

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crónica Revisión de Laudos  
Arbitrales de Inversión 2020:**  
2º Encuentro Anual (Santiago de  
Chile, 07-08/06/2021)

Ivette Esis Villarroel

Andrés Delgado Casteleiro

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

# Sumário

|  |            |
|--|------------|
| <b>CRÔNICAS.....</b>   | <b>14</b>  |
| <b>CRÓNICA REVISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN 2020: 2º ENCUESTO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 07-08/06/2021).....</b>                      | <b>16</b>  |
| Ivette Esis Villarroel e Andrés Delgado Casteleiro   |            |
| <b>AS MEDIDAS CAUTELARES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA CASO ENTRE UCRÂNIA E FEDERAÇÃO RUSSA.....</b>                                    | <b>32</b>  |
| Lucas Carlos Lima  |            |
| <b>THE CHALLENGES FACED BY WOMEN LEGAL ACADEMICS (PANEL DISCUSSION).....</b>   | <b>39</b>  |
| Eshan Dauhoo   |            |
| <b>DOSSIÊ.....</b>   | <b>41</b>  |
| <b>EDITORIAL BJIL: INTERNATIONAL LAW AS FUEL FOR CLIMATE CHANGE LITIGATION .....</b>   | <b>43</b>  |
| Sandrine Maljean-Dubois  |            |
| <b>THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASES OF TERRITORIAL DAMAGE CAUSED TO STATES BY CLIMATE CHANGE .....</b>          | <b>46</b>  |
| Cristiane Derani e Patricia Grazziotin Noschang  |            |
| <b>LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CONSIDERAÇÃO DA VARIÁVEL CLIMÁTICA À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O CLIMA.....</b> | <b>61</b>  |
| Danielle de Andrade Moreira, Carolina de Figueiredo Garrido e Maria Eduarda Segovia Barbosa Neves  |            |
| <b>CAMBIO CLIMÁTICO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN AMBIENTAL .....</b>  | <b>80</b>  |
| Gonzalo Aguilar Cavallo, Cristian Contreras Rojas e Jairo Enrique Lucero Pantoja   |            |
| <b>VIDAS EM MOVIMENTO: OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ESPAÇOS DE JUSTIÇA PARA OS MIGRANTES CLIMÁTICOS.....</b>              | <b>104</b> |
| Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville e Diogo Andreola Serraglio   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E DIREITOS HUMANOS: O CASO DO FUNDO CLIMA NO BRASIL E AS OBRIGAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL.....</b>  | <b>126</b> |
| Gabrielle Albuquerque, Gabrielle Tabares Fagundez e Roger Fabre  |            |
| <b>PERSPECTIVAS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA EM FACE DE EMPRESAS: O CASO MILIEUDEFENSIE ET AL. VS. ROYAL DUTCH SHELL.....</b>   | <b>145</b> |
| Julia Stefanello Pires e Danielle Anne Pamplona  |            |
| <b>THE EFFORTS TO RESPOND TO CLIMATE CHANGE AND IMPLEMENTATION OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGS) FROM THE HARDEST-AFFECTED COUNTRIES: VIETNAM CASE ANALYSIS.....</b> | <b>164</b> |
| Yen Thi Hong Nguyen e Dung Phuong Nguyen   |            |
| <b>CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO COMO FUNDAMENTO TRANSNACIONAL AOS LITÍGIOS CLIMÁTICOS .....</b>  | <b>192</b> |
| Délton Winter de Carvalho  |            |
| <b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS .....</b>  | <b>205</b> |
| <b>A AGENDA 2030: O COMPROMISSO DO BRASIL COM A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E O COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS .....</b>                                     | <b>207</b> |
| Gilmara Benevides C. S. Damasceno  |            |
| <b>BIOECONOMY AND THE NAGOYA PROTOCOL.....</b>   | <b>223</b> |
| Danielle Mendes Thame Denny  |            |
| <b>THE INCLUSION OF THE DIGITAL SEQUENCE INFORMATION (DSI) IN THE SCOPE OF THE NAGOYA PROTOCOL AND ITS CONSEQUENCES.....</b>   | <b>241</b> |
| Aírton Guilherme Berger Filho e Bruna Gomes Maia   |            |
| <b>POLITICAL ECONOMY OF SMART CITIES AND THE HUMAN RIGHTS: FROM CORPORATIVE TECHNOCRACY TO SENSIBILITY .....</b>   | <b>258</b> |
| Norberto Milton Paiva Knebel, Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges   |            |
| <b>OS IMPACTOS ECONÔMICOS POSITIVOS DA MIGRAÇÃO NA EUROPA: A OPORTUNIDADE QUE NÃO PODE SER PERDIDA .....</b>   | <b>275</b> |
| Norberto Milton Paiva Knebel, Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES, FUENTES INTERNACIONALES Y RECEPCIÓN EN CHILE.....</b> | <b>289</b> |
|--|------------|

Glorimar Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel

|  |            |
|--|------------|
| <b>O MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO HETERÁRQUICA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO .....</b> | <b>319</b> |
|--|------------|

Thiago Carvalho Borges

|  |            |
|--|------------|
| <b>APPLICATION OF ARTICLE 5 OF THE ECHR TO THE DETENTION OF A PERSON WHO HAS COMMITTED A CRIMINAL OFFENSE.....</b> | <b>336</b> |
|--|------------|

Vitalii A. Zavhorodnii, Oksana Orel, Galyna Muliar, Olga I. Kotlyar e Volodymyr Zarosylo

|   |            |
|---|------------|
| <b>O BANCO MUNDIAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO: PANORAMA GERAL E PASSOS CONCRETOS .....</b> | <b>354</b> |
|---|------------|

Armin Von Bogdandy e Ebert Franz

|   |            |
|---|------------|
| <b>SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: LIÇÕES DO ANO JUDICIÁRIO DE 2019-2020 E UMA BREVE HOMENAGEM A RUTH BADER GINSBURGH .....</b> | <b>380</b> |
|---|------------|

João Carlos Souto e Patrícia Perrone Campos Mello

|  |            |
|--|------------|
| <b>REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADPFs ENTRE MARÇO DE 2020 E FEVEREIRO DE 2021.....</b> | <b>400</b> |
|--|------------|

Carina Barbosa Gouvêa e Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

|   |            |
|---|------------|
| <b>O PRINCÍPIO DAS NACIONALIDADES NO BANCO DE PROVAS DA CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL BRASILEIRA: CONFRONTOS ACERCA DA TEORIA DE PASQUALE STANISLAO MANCINI NO NOVO CONTINENTE .....</b> | <b>421</b> |
|---|------------|

Arno Dal Ri Junior

# Crónica Revisión de Laudos Arbitrales de Inversión 2020: 2º Encuentro Anual (Santiago de Chile, 07-08/06/2021)\*

Ivette Esis Villarroel\*\*

Andrés Delgado Casteleiro\*\*\*

Gabriel Briceño, Grisel Martínez Cisneros, Manuel A. Gómez, Gilberto Guerrero-Rocca, Nicolás Vassallo, María Gabriela De Abreu, Karen Longaric y Fabián Villeda Corona\*\*\*\*

## 1 Introducción

Durante los días 7 y 8 de junio de 2021 fue celebrada la segunda edición del evento sobre revisión de laudos, en el marco de arbitrajes inversor-Estado, dictados durante el año 2020. En esta oportunidad, la actividad estuvo coorganizada por la Universidad Autónoma de Chile y la Universidad Finis Terrae, con la especial colaboración institucional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, la Universidad del Desarrollo, la Universidad del Rosario (Colombia), Florida International University (Estados Unidos), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), Heidelberg Center para América Latina, Apparcel, Uriarte & Vassallo y Lexincorp Central American Law Firm. Este evento también forma parte de los trabajos del Proyecto Fondecyt Iniciación sobre protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas, del cual Ivette Esis Villarroel es la Investigadora Responsable.

Durante 2020, a pesar de la pandemia y las consecuencias que ha traído, las estadísticas recientes publicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Corte Permanente de Arbitraje, revelan un importante número de casos nuevos registrados en dichas instituciones. De ellas destaca el CIADI, institución arbitral que recibió 58 casos (siendo el mayor número de asuntos registrados en un año), mientras que SCC registró 4 casos nuevos y la CPA 126<sup>1</sup>. Por ello, el evento en esta oportunidad contó con cuatro mesas conformadas por destacados ponentes y moderadores, donde fueron analizados laudos de

\* Recibido em 12/11/2021  
Aprovado em 14/02/2022

Organizadores del evento:

\*\* Profesora e investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Chile); Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). Investigadora Responsable del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168.  
E-mail: iesis@uft.cl

\*\*\* Profesor asistente, Secretario Académico de Facultad y miembro del claustro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Doctorado en Derecho y Master de Investigación en Derecho Internacional, Europeo y Comparado por el Instituto Universitario Europeo (Florencia, Italia). Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.  
E-mail: andres.delgado@uautonoma.cl

\*\*\*\* Expositores del evento.

