento de trabajo donde se explican y aclaran algunas de las cuestiones fundamentales que se incluirán en el capítulo sobre inversiones de este acuerdo. Por su importancia para la materia estudiada, merece la pena exponer el contenido de este documento:

“La UE y Canadá han acordado aportar aclaraciones muy importantes a las disposiciones sustantivas esenciales, que son también las que invocan más a menudo los inversores cuando presentan reclamaciones en el marco del sistema de solución de diferencias entre los inversores y el Estado. Esto significa, en concreto, que los árbitros dispondrán ahora de orientaciones estrictas y detalladas cuando estas disposiciones sean invocadas por un inversor.

1. Reafirmar el derecho a regular

El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) reafirma el derecho a regular de la UE y Canadá para alcanzar objetivos legítimos de política pública como la protección de la salud, la seguridad o el medio ambiente.

2. Definición precisa de trato justo y equitativo

Por primera vez, el CETA prevé una definición precisa de «trato justo y equitativo». Esto permitirá evitar interpretaciones demasiado amplias y proporcionará orientaciones claras a los tribunales.

Con arreglo al acuerdo, hay infracción de la obligación de trato justo y equitativo en los siguientes casos:

- Denegación de justicia en procedimientos administrativos, civiles o penales.
- Incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos.
- Arbitrariedad manifiesta.
- Discriminación específica por motivos claramente injustos, como el género, la raza o las creencias religiosas.
- Trato abusivo de los inversores, como la coacción, la intimidación o el acoso.

Además, la violación del principio de confianza legítima se limita a situaciones en las que la inversión se realiza solo por una promesa de Estado que no se cumple posteriormente.

3. Explicación detallada de expropiación indirecta

Por primera vez en los acuerdos de la UE, el CETA explica detalladamente qué constituye una expropiación indirecta:

- a. Aclara que solo puede producirse una expropiación indirecta cuando hay privación sustancial de los atributos de propiedad.
- b. Prevé un análisis detallado paso a paso para determinar si se ha producido una expropiación indirecta y aclara que el simple hecho de que una medida aumente los costes de los inversores no da lugar por sí misma a una conclusión de expropiación.
- c. Establece que las medidas legítimas de política pública adoptadas para proteger la salud, la seguridad o el medio ambiente no constituyen la expropiación indirecta, excepto en casos excepcionales en los que dichas medidas sean claramente desproporcionadas en vista de su objetivo.

4. La emisión de licencias obligatorias de conformidad con las disposiciones de la OMC que garantizan el acceso a los medicamentos no puede considerarse una expropiación.

5. El Acuerdo también deja claro que la obligación de prestar «plena protección y seguridad» no incluye la protección contra los cambios producidos en las legislaciones y las reglamentaciones.

6. La definición de inversión solo abarca los activos que poseen las características de una inversión, tales como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgo, y una determinada duración.

7. Las sociedades ficticias no están protegidas. Para ser calificado como «inversor», es necesario desarrollar operaciones empresariales sustantivas en el territorio de una de las partes.

8. Como en otros acuerdos de libre comercio de la UE, el acuerdo permite adoptar y hacer cumplir medidas cautelares.

Solución de diferencias entre los inversores y el Estado en el CETA: principales logros
El sistema de solución de diferencias entre los inversores y el Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) acordado con Canadá en el CETA establece el sistema de solución de diferencias entre los inversores y el Estado más progresivo acordado hasta ahora en cualquier acuerdo. Posee una serie de características fundamentales destinadas a garantizar que el sistema sea eficaz y eficiente, al tiempo que aporta importantes garantías procesales que mejorarán el control por las partes de la interpretación del acuerdo y garantizará que se desincentive la presentación de asuntos no admisibles o que estos se desestimen rápidamente. Estas características fundamentales incluyen:

