

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Revisión de laudos de arbitrajes
de inversión 2019: i Encuentro
Anual (Santiago de Chile,
25/06/2020)**

Andrés Delgado Casteleiro

Ivette Esis

VOLUME 17 • N. 2 • 2020
POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL /
POPULISM AND INTERNACIONAL LAW

Sumário

I. CRÔNICAS	1
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA	3
Nitish Monebhurrn	
SOBRE A SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NA AMÉRICA LATINA	7
Lucas Carlos Lima	
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA - UMA REAÇÃO SOBRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DE SEU DESENHO INSTITUCIONAL.....	15
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL SOB UMA NOVA PERSPECTIVA: NOSSA EXPERIÊNCIA NA PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL MOOT COURT COMPETITION	20
Ana Vitória Muniz Bokos, Igor Medeiros Maia, Jefferson Seidy Sonobe Hable, Gabriel de Oliveira Borba, Gilda Nogueira Paes Cambraia e Nayara Lima Rocha Da Cruz	
REVISIÓN DE LAUDOS DE ARBITRAJES DE INVERSIÓN 2019: I ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 25/06/2020)	31
Andrés Delgado Casteleiro e Ivette Esis	
II. DOSSIÊ: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL / POPULISM AND INTERNATIONAL LAW	54
EDITORIAL: POPULISM AND INTERNATIONAL LAW: GLOBAL SOUTH PERSPECTIVES	56
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	
EDITORIAL: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS DO SUL GLOBAL	61
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	

BETWEEN SCIENCE AND POPULISM: THE BRAZILIAN RESPONSE TO COVID-19 FROM THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL DETERMINANTS OF GLOBAL HEALTH	67
Deisy de Freitas Lima Ventura e Jameson Martins	
POPULISM, ENVIRONMENTAL LAW, AND THE POST-PANDEMIC ORDER.....	85
Alessandra Lehmen	
POPULISM AND THE EVANGELICAL CHURCH IN LATIN AMERICA: HOW ANTI-LGBTI FORCES TRIED TO STOP THE COLOMBIAN PEACE AGREEMENT	101
Julia Assmann de Freitas Macedo e Fabrízio Conte Jacobucci	
“DEUS EM DAVOS”: O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE REACIONÁRIOS E NEOLIBERAIS NO GOVERNO BOLSONARO.....	121
Lucas Taschetto e João Roriz	
CHINESE POPULISM IN THE 1920s, EXTRATERRITORIALITY AND INTERNATIONAL LAW	139
Wanshu Cong	
CONCEPTUALIZING UNILATERALISM, FRAGMENTATIONISM AND STATISM IN A POPULISM CONTEXT: A RISE OF POPULIST INTERNATIONAL LAW?	162
Wei Shen e Carrie Shu Shang	
AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA SIN AUTONOMÍA POLÍTICA: LA APLICACIÓN DEL MODELO “UN PAÍS DOS SISTEMAS” EN HONG KONG	186
Juan Enrique Serrano Moreno	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	197
UM TWAILER ENTRE NÓS? AS CONTRIBUIÇÕES DE CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO PARA O DIREITO INTERNACIONAL (CRÍTICO) NO BRASIL	199
Fabio Morosini e Matheus Leichtweis	
DEMOCRACIES IN DANGER: ARE JUDICIAL DIALOGUES MEANS TO REFRAIN SETBACKS IN LATIN AMERICA?.....	224
Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak	

MOVER (OU NÃO) AS LINHAS DE BASE: AS CONSEQUÊNCIAS DA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DOS OCEANOS SOBRE AS ZONAS MARÍTIMAS DOS PEQUENOS ESTADOS INSULARES EM DESENVOLVIMENTO E AS ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA REDUZIR SEUS IMPACTOS	241
Alexandre Pereira da Silva	
A MINERAÇÃO EM ÁGUAS PROFUNDAS NO PACÍFICO	263
Pierre-Jean Bordahandy	
DUAL NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW IN TIMES OF GLOBALIZATION. CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR CONSULAR ASSISTANCE AND DIPLOMATIC PROTECTION IN RECENT CASES.....	288
Walter Arevalo-Ramirez e Robert Joseph Blaise Maclean	
EXPULSION OF ALIENS: THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW BY CHILEAN SUPERIOR COURTS	309
Regina Ingrid Díaz Tolosa	
O TIPO PENAL BRASILEIRO DE PROMOÇÃO DE MIGRAÇÃO ILEGAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA	332
Regina Cândido Lima e Silva Santos e Deilton Ribeiro Brasil	
INDICADORES TRANSNACIONAIS DE CORRUPÇÃO AMBIENTAL: A OPACIDADE NA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL	352
Márcio Ricardo Staffen	
SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ANÁLISE DAS EXCEÇÕES AO RETORNO IMEDIATO DO MENOR À RESIDÊNCIA HABITUAL E CRÍTICA AO ENQUADRAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO FLEXIBILIDADE PERMISSIVA.....	365
Vivian Daniele Rocha Gabriel	
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PÓS-PROTOCOLO DE PALERMO (2000): ANÁLISE DO ESTADO DE MOÇAMBIQUE	383
Mercia Cardoso de Souza, Guirino Dinis José Nhatave e Francisco Horácio da Silva Frota	