<sup>1</sup> CIADI: *2021 Informe Anual*. Banco Mundial, Washington, 2021, p. 20, disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID\\_AR21\\_Spanish\\_CRA\\_b11\\_web.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_Spanish_CRA_b11_web.pdf) ARBITRATION INSTITUTE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE: Steady numbers of investment treaty disputes. Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm, 2020, disponible en: <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2020/>; PERMANENT COURT OF ARBITRATION: 2020 Annual Report. Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2021, disponible en: <https://pca-cpa.org/en/news/the-permanent-court-of-arbitration-is-pleased-to-announce-the-publication-of-its-2020-annual-report/>. En menor medida la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional también ha administrado este tipo de arbitrajes. Ver: INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION: ICC Dispute Resolution Statistics: 2020. International Chamber of Commerce, Paris, 2020, p. 12, disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

jurisdicción, laudos de méritos y decisiones del Comité de Anulaciones del CIADI, además de discutir sobre el futuro de los mecanismos de solución de conflictos inversor – Estado.

Más allá de la excepcionalidad en todos los sentidos del año 2020, la jurisprudencia arbitral mantuvo una línea continuista. Las consecuencias de la pandemia para los inversores están avanzando a través del sistema sin todavía llegar a la fase de laudo. Discusiones clásicas como el concepto de consentimiento, la nacionalidad del inversionista o los límites del trato justo y equitativo siguen siendo el centro de la actividad arbitral en 2020. Igualmente, algunos de estos temas ya están presentes la jurisprudencia arbitral de 2021 y son brevemente comentados en esta crónica.<sup>2</sup> Finalmente, los casos sobre energías renovables siguen presentando nuevas tensiones sobre las interacciones entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho de las organizaciones regionales de integración económica. A este respecto señalar que en el 2020 se evidenció también dicha tensiones en el marco del derecho de la integración de América Latina.<sup>3</sup>

## 2 Análisis de los aspectos jurisdiccionales y sustanciales en laudos arbitrales de inversión dictados en 2020

A continuación, el lector encontrará un breve resumen de dichos laudos, distinguiendo entre los relativos a la jurisdicción de los tribunales arbitrales en esta materia, los aspectos de mérito y la conocida decisión del Comité Ad Hoc que anuló el laudo *Eiser v. Reino de España*.

### 2.1 Aspectos jurisdiccionales

#### 2.1.1 Michael Anthony Lee-Chin v. República Dominicana

<sup>2</sup> CIADI *Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia*, CIA-DI, Caso No. ARB/16/41, laudo arbitral de 09/09/2021.

<sup>3</sup> CIADI, *Luis García Armas v. Venezuela*, Caso No. ARB(AF)/16/1, laudo arbitral sobre jurisdicción de 24/07/2020.

CIADI, Caso No. UNCT/18/3, laudo arbitral sobre jurisdicción 15/07/2020

Gabriel Briceño<sup>4</sup>

El caso en cuestión se refiere a una controversia planteada por el Sr. Michael Anthony Lee-Chin (nacional de Jamaica) y la República Dominicana, la cual tiene su origen en el Contrato de Concesión (CC) celebrado el 1 marzo de 2007 entre la empresa dominicana Lajun Corporation, S.R.L. (“Lajun”) y el Ayuntamiento de Santo Domingo Norte (“ASDN”) para la administración y operación del Vertedero Duquesa, en el que se realizaba la disposición final de residuos sólidos urbanos en la zona del Gran Santo Domingo en la República Dominicana. El inversionista explica que realizó inversiones sustanciales en el vertedero y cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, a pesar de las interferencias políticas del Estado centradas en despojarlo de la propiedad. Como contraprestación por la ejecución de los servicios, Lajun estaba autorizada a cobrar a los ayuntamientos de la zona del Gran Santo Domingo una tarifa de al menos US\$ 2 dólares por tonelada de residuos (la “Tarifa de Referencia”). El inversionista también refiere que la tarifa de referencia no era suficiente para cubrir los costos operativos del vertedero y poder hacer las inversiones requeridas por el CC, lo que ocasionó que el vertedero fuese deteriorándose progresivamente a través de los años. En el 2017, el ASDN presentó un recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior solicitando la anulación del CC y, de forma concurrente, una medida cautelar para que se dispusiera la administración judicial del vertedero.

El Tribunal dictó una medida cautelar mediante la cual ordenó la intervención y administración provisional del vertedero por una comisión compuesta por el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social y el Alcalde del ASDN. Este despojo trajo consigo que el inversionista considerara que había sido expropiada su inversión. Por ende, acudió ante el CIADI haciendo presente su solicitud de arbitraje. Conviene aclarar que las discu-

<sup>4</sup> Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Ex asesor de la Alcaldía del Municipio Sucre, Estado Miranda (Venezuela) y abogado en ejercicio. En la actualidad, se desempeña como administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168. E-mail: abog.gabrielbriceño@gmail.com

siones de las partes se centran en la fase de jurisdicción ya que la controversia gira en torno a la interpretación de la disposición contenida en el Artículo XIII del Anexo III del Tratado, que establece el sometimiento de la controversia al arbitraje:

Las Controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte, relacionadas con una obligación de esta última bajo el presente Acuerdo en relación con una inversión y que no hayan sido conciliadas de manera amigable después de un período de tres meses a partir de la fecha de notificación de una reclamación escrita, serán sometidas ante las cortes de dicha Parte o ante arbitraje nacional o internacional. 2. Cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional, el inversionista y la Parte involucrada en la controversia podrán acordar referir la misma a un árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad-hoc, a ser designado mediante acuerdo especial establecido bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El inversionista alegó que el primer párrafo del artículo en cuestión, afirma que una controversia puede ser sometida a arbitraje internacional; el segundo párrafo permite a las partes acordar si el arbitraje debe someterse a un árbitro único o a un tribunal arbitral, el cual será designado mediante un acuerdo especial o, en ausencia de tal acuerdo, según el Reglamento CNUDMI. Los términos “inversionista” e “inversión” definidos en el Tratado son incuestionablemente amplios y el Tratado no limita en modo alguno su protección a inversionistas “directos” ni a inversiones “directas”.

La República demandada argumentó que: (i) el primer párrafo del Artículo XIII no se puede interpretar como una oferta abierta de consentimiento al arbitraje internacional; (ii) el segundo párrafo requiere que el Estado otorgue su consentimiento ex post a la existencia de una controversia para que ésta pueda someterse a un arbitraje internacional bajo el Reglamento CNUDMI; y, (iii) el Tratado no protege a las inversiones indirectas ni a los inversionistas indirectos. El tribunal analizó el consentimiento otorgado para poder someter la controversia a un arbitraje internacional bajo los siguientes argumentos: El primer párrafo contiene claramente una obligación asumida por las partes contratantes del Tratado que consiste en someter las controversias que allí se definen y que se produzcan entre un inversionista y una parte contratante del Tratado, a alguno de los foros indicados al final del párrafo, es decir: las cortes de dicha parte contratante, el arbitraje nacional o el arbitraje internacional. Como consecuencia de lo anterior, dado

que los inversionistas no han otorgado ningún acuerdo para arbitrar, la oferta anticipada para arbitrar solo puede provenir del Estado.

Por esta obvia razón, se entendió que la única parte que es capaz de comenzar un arbitraje Inversionista-Estado bajo el Artículo XIII es el inversionista (cuyos derechos habrían sido vulnerados). No se necesita ningún esfuerzo interpretativo para colegir que es eso y no otra cosa lo que se desprende de la utilización de la conjunción disyuntiva “o” para separar cada una de las posibilidades ofrecidas al demandante ya que el consentimiento expresado por las partes contratantes en el Tratado se ha perfeccionado ulteriormente con la presentación de la notificación de arbitraje enviada por el inversionista y recibida por el Estado. Así, el primer párrafo contiene la oferta de consentimiento realizada por las Partes Contratantes del Tratado y el segundo párrafo establece las diferentes configuraciones que puede adoptar el arbitraje internacional cuando éste es el mecanismo escogido por el inversionista. En cuanto a la objeción de los términos inversionistas e inversiones directas, el tribunal es consciente de la existencia de la máxima interpretativa general según la cual donde el texto no distingue el intérprete no debe distinguir y, por lo tanto, ambos términos abarcan igualmente a los inversionistas e inversiones indirectas.