1. Prohibiciones de presentar a la vez reclamaciones en los tribunales nacionales y a través de la ISDS, al tiempo que se fomenta el uso del tribunal nacional.
2. Mayor certidumbre para los Estados mediante el establecimiento de plazos para la presentación de reclamaciones (en principio tres años).
3. Mayor coherencia y refuerzo de la protección contra posibles conflictos sobre los árbitros mediante la necesidad de llegar a un acuerdo sobre estos, a falta del cual el árbitro se elegirá a partir de una lista de turnos decidida conjuntamente por la Unión Europea y Canadá (esto constituye una primicia en un mecanismo de ISDS).
4. Introducción de un código de conducta obligatorio para los árbitros (también una primicia en un mecanismo de ISDS).
5. Excepcionalmente, protecciones estrictas contra reclamaciones no admisibles (más estrictas que en cualquier mecanismo de ISDS existente). Dos sistemas que permiten desestimar rápidamente las reclamaciones no admisibles: uno cuando el asunto es claramente infundado y otro cuando el tribunal no puede dictaminar a favor del inversor aun asumiendo que los hechos son correctos.
6. Protección estricta contra reclamaciones infundadas: la parte perdedora soporta los costes y, por lo tanto, asume el riesgo al presentar una reclamación (el sistema actual no es claro en cuanto a los costes, lo que significa que en algunos casos la administración soporta los costes a pesar de haber tenido completo éxito en su defensa). Esto constituye también una primicia en un mecanismo de ISDS).
7. Total transparencia: todos los documentos serán públicos, todas las audiencias abiertas y las partes interesadas (ONG) pueden presentar observaciones. Este es el primer acuerdo que aplica en esencia las nuevas normas de las Naciones Unidas sobre la transparencia en la ISDS (CNUDMI).
8. Un posible mecanismo de apelación: el primer Acuerdo de la UE que prevé la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación (los EE. UU. han incluido tales disposiciones en todos sus acuerdos desde 2004).
9. Fomento de la solución alternativa de diferencias: disposiciones explícitas sobre la mediación en diferencias en materia de inversión (también una primicia en un mecanismo de ISDS).
10. Absoluta claridad de que no puede obligarse a un Estado a derogar una medida.

11. Mecanismos eficaces para que las partes del acuerdo (la UE y Canadá) emitan interpretaciones vinculantes sobre lo que querían decir originalmente en el acuerdo y participen en arbitrajes sobre cuestiones de interpretación.

12. Medidas contra el aumento de los costes limitando eficazmente los costes de arbitraje (también una primicia en un mecanismo de ISDS).

13. La ISDS solo se aplica a presuntos incumplimientos de las normas de protección de la inversión y no al acceso al mercado”.

Se espera que los próximos acuerdos comerciales que la UE está negociando o desea negociar con Armenia, Azerbaiyán, Egipto, Estados Unidos de América, Georgia, India, Japón, Jordania, Kazajistán, Marruecos, Moldavia, Singapur, Tailandia y Túnez también contengan disposiciones relacionadas con la promoción y la protección de las inversiones extranjeras¹⁴. De la misma forma, el 23-5-2013 la Comisión Europea informó de su interés por iniciar negociaciones con China tendentes a la celebración de un APPRI¹⁵.

Para finalizar, resulta conveniente dejar constancia de las iniciativas impulsadas por la CNUDMI para fortalecer la transparencia en el arbitraje de inversiones, plasmadas en la adopción de un Reglamento sobre transparencia aplicable a los arbitrajes de inversiones desarrollados bajo las reglas de procedimiento de la CNUDMI conforme a acuerdos de protección de inversiones celebrados con posterioridad al 1-4-2014. No obstante, este reglamento también prevé su aplicación a los arbitrajes de inversiones sustanciados en virtud de acuerdos celebrados con anterioridad a la citada fecha, siempre que las partes en la controversia o los Estados partes en el acuerdo así lo convengan. En este contexto, la CNUDMI está preparando un proyecto de acuerdo internacional a través del cual se podría articular esta manifestación del consentimiento por parte de los Estados con carácter general, circunstancia que, en teoría, podría generalizar la aplicación de estas reglas¹⁶. El reglamento sobre transparencia de la CNUDMI, además, tienen una vocación expansiva al disponer su eventual aplicación a los arbitrajes de inversiones iniciados al calor de otras reglas procesales.