Este laudo contó con la opinión disidente del árbitro Marcelo Kohén. En su opinión, el texto del primer párrafo del artículo en cuestión no establece quién ni cómo se procederá a la elección de uno de los tres modos de solución jurisdiccional de controversias mencionados. No surge de él que el inversionista puede optar por una de tales opciones e imponerla a la otra parte. No hay oferta de parte del Estado a una de las tres opciones a elección del inversionista, por cuanto solo hay una obligación para las partes de resolver la controversia por alguna de las tres opciones. La mayoría del Tribunal interpretó el Tratado de una manera que afecta gravemente al principio de igualdad de las partes en la solución de controversias. Del texto del párrafo segundo, no surge que sea el inversionista quien tenga la capacidad de elección del arbitraje internacional y tampoco dice el texto que, el acuerdo de someter la controversia al arbitraje internacional se perfeccionaría con la elección unilateral del inversionista. El hecho de que el inversionista y la parte involucrada en la controversia podrán acordar un árbitro único o un tribunal cuando la controversia es referida ante arbitraje internacional indica que, en el

momento de referir la controversia al arbitraje internacional, la acción es más bien colectiva (las partes) y no individual.

En lo que se refiere a las inversiones e inversionistas directos, el Tratado considera como “inversiones” las acciones, capital accionario y pasivos de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías. El Demandante es el titular exclusivo de acciones, capital e intereses, pero en dos sociedades panameñas (Lution Investment SA y Kigman Del Sur SA), las que a su vez son titulares de acciones, capital e intereses en una sociedad panameña (Nagelo Enterprises SA) y en otra dominicana (Wilkison Company SRL), quienes también, tienen acciones, capital e intereses en Lajun Corporation SRL. Por consiguiente, el titular de los derechos reconocidos a los inversionistas en el Tratado, de conformidad con las definiciones del Artículo II (2) no es el Demandante sino la sociedad panameña Nagelo Enterprises SA y la sociedad dominicana Wilkison Company SRL. El presente caso no concierne a actos cumplidos por la demandada hacia el Sr Michael Lee Chin, sino hacia la sociedad Lajun Corporation SRL, de la cual el primero es, después de haber descubierto el velo de cuatro otras sociedades en cuatro niveles diferentes, quien controla su capital en un 80%.

### 2.1.2 Portigon AG v. Reino de España

CIADI, Caso No. ARB/17/15, laudo arbitral sobre jurisdicción de 20/08/2020

Gricel Martínez Cisneros<sup>5</sup>

El laudo referente a este arbitraje no ha sido publicado, de manera que la exposición se basa en fuentes confiables y especializadas en arbitrajes de inversión, tales como IA Reporter e Italaw. La empresa alemana Portigon AG, dedicada a prestar servicios de crédito, financió como parte de sus actividades, proyectos de energía renovable en el Reino de España. En este escenario, para mayo de 2017, Portigon AG presentó una demanda de arbitraje contra el Reino de España, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones-CIADI, invocando el Tratado sobre la

<sup>5</sup> Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje (Universidad de Chile). LL.M. en Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg). E-mail: gricelmc@gmail.com

Carta de la Energía<sup>6</sup>. A tal efecto, se constituyó el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Felipe Burnes, Albert Jan van den Berg y Giorgio Sacerdoti.

Respecto a las reclamaciones de Portigon AG, éstas responderían al hecho que existió una vulneración al principio de trato justo y equitativo frente a una serie de reformas energéticas emprendidas por España, que afectaron al sector de las energías renovables. Pese a no conocer de manera certera su posición, lo cierto es que el Gobierno de España ha enfrentado un número importante de arbitrajes iniciados como consecuencia de las reformas legislativas que se han desarrollado en el campo energético, las cuales habrían tenido un impacto económico significativo debido a la pérdida de incentivos otorgados originalmente a favor de los inversionistas.

Sin perjuicio de lo anterior y, donde radica uno de los temas por los cuales reviste de trascendencia el presente caso, es que, a diferencia de otros demandantes, Portigon AG no era propietaria o accionista de la empresa afectada por las regulaciones de España, sino que era más bien quien se encargó de brindar la financiación para el desarrollo y operación de plantas solares, hecho que lo distingue de los demás arbitrajes.

En atención a estos hechos, se conoce que, durante el proceso, España formuló tres objeciones a la jurisdicción, que son las siguientes:

1. En razón de la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente al laudo de Achmea. Respecto al arbitraje Achmea cabe considerar que, en razón del pedido de anulación de laudo solicitado por Eslovaquia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, luego de consultado respecto a la compatibilidad de la cláusula arbitral que contenía el acuerdo de inversiones entre Países Bajos y Eslovaquia, concluyó que esta era contraria a la autonomía del derecho de la Unión Europea y, por tanto, incompatible. Criterio en la que se habría amparado el Reino de España para for-

<sup>6</sup> El tratado sobre la Carta de la Energía fue suscrito en 1994 y actualmente se aplica a más de 50 países. Surge con el propósito de establecer un marco de cooperación en el sector de la energía, buscando, entre otros aspectos, la promoción y protección de las inversiones en este ámbito. Dentro de sus disposiciones se encuentra la de solución de controversias, que faculta a los inversionistas a poder acudir a tribunales privados, en caso consideren que una ley modifica el escenario bajo el cual realizaron su inversión, generándoles un impacto negativo en sus resultados económicos.

mular objeción, la cual sin embargo los árbitros habrían rechazado de manera unánime.

2. El financiamiento de los proyectos de energía renovable no califica como inversión protegida de acuerdo al Tratado sobre la carta de la energía y el convenio de CIADI

3. La disputa legal no surgió directamente de una inversión bajo el convenio.

Al respecto, el Tribunal Arbitral en mayoría, a través de la decisión de los árbitros Felipe Burnes y, Albert Jan van den Berg concluyeron que el financiamiento si correspondía a una inversión de acuerdo al Tratado de la Carta de la Energía y la Convención de Washington, así como que la disputa derivaba de una inversión. Si bien no se conoce con certeza los considerandos que han llevado a los árbitros a tomar la decisión respecto a estas dos últimas objeciones, es pertinente observar que el tratado sobre la carta de la energía define este concepto, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1

DEFINICIONES

A efectos del presente Tratado se entenderá por:

6) “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;

b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;

c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;

(...)

“Inversión” se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte Contratante en su región como “Proyectos de eficacia de la Carta”, y hayan sido así notificados a la Secretaría.”

Cabe recordar que el concepto de inversión es parte del núcleo duro para determinar la jurisdicción bajo el CIADI, el cual si bien no ha sido claramente delimitado, siempre se ha optado por una definición restrictiva del mismo, supuesto distinto al del presente caso, en el que

se habría adoptado una definición más amplia al considerar incluso la financiación de los proyectos.

Por estos hechos, no podía dejarse de lado la importancia que desde ya ha cobrado esta decisión, toda vez que abre la posibilidad que instituciones financieras puedan acudir a un arbitraje de inversiones directamente contra los Estados, en situaciones en las que sus regulaciones afectan de manera adversa a un proyecto que financiaron. Es recomendable estar al pendiente a la publicación de este caso y aquellos similares, a fin de conocer la interpretación brindada por los árbitros que sin duda abre un nuevo escenario para los arbitrajes de inversión.

### 2.1.3 Su casa es mi casa: La condición de inversionista nacional otorgada al extranjero residente según el laudo arbitral sobre jurisdicción de 24 de julio de 2020, en Luis García Armas v. República Bolivariana de Venezuela

CIADI, Caso No. ARB(AF)/16/1, laudo arbitral sobre jurisdicción de 24/07/2020

Manuel A. Gómez<sup>7</sup>

El tema de la (doble) nacionalidad del demandante en el arbitraje de inversiones ha dejado de ser una rareza para convertirse en un tema de discusión cada vez más frecuente.<sup>8</sup> Una muestra de casos decididos por tribunales arbitrales durante los últimos cinco años pone en evidencia lo difícil que resulta el tema de la doble nacionalidad en la práctica. Como punto de partida podemos observar que el tratamiento de la doble nacionalidad por los tratados y otras fuentes jurídicas parece insuficiente. En cuanto a los primeros, la percepción generalizada es que, durante las fases de negociación y redacción de los tratados bilaterales de inversión (“TBI”), los estados involucrados solo han considerado los escenarios más elementales de protección del inversionista extranjero

<sup>7</sup> Profesor y Decano Asociado de Postgrados e Iniciativas Globales en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Florida (FIU). Email: magomez@fiu.edu

<sup>8</sup> Ver, e.g., ANZOLA, J. Eloy. Las Nuevas Decisiones sobre la Doble Nacionalidad de Personas Naturales en el Arbitraje de Inversiones en Venezuela, **Themis Revista de Derecho**, No. 77. Julio de 2020.; BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Venezuela c. Serafín García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020, SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

contra la posible xenofobia de las autoridades del estado receptor de esa inversión. En la mayoría de los TBI se dice poco o nada sobre el tratamiento de sociedades extranjeras controladas o poseídas por inversionistas nacionales, sobre los extranjeros que con posterioridad a la realización de la inversión adquieren la nacionalidad del estado receptor de esa inversión, o sobre si la inversión realizada por un extranjero no residente en un país puede ser objeto de protección por vía del TBI correspondiente.