Los principales aspectos sobre los que versa este reglamento tienen que ver con la publicación de los distintos documentos procesales¹⁷, la intervención en el arbitraje de

¹⁴ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, “The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity?”, Junio (2013), pp. 2-4.

¹⁵ Comisión Europea, “Commission Proposes to Open Negotiations for an Investment Agreement with China”, Informe de prensa nº 13/458, de 25-3-2013: véase http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-458_en.htm (consultada el 25-4-2014).

¹⁶ A/CN.9/WG.II/WP.181, de 27-11-2013.

¹⁷ Señala el Artículo 3 del Reglamento que “1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los documentos siguientes se darán a conocer al público: la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales,

terceros (particulares¹⁸ u otros Estados partes en el tratado de inversión¹⁹) y el acceso a las audiencias públicas²⁰. Las reglas, en suma, codifican una serie de cuestiones sobre las que la práctica convencional y arbitral se ha venido pronunciado en los últimos años²¹ e introducen, con las necesarias restricciones derivadas de la confidencialidad, importantes avances en materia de transparencia en este sector normativo²².

decisiones y laudos del tribunal arbitral. 2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, excluidas las pruebas correspondientes, se pondrán a disposición del público si así lo pide cualquier persona al tribunal arbitral. 3. A reserva de lo dispuesto en el artículo 7, el tribunal arbitral podrá decidir, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona, y previa consulta con las partes litigantes, si las pruebas y demás documentos que emita o reciba el tribunal arbitral no incluidos en los párrafos 1 o 2 supra se publicarán, y de qué forma. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que se pongan esos documentos a disposición del público en un sitio determinado. 4. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 y 2 serán comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 lo antes posible, de conformidad con las disposiciones o plazos para la protección de la confidencialidad o de información protegida establecidos en el artículo 7. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 podrán ser comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma expurgada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará públicos oportunamente todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido. 5. Las personas que reciban acceso a documentos con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 sufragarán los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso de esas personas a los documentos, como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos a esas personas, pero no los gastos que conlleve facilitar el acceso del público a esos documentos por medio del archivo”.

¹⁸ Dispone el Artículo 4.1 del Reglamento que “Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (“tercero”) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio”.

¹⁹ Estable el Artículo 5.1 del Reglamento que “El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado”.

²⁰ Indica el Artículo 6 del Reglamento que “1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafos 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (“audiencias”) serán públicas. 2. Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida. 3. El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias”.

²¹ Por orden de publicación: véanse PASCUAL VIVES, F.J., “La institución del *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 353-396; y REQUENA CASANOVA, M., “La solución de controversias en los modelos de APPRI: Cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, 35 pp.

²² Para acceder al texto íntegro de las reglas sobre transparencia en el arbitraje de inversiones, aprobado mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 68/109, de 16-12-2013: véase <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf> (consultada el 29-4-2014).

2. Los efectos jurídicos de la denuncia del APPRI celebrado entre España y Sudáfrica²³

El 26-7-2013 el Sitio web del Ministerio de Economía y Competitividad (en adelante, MINECO) de España publicó la noticia de que el día 23 Sudáfrica había denunciado el APPRI que tenía con España²⁴.

El APPRI fue firmado *ad referendum* en Pretoria el 30-9-1998 y entró en vigor el 23-12-1999. De acuerdo con lo dispuesto en su Artículo XII, el APPRI estuvo en vigor durante un período inicial de diez años y después su vigencia fue prorrogada por tática reconducción por períodos de dos años. El último período comenzó el 24-12-2011 y terminaba el 23-12-2013.

En su Artículo XII.2 el APPRI reconoce el derecho de ambas Partes contratantes de denunciarlo previa notificación por escrito seis meses antes de la fecha de su expiración. En vista de la terminación del segundo período de vigencia de dos años el 23-12-2013, Sudáfrica tenía hasta el 23-6-2013 para denunciarlo si quería evitar una nueva reconducción. Al parecer, así lo hizo el último día del plazo. La denuncia se realizó, por lo anterior, de acuerdo con el propio APPRI y, en definitiva, cumpliendo con lo dispuesto en el Artículo 54 del CVDT.