Tal como puede apreciarse en los casos iniciados por los miembros de la familia García Armas contra la República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”) apoyados en el tratado de protección de inversiones entre el Reino de España y Venezuela que entró en vigor el 10 de septiembre de 1997,<sup>9</sup> el tratamiento de la doble nacionalidad del inversionista es mucho más compleja que lo previsto por los estados parte en sus TBI. Para bien o para mal, cualquier aproximación a una solución de los problemas de interpretación sobre el impacto de la doble nacionalidad está supeditada a los vaivenes de la “jurisprudencia” arbitral internacional.

El laudo que ocupa la atención de este ensayo es el que decidió las objeciones sobre la jurisdicción del tribunal para conocer de la demanda iniciada por el ciudadano español —pero residente en Venezuela durante muchos años— Luis García Armas (“LGA” o el “Demandante”) el 13 de abril de 2016, como consecuencia de una serie de “supuestas medidas tomadas por la Demandada (las “Medidas”) en contra de las inversiones del Demandante (...) que, según el Demandante, resultaron en su expropiación por parte de la Demandada, sin el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva y en otras violaciones del Tratado y del derecho internacional”.<sup>10</sup> El laudo *in comento* fue emitido por el tribunal el 24 de julio de 2020 luego de intensas rondas de alegatos y audiencias, luego de las cuales el tribunal decidió unánimemente “desestimar la excepción preliminar de ausencia de jurisdicción *ratione voluntatis* y *ra-*

*tione personae* presentada por el tribunal y confirmar su jurisdicción *ratione voluntatis* y *ratione personae*”.<sup>11</sup>

Al menos con respecto al tema de la doble nacionalidad, este caso parece ser el menos complejo de la saga arbitral que durante casi una década ha enfrentado a la familia García Armas contra Venezuela, pues LGA solo ostentó la nacionalidad española y nunca se hizo venezolano. No obstante, la representación del estado demandado opuso la falta de jurisdicción del tribunal aduciendo que la vinculación efectiva y dominante de LGA con Venezuela obligaba al tribunal a considerarlo como ciudadano venezolano y por ende exento de la protección del TBI. El artículo 1 del TBI establece que solamente las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante” podrían ser consideradas como inversores a los efectos de este.<sup>12</sup> El argumento del principio de la nacionalidad efectiva y dominante aducido por el estado demandado lo ancló en varios principios de derecho internacional consuetudinario y en la propia conducta de LGA, especialmente por haberse inscrito como inversionista nacional ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (“SIEEX”) de Venezuela de acuerdo con el régimen previsto en la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros.<sup>13</sup>

Por su parte, LGA respondió objetando los argumentos de derecho internacional por considerarlos propios del ámbito de protección diplomática y no de la condición de *lex specialis* del TBI aplicable. Adicionalmente, LGA sostuvo que la aplicación del principio de la nacionalidad dominante y efectiva había sido rechazada por algunos tribunales arbitrales como el que decidió el caso Saba Fakes v. República de Turquía<sup>14</sup> y que en todo caso la nacionalidad española de LGA no era puramente formal sino que él mismo conservó y cultivó estrechos vínculos con España durante toda su

<sup>9</sup> Los casos son: (1) Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, decidido en el fondo el 26 de abril de 2019; (2) Manuel García Armas, et al. v. República Bolivariana de Venezuela, caso CPA No. 2016-8; y (3) Luis García Armas v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/1.

<sup>10</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1, p. 1.

<sup>11</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1, p. 117.

<sup>12</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, artículo 1(a), 2 de noviembre de 1995 y en vigor desde el 10 de septiembre de 1997.

<sup>13</sup> Comisión del Acuerdo de Cartagena, Decisión 24: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobado el 31 de diciembre de 1970.

<sup>14</sup> Saba Fakes v. República de Turquía, caso ICSID No. ARB/07/20, laudo definitivo, 14 de julio de 2010.

vida, pues además de haber declarado ser español ante las autoridades venezolanas —incluyendo al momento de solicitar la certificación ante la SIEX—, LGA viajaba frecuentemente a España, era dueño de numerosos inmuebles en las Islas Canarias y cumplía regularmente con sus obligaciones tributarias en España.

Al motivar su decisión confirmatoria de jurisdicción, el tribunal arbitral observó que LGA arribó al territorio de la demandada en 1973 y el estatus de inversionista nacional lo solicitó en 1984. Adicionalmente, como el TBI entró en vigor el 10 de septiembre de 1997, “todos los eventos invocados por la Demandada son anteriores a la fecha de firma o de vigencia del TBI.”<sup>15</sup> Además observó el tribunal que, para tener éxito en su pretensión, la representación de Venezuela debió haber demostrado que la conducta de LGA en 1984 devino en una renuncia a su nacionalidad española, pero ello no fue así. Finalmente, con respecto a las costas el tribunal se abstuvo de condenar a cualquiera de las partes por considerar que ello sería prematuro y por otro lado decidió mantener en depósito con la Corte Permanente de Arbitraje el monto de USD 750.000 por concepto de garantía otorgada por el demandante.

## 2.2 Aspectos sustanciales

### 2.2.1 Are we just going to sit back and wait for “regulatory roller coasters” to derail? Balancing public policy vs. FET violations in investment arbitration: *Eco Oro v. Colombia & Staur, Ebo & Rox v. Latvia*.

Gilberto A. Guerrero–Rocca<sup>16</sup>

Two recent awards handed down by ICSID tribunals settled treaty-based arbitration claims filed almost simultaneously back in 2016. Results differed, but claimants shared the main argument against the host states:

<sup>15</sup> Luis García Armas v. Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF)/16/1. p. 108.

<sup>16</sup> Stanford University (Stanford, USA), JSM. Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, Spain), Master’s in Business Law. Professor of International Arbitration at Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Florida International University College of Law, LL.M. Program Director and Adjunct Professor. Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Abogado Summa Cum Laude. Master’s in Administrative Law. WDA Legal, Of Counsel. Florida Bar Certified Foreign Legal Consultant. International Arbitration Practice. E-mail: giguerre@fiu.edu

that investors had been treated unfairly due to wide-ranging contradictory regulations (involving several state agencies) - the so-called “regulatory roller coaster.”

In *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia* (ICSID Case No. ARB/16/41, Award Sept. 9, 2021), extensive changes to the mining regulatory framework were justified by Colombia as efforts to protect its environment; and in *Staur Eiendom AS, Ebo Invest AS & Rox Holding AS v. The Republic of Latvia* (ICSID Case No. ARB/16/38. Award Feb. 28, 2020) changes in the host state’s priorities, coupled with the global economic crisis (in late 2000s) stalled a major infrastructure project led by foreign investors. Both tribunals had to decide as to whether public policy and actions taken by each respondent-state violated or not the guarantee of fair-and-equitable-treatment (“FET”) enshrined in the relevant treaty.

In *Eco Oro*, the tribunal (by majority) found Colombia in breach of Art. 811 of the Treaty<sup>17</sup> (FET)<sup>18</sup> because measures taken (environmentally driven delimitations, among others)<sup>19</sup> were arbitrary, inconsistent and confusing, to the point that the claimant was riding a veritable “regulatory roller coaster”<sup>20</sup> where the respondent “has not provided a stable legal and business environment.”<sup>21</sup>

The tribunal in *Eco Oro* concluded that measures taken by different Colombian organs and instrumentalities amounted to a so-called “regulatory roller coaster” (in violation of FET), after having conducted an analysis based on the fact that at least one of the following factors were involved<sup>22</sup>: (i) whether claimants’ ‘legitimate expectations’ were - or should have been - informed by the exercise of due diligence; (ii) whether Colombia failed to provide at all times a stable and transparent investment environment; or (iii) if Colombia failed to act in good faith, as required by international law and, if such a breach was indeed determined, whether

<sup>17</sup> Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia.

<sup>18</sup> “The FET standard also requires Colombia to maintain a stable and transparent investment environment in accordance with *Eco Oro*’s legitimate expectations and enabling *Eco Oro* to plan its business and investments in an orderly fashion.” Award ¶717.

<sup>19</sup> Santurbán Páramo Ecosystem.

<sup>20</sup> “Given this and given what then happened as described below, the Tribunal finds *Eco Oro*’s description of being on a regulatory roller-coaster to be apt.” Award ¶791.

<sup>21</sup> Award ¶718.

<sup>22</sup> Award ¶762.

Colombia's actions were unacceptable from such international law's perspective.

The tribunal found that Colombia both failed to provide a stable and transparent environment and that its actions were unacceptable. When assessing 'arbitrary' and 'arbitrariness' the tribunal cited the *indicia*<sup>23</sup> used by other tribunals<sup>24</sup> and asserted that in order to assess violations of FET the tribunal had to consider all the facts and circumstances,<sup>25</sup> since even if a measure - taken in isolation - does not attain the level of a breach of the FET, it may result from a series of circumstances or a combination of measures.

In *Staur* the reasoning was quite the opposite, since the tribunal did not find that the measures taken by different Latvian agencies surpassed the threshold required for a violation of FET.<sup>26</sup> In other words, regulation (albeit new) was not passed with bias, discrimination, harassment, or in an arbitrary or contradictory fashion, and that circumstances did not amount, as depicted by the claimants, to the so-called "regulatory roller coaster."

Despite their different findings on FET violations (which led to different outcomes), both tribunals dismissed claimants' similar assertion of an indirect expropriation of their contractual rights. Neither award found the respondent liable on such basis but agreed that violations of this kind are more than feasible in the arena of investment arbitration, and that sovereigns' frequent and general allegation of the "purely contractual" nature of disputes had to be reviewed carefully and on a case-by-case scenario. It should in fact be noted that it is no longer disputed that contractual rights can indeed

be indirectly expropriated<sup>27</sup> and many ICSID tribunals<sup>28</sup> have rejected respondents' argument that they could not hear claims because they were "purely contractual."

Apart from FET violations, the two awards dealt with another relevant and unsettled issue in the field, namely the discussion as to whether measures taken - and public policy imposed - by many different state-related enterprises and agencies could lead to its liability and trigger responsibility under its respective international treaty. In *Staur*<sup>29</sup> this was essential for determining Latvia's liability and the outcome of the dispute at hand. Here the tribunal distinguished between *de jure* and *de facto* factors when labeling entities 'state organs.' Latvia raised jurisdictional objections based on the "contractual" nature of both the project and measures taken by

<sup>27</sup> See *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Award (9 Sep. 2021); *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco SA v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award (27 Aug. 2019); *Phillips Petroleum Company Iran v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 425-39-2 (29 June 1989); *Libyan American Oil Company (LLAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award (12 April 1977); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007); *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award (19 August 2005); *Biwater Gauff (Tanzania) v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001); *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000); *Southern Pacific Properties (Middle East Limited) v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992).

<sup>28</sup> Guerrero-Rocca, Gilberto "Glencore I: Adopting Stabilization Clauses in Investment contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense. *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*" (ICSID, Case No. ARB/16/6). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, 2020. In *Glencore I*, the tribunal relied on the *Vivendi* annulment committee which has stated that "[a] state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa." In order to determine whether the claims were or were not based on a contract, it used the "fundamental basis" test: (i) "whether the fundamental basis of the claim is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the Parties is to be judged;" or (ii) "whether the standard against which the conduct of the Parties must be measured is a contract."

<sup>29</sup> "These breaches are claimed to have been the product of a series of acts and omissions of **SJSC Airport, the M rupe Municipality, the Ministry of Transport, the Ministry of Justice, the Latvian Parliament and the Latvian courts**, all acting as organs of the Latvian State, within the meaning of Article 4 of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of the International Law Commission (the "ILC Articles") or, alternatively, that are attributable to the State, in the case of *SJSC Airport*, on the basis of the principles set forth in Articles 5 or 8 of the ILC Articles." (Our emphasis added). Award ¶224.

<sup>23</sup> "These *indicia* are: (a) a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose; (b) a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice, or personal preference; (c) a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision-maker; and (d) a measure taken in willful disregard of due process and proper procedure." Award ¶760.

<sup>24</sup> See: *Teinver v. Argentina*; *Glencore I v. Colombia*; and *Global Telecom v. Canada*. Award ¶760.

<sup>25</sup> "As determined in *Gold Reserve v. Venezuela*, "even if a measure or conduct by the State, taken in isolation, does not rise to the level of a breach of the FET, such a breach may result from a series of circumstances or a combination of measures." ¶761.

<sup>26</sup> "Nor have the Claimants established that Latvia failed either to provide the Claimants with a transparent, consistent and stable business framework or to respect their legitimate expectations." Award ¶470.

a broad range of state instrumentalities, which (it affirmed) fall beyond the scope of the treaty. The tribunal dismissed these objections and upheld its jurisdiction, asserting that (i) unless it is manifest that claims can only be contract claims and cannot conceivably be characterized as treaty claims, it is not admissible to decline jurisdiction by stating that they are not treaty claims;<sup>30</sup>(ii) although Latvia's direct involvement was unclear, it was undisputed that some acts were attributed to it.<sup>31</sup> On the merits another, different, analysis was drawn because the tribunal found that those acts did not amount to the so-called "regulatory roller coaster" which implies FET violations.

In *Eco Oro* other relevant issues were addressed such as whether claimants were "free-rider" investors;<sup>32</sup> investors protected under the treaty; and to what extent environmental-related disputes were specifically excluded from the scope of the treaty.

In that regard, the tribunal dismissed Colombia's objections and upheld its jurisdiction by asserting that: (i) *Eco Oro* was neither owned nor controlled by investors of a non-party on the relevant date, thus Colombia was not entitled to deny claimants the benefits of Chapter Eight;<sup>33</sup>(ii) claimants are investors protected by the treaty, and the tribunal should not be engaged in an analysis of the beneficial owner of the claimant but rather the beneficial ownership of the property subject of the claim. There is no provision in the treaty requiring such level of scrutiny,<sup>34</sup> and (iii) contrary to Colombia's con-

tion<sup>35</sup> (*i.e.*, that environmental measures *per se* were entirely beyond the scope of the FTA), according to the ordinary VCLT<sup>36</sup> meaning of Article 2201(3) of the Treaty<sup>37</sup>, a party does not need to consider measures listed as 'exceptions' in order to block the applicability of Chapter Eight as a whole, thus investors are allowed to seek compensation but not restitution for a breach of the treaty, and Colombia was not prevented from "adopting or enforcing" the environmental measures under analysis.

Despite their different outcomes (on the merits), both awards deserve special attention in regard to how tribunals have to assess measures leading to a "regulatory roller coaster" and to what extent FET violations may suffice. Moreover, both awards shed light on how sovereign states should not use public policies as an excuse for not compensating investors' legitimate expectations or as a shield against claims based on arbitrary measures in the field of treaty-based investment arbitration.

## 2.2.2 ESPFeteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia.

CIADI, Case No. ARB/16/5, laudo arbitral 14/09/2020

Nicolás Vassallo<sup>38</sup>

ESPF Beteiligungs GmbH (ESPF), es una sociedad alemana de inversiones, subsidiaria de European Solar Power Fund Nr. 1 GmbH & Co. KG; ESPF Nr. 2, constituidas bajo las leyes de Austria y subsidiaria a su vez de la empresa Solar Power Fund Nr. 2 GmbH & Co. KG;

<sup>30</sup> "Similarly, the Tribunal considers that unless it is manifest that the claims being advanced by the Claimants could only be contract claims and could not conceivably be characterized as treaty claims, it is not appropriate for the Tribunal to decline jurisdiction on the basis that they are not treaty claims. This is particularly so where, as here, the claims as presented are not stated to be for the breach of the Land Lease Agreements and have been made in respect of the conduct of numerous actors who were not themselves parties to those agreements, including, notably, the Ministry of Transport, the Märupe Municipality and the Latvian courts." Award ¶304.

<sup>31</sup> (...) As the Hamester v. Ghana tribunal stated: "On the contrary, the evidential record . . . is more complex. In fact, the Respondent itself recognizes that some acts are attributable to the . . . Government, while denying that they amount to international illegal behavior. In other words, while the extent of the State's involvement is unclear, it is not contested that some acts are attributable to [the State]." 493 The same is equally true here. Award ¶305.

<sup>32</sup> "The Respondent submits that Article 814(2) permits State parties to deny the advantages of the Treaty, including access to international arbitration, to companies which are owned or controlled by nationals of third States and have no substantial business in their State of incorporation. This provision is similar to the counterpart provisions in NAFTA, CAFTA and certain BITs and serves to safeguard against "free-rider" investors." Award ¶218.

<sup>33</sup> Award ¶254.

<sup>34</sup> Award ¶273.

<sup>35</sup> Award ¶380.

<sup>36</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. Canada and Colombia are both parties to VCLT.

<sup>37</sup> "Article 2201: General Exceptions [...] (3) For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, **nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:** (a) To protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include **environmental measures** necessary to protect human, animal or plant life and health; (b) To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources." (Our emphasis added).

<sup>38</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Católica (Chile); Máster en Derecho Internacional de la University College of London; Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades Del Desarrollo y Finis Terrae. Socio del estudio Apparcel Uriarte & Vassallo (AUV). El resumen fue realizado por María Gabriela de Abreu.

y InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG, constituidas bajo las leyes de Alemania, que en conjunto son los demandantes. La disputa surge con motivo de unas medidas regulatorias hechas por Italia, en particular, unas medidas legislativas y posteriores decisiones judiciales que reducían los incentivos tarifarios y las garantías ofrecidas para invertir en el sector de energías renovables, y que éstas afectaban la inversión de los demandantes en dicho país. Estas medidas en particular son tres: el Decreto *Spalmaincentivi*; la administración tarifaria y costes; y el régimen MGP / Off-Take. En particular los demandantes alegaron que las medidas afectaron sus proyectos enfocados en tecnología fotovoltaica. Por estas razones los demandantes iniciaron ante el CIADI una demanda contra Italia, alegando incumplimiento de sus obligaciones con el artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), relativo al trato justo y equitativo. El Estado se defendió alegando que nunca garantizó que los incentivos se mantendrían sin ningún cambio y sus medidas surgen de su derecho legítimo a regular.