Es importante señalar que desde hace unos años Sudáfrica está inmersa en un sereno debate legal sobre el alcance de las obligaciones dimanantes de los APPRIs, tanto en la perspectiva material (con estándares de DI público de protección de los inversores extranjeros) como procesal (al permitir la constitución de tribunales arbitrales para la resolución de disputas sin necesidad de que los inversores acudan previamente a los tribunales locales), así como sobre las posibles limitaciones que pueden imponer a su Gobierno para desarrollar sus políticas públicas, sobre todo el denominado *Black Economic Empowerment*.

Esto ha llevado a Sudáfrica a revisar su política de protección de inversiones, empezando por la denuncia del APPRI firmado con la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo –que en su momento fue utilizado por inversores extranjeros para combatir ciertas medidas expropiatorias del Gobierno (*Piero Foresti y otros c. Sudáfrica* (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/1))–, lo que dio contexto a la denuncia del APPRI con España. Entendemos, por tanto, que no entraba en los planes del Gobierno español poner fin a este tratado (como tampoco lo fue en el reciente caso de la denuncia del APPRI bilateral por Bolivia en enero de 2012). Posteriormente, se ha conocido que Sudáfrica ha denunciado también los APPRIs que había celebrado con Alemania, Países Bajos y Suiza.

²³ Epígrafe elaborado por el Dr. José Ángel Rueda García.

²⁴ Ver con más en detalle RUEDA GARCÍA, J.Á., “Sudáfrica denuncia el “APPRI” bilateral con España”, *Spain Arbitration Review*, nº 18, 2013, pp. 155-158.

En todo caso, la denuncia no implica una cesación automática de los efectos del tratado. Al contrario, como es habitual en los APPRI, el tratado aquí comentado cuenta con una cláusula de remanencia en su Artículo XII.3:

“Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de expiración del presente Acuerdo y a las que por lo demás el mismo sea aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Acuerdo seguirán estando en vigor por otro período de diez años a partir de dicha fecha de expiración”.

Esta cláusula implica que las inversiones españolas en Sudáfrica y las inversiones sudafricanas en España realizadas antes del 23-12-2013 se beneficiarán de este APPRI hasta el 23-12-2023. Esta protección incluye tanto las disposiciones de contenido material (expropiación, tratamiento justo y equitativo, etc.) como de carácter procesal (arbitraje de inversiones previsto en el Artículo XI). Es de recibo aclarar que Sudáfrica no es Estado contratante del Convenio CIADI por lo que, en caso de una disputa de inversiones (sea de inversor español contra Sudáfrica sea de inversor sudafricano contra España), el inversor solamente podría elegir para presentar una reclamación entre los tribunales locales del Estado demandado y arbitrajes de inversiones bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Por último, no queremos dejar de destacar que no nos consta que las denuncias de los APPRI por Bolivia y Sudáfrica hayan sido publicadas oficialmente en el *BOE*. El único medio a través del cual han sido conocidas estas noticias es el citado Sitio web del MINECO, que no tiene el valor oficial que exigen el Artículo 96.1 de la Constitución española y el Artículo 1.5 del Código civil aun cuando sea una página de una administración pública española. En este sentido hay que subrayar que el Artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (*BOE*, 8-4-1972), establece la obligación del Ministerio de Asuntos Exteriores (y de Cooperación) de publicar en el *BOE* informaciones sobre la vida jurídica de los tratados internacionales en los que España es parte, incluida su terminación (la última de ellas a fecha de cierre de esta Crónica, la Resolución de la Secretaría General Técnica de 21-4-2014 (*BOE*, 25-4-2014), sobre tratados multilaterales en los que España es parte). También señalaremos que ha sido por el Sitio web del MINECO por donde el Gobierno de España informó en octubre de 2013 de que el APPRI con Guinea Ecuatorial, hecho en Malabo el 22-11-2003 y aplicado provisionalmente desde su firma (*BOE*, 12-1-2004), se aplica definitivamente desde el 11-8-2009, hace casi cinco años.