En los méritos del caso, el Tribunal comienza analizando el estándar de trato justo y equitativo: en este aspecto surge el análisis de si el trato justo y equitativo es un estándar independiente (tal como lo afirmó el demandando) o tiene a su vez varios subestándares<sup>39</sup> (alegado por los demandantes). En este sentido, el Tribunal confirmó que el estándar de trato justo y equitativo comprende varios elementos, entre esos, no frustrar las legítimas expectativas, brindar condiciones estables para la inversión, actuar de manera constante y transparente (lo que comprende debido proceso y buena fe), y no tomar medidas discriminatorias y arbitrarias<sup>40</sup>.

Particularmente con las legítimas expectativas, el Tribunal se hace la pregunta de cuales expectativas reales pudo tener los demandantes con base al régimen tarifario ofrecido por Italia (*Conto Energia* Regime)<sup>41</sup>. En este sentido afirmó el Tribunal citando el caso *Micula v. Romania*,

que hay diversas maneras en que un Estado brinda de manera explícita promesas o garantías, y en dicha medida le da a un inversor unas determinadas expectativas. En el caso concreto, la mayoría del Tribunal consideró que el propósito de Italia con el régimen *Conto Energia* era ofrecer a los inversores incentivos para el desarrollo del sector de energía solar fotovoltaica, este régimen, aunque era un marco general iba a un sector específico con unos requisitos determinados, en los cuales invirtieron los demandantes<sup>42</sup>. por ello, era totalmente legítimo para los inversores esperar que no se cambiara el FIT estipulado por 20 años<sup>43</sup>, y esta legítima expectativa surgió desde el momento en que los demandantes hicieron su inversión<sup>44</sup>. Aunque el Estado se defendió alegando que el régimen no ofrecía una cláusula de estabilización, la mayoría del Tribunal consideró que el lenguaje del *Conto Energia* constituyó un compromiso específico de mantener el régimen tarifario por 20 años<sup>45</sup>. La mayoría del Tribunal consideró también que la medida tomada por Italia modificatoria del régimen (específicamente el Decreto *Spalmaincentivi*) no fue proporcional ni razonable<sup>46</sup>. No obstante, la árbitro L. Boisson de Chazournes, manifestó estar en desacuerdo con este razonamiento. En opinión de la árbitro, se debe hacer un ejercicio de balance con respecto a las circunstancias específicas del caso, y en su opinión el régimen constituyó una garantía específica “inmutable”. Por lo tanto, consideró que el *Conto Energia* no constituyó una promesa de congelamiento de la tarifa por 20 años y, en consecuencia, no creó una expectativa legítima al respecto<sup>47</sup>.

Otro elemento sobre el estándar de trato justo y equitativo que examino el Tribunal fue la obligación de brindar consistencia y transparencia. En este sentido, el

<sup>39</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §438, disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-espf-beteiligungs-gmbh-espf-nr-2-austria-beteiligungs-gmbh-and-infraclass-energie-5-gmbh-co-kg-v-italian-republic-award-monday-14th-september-2020>

<sup>40</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §443.

<sup>41</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §510.

<sup>42</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §518.

<sup>43</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §511.

<sup>44</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §541.

<sup>45</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §567.

<sup>46</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §594.

<sup>47</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n°. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §645.

Tribunal consideró que si bien el Decreto *Spalmaincentivi* frustró las legítimas expectativas del demandante, esto no quiere decir que el Estado no haya actuado de forma transparente en este aspecto pero si demostró una actitud inconsistente<sup>48</sup>. Con respecto a la buena fe, el Tribunal consideró que no era necesario abordarlo, dado los aspectos analizados con anterioridad.

Con respecto a las alegadas medidas discriminatoria e irrazonables, la mayoría del Tribunal concluyó que el Decreto *Spalmaincentivi* fue irrazonable y alteró el esquema tarifario prometido en un principio. Con respecto a las otras medidas (administración tarifaria y costes; régimen MGP / Off-Take) el Tribunal no las consideró como irrazonables, tomando en cuenta que no hubo violación al debido proceso, y se tomaron con propósitos legítimos y específicos<sup>49</sup>. Por último, el Tribunal también confirmó que el Decreto *Spalmaincentivi* violó la cláusula paraguas<sup>50</sup>.

### 2.2.3 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España

CIADI, Caso ARB/13/36, Decisión del Comité de Anulación 11/06/2020

María Gabriela De Abreu<sup>51</sup>

Eiser Infrastructure Limited es un fondo de inversión en capital privado con varias sedes, entre esas una en Luxemburgo, llamada Energía Solar Luxembourg S.à.r.l (los demandantes). En el marco de una serie de incentivos, préstamos, entre otros que estaba otorgando España (el demandado) en materia de energía renovable, los demandantes, invirtieron entre el 2007 y el 2011 en dicho país para la construcción de tres plantas de

energía termo-solar. Sin embargo, en el 2008, España comenzó a sufrir un déficit tarifario por lo que comenzó a tomar una serie de medidas donde los ingresos de los demandantes comenzaron a reducirse hasta ser insuficientes para tener una inversión estable. Por estas razones Eiser y su filial demandaron a España ante el CIADI, alegando violación a Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) en sus obligaciones sobre trato justo y equitativo, frustración de legítimas expectativas, medidas discriminatorias, cláusula paraguas, y alegando que su inversión fue objeto de una expropiación indirecta. El Tribunal CIADI consideró que el cambio regulatorio hecho por España afectó gravemente la inversión de los demandantes, produciendo una reducción significativa en los ingresos previstos<sup>52</sup>. Por ello, el tribunal determinó que España violó el artículo 10 (1) del TCE al no otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de los demandantes<sup>53</sup>.

Posteriormente España solicitó la nulidad del laudo, alegando varias razones, entre esas una violación al deber de revelación por parte de uno de los árbitros y en consecuencia una constitución errónea del Tribunal. Se trata de una relación entre el árbitro Dr. Stanimir A. Alexandrov y un empleado de la empresa Brattle Group<sup>54</sup>, el perito Sr. La Puerta. El Comité de anulación dividió su análisis en: - constitución incorrecta del tribunal y – quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

Constitución incorrecta del tribunal: lo primero que hace el Comité es evaluar el estándar aplicable. Tal como en el Comité de anulación del caso *EDF v. Argentina*, este Comité coincidió en que, con base al artículo 52(1)(a) y (d) del Convenio CIADI, debe examinarse el asunto de nuevo y aplica un *test* similar de tres pasos<sup>55</sup>:

*a) ¿hubo una renuncia al derecho de plantear esta cuestión porque la parte en cuestión no lo hizo con la celeridad suficiente? El Comité consideró que España no conocía ni tenía forma de saber de esta relación antes de*

<sup>48</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §657.

<sup>49</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §671-720.

<sup>50</sup> ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. República de Italia. (CIADI n.º. ARB/16/5), laudo del 14/09/2020, §827.

<sup>51</sup> Abogada (Universidad Rafael Bellosó Chacín, Venezuela). LL.M. en Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile). Coordinadora ejecutiva del programa de Magister en Derecho Internacional del Heidelberg Center para América Latina y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación 11190168. E-mail: mg.deabreu@heidelberg-center.cl

<sup>52</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), laudo del 04/05/2017, §389, disponible en: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf)

<sup>53</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), laudo del 04/05/2017, §486(b),

<sup>54</sup> Empresa dedicada a servicios de consultoría y testimonios de expertos en arbitrajes internacionales.

<sup>55</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España* (CIADI n.º ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §180 – 181.

que el laudo fuera dictado<sup>56</sup>, por lo que el Comité determinó que España no renunció a su derecho a objetar la independencia del árbitro<sup>57</sup>.

*b) Si la cuestión fue planteada con la suficiente prontitud, ¿la parte que solicita la anulación demostró que un tercero encontraría una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad mediante una evaluación razonable de los hechos del caso?* El Comité encontró en primer lugar que, de los hechos descritos por España, hay “diversos vínculos profesionales, pasados y presentes”<sup>58</sup> entre el árbitro y el perito: el árbitro fue socio en el estudio de abogados Sidley Austin donde fue abogado de parte en diversos arbitrajes y donde a su vez el grupo Brattle y el Sr. La Puerta fueron contratados por la misma parte<sup>59</sup>. El comité consideró que si bien, los árbitros y peritos dedicados al arbitraje de inversión suelen tener interacciones frecuentes, en aras de “una conducción justa y objetiva” todos los vínculos deben hacerse conocer a las partes y los otros árbitros<sup>61</sup>. En el caso concreto, el Comité encontró que hubo “una apariencia manifiesta de perjuicio” y que había un deber de revelación por parte del árbitro<sup>62</sup>. El tercer paso del test *c) ¿podría la apariencia manifiesta de falta de imparcialidad o independencia de ese árbitro haber tenido un efecto sustancial en el laudo?*, se analizó en esta segunda parte a continuación.

**Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento:** el Comité consideró que “la independencia e imparcialidad de un árbitro es una norma fundamental de procedimiento”<sup>63</sup>. Por ello, el deber del árbitro se extiende a manifestar cualquier circunstancia que podría poner en juicio su imparcialidad incluso ante un tercero

a la causa. Por esta razón, el Comité determinó que la falta de revelación del árbitro privó a España de la posibilidad de recurrarlo en el procedimiento arbitral y por ende de tener un tribunal independiente e imparcial<sup>64</sup>. En consecuencia, el Comité concluyó que si hubo un quebrantamiento a una norma fundamental. En estas circunstancias, analiza el Comité la pregunta *c* del test, con respecto a si esta falta de imparcialidad por parte del árbitro pudo tener un efecto material en el laudo; comenta el Comité que los árbitros intercambian opiniones que pueden influir entre los mismos árbitros. Por ello, no puede pensarse que el análisis del árbitro Dr. Alexandrov no pudo haber tenido algún efecto material en las opiniones de sus co-árbitros y en consecuencia sobre el laudo. El Comité concluyó que la falta de revelación fue una falta grave y anuló el laudo con base al artículo 52 (1) (a) y (b) del Convenio CIADI<sup>65</sup>.

Esta decisión del Comité pone en la palestra temas muy relevantes en el arbitraje de inversión. Por un lado, reaviva el tema sobre la imparcialidad de los jueces. De igual forma, destaca la falta de uniformidad en las decisiones CIADI, donde en casos similares sobre una misma disposición (artículo 52 (1)(a) y (b) del Convenio), se han hecho interpretaciones diferentes<sup>66</sup>. Por último, se pone en relieve la carga sobre los árbitros respecto a la obligación de divulgación.

## 2.2.4 Joshua Dean Nelson v. Estados Unidos Mexicanos

CIADI, Caso No. UNCT/17/1, laudo arbitral 05/06/2020

Karen Longaric<sup>67</sup>

<sup>56</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §188 – 189.

<sup>57</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §190.

<sup>58</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §208.

<sup>59</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §205.

<sup>60</sup> Además, dicha interacción ya había sido impugnada ante la CPA en el caso Tethyan Copper v. Pakistán y en el caso SolEs Badajoz v. España. Sin embargo, en estos casos la impugnación surgió durante el procedimiento arbitral.

<sup>61</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §217.

<sup>62</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §233. El Comité hace referencia a las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2014), Norma General 3(d).

<sup>63</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §239.

<sup>64</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §241.

<sup>65</sup> Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. v Reino de España (CIADI n° ARB/13/36), Decisión del Comité de Anulación del 11/06/2020, §253.

<sup>66</sup> Por ejemplo, en los casos *Azurix v. Argentina* y *OI European Group B.V. v. Venezuela*, los Comités argumentaron que si los hechos del motivo de recusación se conocen con posterioridad a la emisión del laudo, esto solo es motivo de revisión más no de anulación. En la línea de este caso de *Eiser v. España*, los Comités de *Vivendi v. Argentina (Vivendi II)* y *EDF v. Argentina* y *Suez* han sido del criterio de que en estas circunstancias de conocer las causales luego de emitido el laudo puede configurarse un motivo de anulación.

<sup>67</sup> Profesora e investigadora adscrita al Instituto de Investigación de Derecho (Universidad Autónoma de Chile). Doctora en Ciencias Económicas y Magister en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Docente emérita de la Universidad Mayor de San Andrés

Se trata de una controversia entre un inversionista de nacionalidad estadounidense, como Demandante; y los Estados Unidos de México, como Demandada. Arbitraje administrado por el CIADI, conforme al TLCAN y al Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, bajo el Caso N° UNCT/17/1, Laudo de fecha 5 de junio de 2020. En 2010 los ciudadanos estadounidenses Joshua Dean Nelson y Jorge Blanco conjuntamente Miguel Sacasa natural de México, constituyeron Tele Fácil México S.A, domiciliada en México. En 2011, la Secretaría de Comunicaciones y Transporte de México otorgó una concesión por 30 años a Tele Fácil para instalar, operar y explotar una red de telecomunicaciones, para cuyo efecto Tele Fácil decidió interconectarse con Telmex, mayor operador de telecomunicaciones de México. Telmex envió a Tele Fácil un proyecto de convenio de interconexión estándar, no permitía la interconexión indirecta, incorporaba cargos de portabilidad e incluía una tasa de interconexión recíproca de \$US 0,000975 por minuto, que Tele Fácil respondió después de once meses, solicitando modificaciones.

En 2013 México modificó sus regulaciones sobre telecomunicaciones y creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) como ente regulador. La nueva Ley Federal de Telecomunicaciones introdujo la tarifa 0 de interconexión prohibiendo a Agentes preponderantes cobrar tarifas de interconexión a otros operadores por llamadas que terminen en su red. En virtud de ello Tele Fácil presentó al IFT un procedimiento de desacuerdo contra Telmex, que éste respondió con un nuevo proyecto de convenio excluyendo cargos de portabilidad, permitiendo la conexión indirecta y afirmando que ambos estaban en desacuerdo sobre las tarifas aplicables, solicitando al IFT determinar las mismas. El IFT emitió la Resolución 381 (R-381) indicando que Telmex aceptó incluir las nuevas disposiciones sobre servicios de interconexión indirecta y cargos de portabilidad; que las tarifas de interconexión estaban definidas en el proyecto enviado por Telmex a Tele Fácil e instruyó interconectar redes, iniciar la prestación de servicios y celebrar los convenios conforme a la R-381.

Telmex impugnó la R-381 y el IFT emitió el Acuerdo 77 señalando que sus atribuciones se limitaban a resol-

ver asuntos no convenidos por las Partes (interconexión indirecta y costos de portabilidad). Tele Fácil presentó un Recurso impugnando falta de exigencia del IFT para cumplimiento de la R-381 y el Tribunal Administrativo rechazó dicho Recurso. En 2015 el IFT emitió la Resolución 127 (R-127) afirmando que el Acuerdo inicial entre Telmex y Tele Fácil era nulo, por lo cual fijó nueva tarifa. Tele Fácil presentó Recurso contra la R-127 que supuestamente dejaba sin efecto la R-381. El Tribunal Administrativo rechazó dicho Recurso.

Joshua D. Nelson y Jorge Blanco presentaron demanda en el CIADI por sí y en representación de Tele Fácil contra el IFT de México, denunciando lo siguiente: que la demandada expropió ilegalmente sus inversiones vulnerando el art. 1110 del TLCAN, que la negativa del IFT a hacer cumplir la R-381 inviabilizó un convenio de interconexión con Telmex y que en tales circunstancias le era imposible generar ingresos en México lo que significó la pérdida total de Tele Fácil. Acotó que sus derechos en virtud del convenio de interconexión constituían una inversión, conforme el art. 1139 del TLCAN y no excluían los derechos que se establecen entre un inversionista y un tercero al amparo del art. 1110 del TLCAN; que el Acuerdo 77 del IFT careció de debido proceso, era discriminatorio y la R-127 era una consecuencia del esquema arbitrario, secreto y discriminatorio del IFT, lo cual también violó el art. 1105. Por todo ello pedía al Tribunal el pago de una compensación, de intereses y costas del arbitraje

A su vez, la Demandada negó que haya expropiación y violación al art. 1110 del TLCAN en razón a: i) Además de las acciones en Tele Fácil el Demandante no contaba con activos propios protegidos en virtud del art. 1110, ii) que las medidas adoptadas no constituían expropiación ilícita y iii) que las mismas podrían justificarse de buena fe como actos regulatorios de interés público. Alegó que el Acuerdo 77 constituyó una aclaración del alcance de la R-381 y que la R-127 resolvió el desacuerdo acerca de las tarifas. Que las medidas impugnadas por el demandante en virtud del art. 1105 del TLCAN, es decir la R-381, el Acuerdo 77 y la R-127 tuvieron por objeto resolver una disputa entre Tele Fácil y un tercero (Telmex), donde el IFT actuó como entidad cuasi judicial. Los dos recursos de amparo promovidos por el demandante, uno contra el Acuerdo 77, fue presentado extemporáneamente y el otro contra la R-127, fue retirado por el recurrente, consecuentemente no hubo denegación de justicia ni trato injusto e inequitativo.

(Bolivia), ex canciller del Estado Plurinacional de Bolivia y autora de varios libros y artículos especializados en Derecho Internacional Público y Privado. E-mail: Karen.longaric@uautonoma.cl

El Tribunal para determinar la existencia de una expropiación en violación al art. 1110(1) del TLCAN, en su análisis adoptó una prueba de tres pasos, a preguntar: a) si hay una inversión susceptible de ser expropiada, b) si esa inversión ha sido de hecho expropiada y c) si se han cumplido las condiciones establecidas en el art. 1110(1) a y d. El Tribunal concluyó: **a)** En ninguna parte de la R-381 el IFT decide sobre la cuestión de las tarifas, **b)** Tele Fácil hizo una apuesta fundada en suposiciones e interpretaciones incorrectas de dicha Resolución. **c)** Por medio del Acuerdo 77 el IFT debía interpretar la R-381 de conformidad con el derecho mexicano, **d)** El IFT debía decidir la controversia sobre la tarifa de interconexión por medio de la R-127. El tribunal señala que Tele Fácil no tenía derechos en el Acuerdo de interconexión, que el demandante vio una ventana de negocios y con oportunismo intentó sacar provecho de la R-381; que el demandante no puede afirmar que un derecho que no posee conforme al derecho mexicano sea susceptible de ser expropiado. Por lo que el Tribunal concluyó que no hay violación del art. 1110 del TLCAN; que ni la solicitud de confirmación de criterio, ni el Acuerdo 77 violaron el art.1105, en consecuencia, la R. 127 no puede derivativamente violar el art 1105. Finalmente, el panel de árbitros rechazó las reclamaciones del demandante por expropiación ilícita, planteada sobre la base del art. 1110 del TLCAN y rechazar la reclamación por trato injusto e inequitativo planteada sobre la base del art. 1105 del TLCAN.

### 2.2.5 Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. República Federal de Nigeria

CIADI, Caso No. ARB/13/20, laudo arbitral sobre méritos 06/10/2020

Fabián J. Villeda Corona<sup>68</sup>

Las partes en el presente caso son *Interocean Oil Development* e *Interocean Oil Exploration* y la República Federal de Nigeria.<sup>69</sup> Interocean pertenecía a su vez a Impex

Limited, propiedad del Sr. Vittorio Fabri. Tanto *Interocean Oil Development* como *Interocean Oil Exploration* fueron constituidas bajo las leyes del Estado de Delaware, EE. UU. Interocean constituyó una empresa vehículo de propósito especial en Nigeria llamada *Pan Ocean Oil Company*, la cual operaba los derechos de exploración y explotación de dos yacimientos de petróleo. En 1984, Pan Ocean y la Corporación Nacional de Petróleo de Nigeria (CNPN) suscribieron un contrato de compraventa de petróleo. Sobre los beneficios de esta joint venture, Interocean tenía derecho sobre un 40% de estos, y la CNPN gozaba de un 60%.

El Sr. Fabri falleció intestado en 1998. La ex esposa del Sr. Fabri, la Sra. Annabella Timolini alegó que el Sr. Fabri había transferido la titularidad de las empresas a su nombre y el de sus hijos, sin embargo, dicha titularidad no fue reconocida en Nigeria. Entonces, el Director de Pan Ocean, el Sr. Festus Fadeyi tomó control de las compañías e inició un proceso judicial para que la Corte determinara que ni la Sra. Timolini ni su hijo eran accionistas o directores de Pan Ocean. Sin embargo, la Corte le dio la razón a los familiares del Sr. Fabri. Pese a ello, el Sr. Fadeyi solicitó a la Corte permiso para celebrar una Asamblea alegando la imposibilidad de comunicarse con los familiares del Sr. Fabri y que tal situación ponía en riesgo las operaciones de la empresa. La Corte aceptó y en dicha Asamblea el Sr. Fadeyi emitió 7,500 acciones que fueron distribuidas entre él y dos personas de su confianza. La familia del Sr. Fabri recurrió ante la Corte, pero esta validó la acción realizada por el Sr. Fadeyi, provocando la pérdida de control de Pan Ocean por parte de Interocean.<sup>70</sup>

Posteriormente, se inició el Arbitraje bajo el reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La fuente del consentimiento para la jurisdicción del CIADI, no vino ni de un Tratado ni de un Contrato, sino la de la Ley de la Comisión para la Promoción de la Inversión, la cual, además, por medio de la incorporación del derecho común inglés, el derecho consuetudinario internacional resultó aplicable a la controversia de acuerdo con el Tribunal.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Asociado en Lexincorp Honduras. Abogado por la Universidad Tecnológica Centroamericana. LL.M. int. por la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg y Magíster en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile. Árbitro y Secretario de Tribunal Arbitral del CCA-CCIT. E-mail: fvilleda@lexincorp.com

<sup>69</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20,

§ 1-4. Texto disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11819.pdf> Acceso en: 2 jun 2021

<sup>70</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 6-41.

<sup>71</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 165.

En ese orden de ideas, Interocean alegó expropiación progresiva de su inversión y violación al derecho consuetudinario internacional. Según Interocean, el hecho que la CNPN (que como se señaló anteriormente, tenía participación en los beneficios del joint venture) haya ignorado las correspondencias que le fueron enviada en la que señalaban las dificultades que estaban atravesando con el control de la empresa negando la protección a la inversión y por otro lado, que la Corte haya primero permitido celebrar la Asamblea y luego validado el resultado era un hecho atribuible al Estado y además de esta forma se mostraba la confabulación del Sr. Fadeyi con el Estado para tomar control efectivo de su inversión. Por su parte, Nigeria argumentó que los actos del Sr. Fadeyi no podían ser atribuibles al Estado de acuerdo con el derecho internacional, e Interocean no demostró que Fadeyi actuara como un agente del Estado, o bajo las órdenes o que el Estado estuviera involucrado de alguna manera en estos actos. Pese a que el Tribunal razonó más adelante que si bien la decisión de la Corte sí era atribuible a Nigeria<sup>72</sup>, Interocean no presentó evidencia suficiente que permitiera al Tribunal apreciar una actuación conjunta entre el Estado y el Sr. Fadeyi, añadiendo que cada rol que Nigeria tuvo en el histórico del caso fue independiente de las actuaciones del Sr. Fadeyi, por lo tanto, los actos no podían ser atribuibles a Nigeria y por tal razón, no hubo expropiación.<sup>73</sup>

En referencia a las alegaciones de derecho consuetudinario internacional, se redujeron a una presunta violación del Nivel Mínimo de Trato (NMT) y una violación al estándar Trato Justo y Equitativo (TJE) y de protección y seguridad plenas como un estándar autónomo del derecho internacional consuetudinario. Interocean argumentó que, de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional, Nigeria tenía que respetar el NMT establecido en *Neer vs México*, lo cual podía ser apreciado por los actos y/u omisiones del Estado y en particular, la decisión de la Corte había sido un “gran error de justicia” por tanto violando el NMT.<sup>74</sup> Nigeria, por otro lado, consideró que los criterios para determinar una violación del NMT del caso *Neer vs México* consti-

tuían un umbral alto que debía ser probado por quien lo alega.<sup>75</sup>

El Tribunal concluyó que aun si aceptara la postura de Interocean, los actos del Sr. Fadeyi no eran atribuibles a Nigeria.<sup>76</sup> En cuanto al TJE y protección y seguridad plenas, Interocean argumentó que era un estándar autónomo del derecho consuetudinario internacional y que dicha afirmación está confirmada por la “*plétora de TBIs que contienen cláusulas de TJE*”, lo cual evidencia el nivel de aceptación entre los Estados del estatus del TJE como principio consuetudinario.<sup>77</sup> En relación con la protección y seguridad plenas, se refirió a la detención del Sr. Rooks (uno de los directivos de Pan Ocean) en el año 1987 y la denegación de acceso a instancias gubernamentales o al país inclusive. Nigeria consideró que Interocean no pudo citar ni decisiones, ni opiniones ni autoridades legales que respaldaran el criterio de estándar autónomo del TJE, y que el hecho que estuviese contenido en muchos TBIs, no constituye derecho consuetudinario pues no satisface los elementos que la componen.<sup>78</sup> Referente a la Protección y Seguridad Plenas, consideró que este se subsume en el NMT y está relacionado con serias amenazas a la seguridad e integridad física.<sup>79</sup> El Tribunal no hizo mayor análisis respecto a la argumentación de que el TJE era un estándar autónomo, sino que únicamente decidió que Interocean no había satisfecho los elementos del TJE y Protección y Seguridad Plenas y por lo tanto no podía apreciar una violación de estos. Finalmente, el Tribunal desestimó las reclamaciones presentadas y, por tanto, al no tener Nigeria responsabilidad por las pérdidas de Interocean, el Tribunal no procedió a discutir daños más allá de los costos relacionados con el procedimiento, condenando a Interocean el reembolso de los gastos incurridos por Nigeria.<sup>80</sup>

<sup>72</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 344.

<sup>76</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 335

<sup>77</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 338.

<sup>78</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 347.

<sup>79</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 357.

<sup>80</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 399.

<sup>72</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 310.

<sup>73</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 235.

<sup>74</sup> *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company vs Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/13/20, § 337.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.