IV. ARTIGOS TRADUZIDOS 402

DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO 404

Emmanuelle Tourme-Jouannet e Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

V. RESENHAS 423

Fabio Costa Morosini, Gabriel Lee Mac Fadden Santos, Valentina Fonseca da Luz e Vinicius Tejadas Maia

Revisión de laudos de arbitrajes de inversión 2019: I Encuentro Anual (Santiago de Chile, 25/06/2020)

Andrés Delgado Casteleiro* e Ivette Esis**

Organizadores

PARTE I

Presentación del evento revisión de laudos arbitrales de inversión 2019: I encuentro anual

1. Introducción

Ivette Esis

Andrés Delgado Casteleiro

El pasado 25 de junio de 2020 se celebró el primer encuentro anual de revisión de laudos de arbitrajes de inversión, dictados en el año 2019, en idioma castellano. Se trata de una iniciativa coordinada por la Facultad de Derecho, el Instituto de Investigaciones en Derecho y el Centro de Regulación de Consumo de la Universidad Autónoma de Chile, liderado por los Profs. Dres. Ivette Esis y Andrés Delgado. Este evento forma parte, a su vez, de las actividades del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168 sobre “Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas”, del cual Ivette Esis es la Investigadora Responsable. Se contó con el apoyo de las siguientes instituciones: el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el Centro Universitario de Brasilia, Universidad del Desarrollo, Florida International University, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y el despacho de abogados Apparcel Uriarte & Vassallo.

Como organizadores habíamos observado que en Chile no había ningún evento que reflexionara sobre lo acontecido en el mundo del arbitraje de inversiones en el año anterior. Era también necesario que dicha reflexión se realizara desde la academia, pero contando con la participación de los distintos actores del sector, para así obtener una gran diversidad de puntos de vista sobre lo que pasó en el 2019 en este ámbito. Asimismo, gracias a la pandemia que atravesamos, el evento pasó de ser solo chileno a uno latinoamericano, demostrando la necesidad en el continente de espacios de reflexión sobre el arbitraje de inversiones como éste.

Junto a las palabras de bienvenida en nombre de la Universidad Autónoma de Chile por parte de Andrés Delgado Casteleiro, participó Rodrigo Yáñez - Subsecretario de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales de Chile (SUBREI) - quien subrayó la importancia de estas acti-

* 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

** Profesora e investigadora, Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile (Chile); Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). Investigadora Responsable del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168. E-mail: ivette.esis@uautonoma.cl

vidades para el mejor entendimiento de los medios de solución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados¹.

De seguidas, participaron destacados expositores en tres mesas. La primera, referida al análisis de los aspectos jurisdiccionales del arbitraje de inversiones, intervinieron Santiago Díaz-Cediel, José Luis Guerrero-Becar, María Gabriela de Abreu y Andrés Delgado, con el análisis de los asuntos: Nissan v. India; Italba Corp. v. Uruguay; Clorox Spain s.L. v. Venezuela y Ekosol v. Italia, respectivamente. Luego, en la segunda mesa se discutieron aspectos de méritos destacados en los laudos arbitrales dictados en 2019 y en la que participaron Zoe Cometti, Gabriel Briceño, Nicolás Vassallo, Gilberto Guerrero-Rocca, Ivette Esis y Manuel Gómez, con la revisión de los litigios: 9REN Holding S.a.r.l. v. España; Conoco Phillips et al v. Venezuela; Cube Infrastructure Fund SICAV and other v. España; Glencore International AG v. Colombia; CEF Energía BV v. Italia y Serafín García Armas y Karina García Gruber v. Venezuela, respectivamente. Ambas mesas fueron coordinadas por la Directora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Dra. Andrea Lucas Garín.

En la tercera mesa del evento se analizaron las implicaciones de la pandemia generada por el Covid-19 en el arbitraje de inversiones y participaron Christian Sommer (Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba), Pablo Nilo Donoso (SUBREI) y Nitish Monebhurrin (Centro Universitario de Brasilia), quienes explicaron desde las perspectivas argentina, chilena y brasilera, y conforme a los tratados de inversión celebrados por los países representados, las dificultades y los desafíos que enfrentaremos en los tiempos por venir, debido a la situación económica mundial y las políticas regulatorias de los países para afrontarla. Esta mesa fue coordinada por Macarena Letelier, Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de

la Cámara de Comercio de Santiago.

En esta crónica el lector encontrará, a continuación, las reflexiones de las instituciones arbitrales que, muy gentilmente, apoyaron esta iniciativa; y, en la segunda parte, siguen los resúmenes de análisis de los laudos comentados en las mesas uno y dos de esta actividad, realizados por cada uno de los participantes (acompañados de sus reseñas curriculares).

2 Revisión de Laudos de Arbitrajes de Inversión 2019 - I Encuentro Anual: Reflexiones de las Instituciones Arbitrales

*Macarena Letelier Velasco²
Santiago Díaz Cediel³*

Para el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G, y para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá es motivo de orgullo y satisfacción haber tenido ocasión de colaborar en el “I Encuentro Anual: Revisión de Laudos de Arbitrajes de Inversión (2019)”, organizado por la Universidad Autónoma de Chile, el 25 de junio de 2020.

El arbitraje internacional, como disciplina jurídica, se nutre del debate académico trascendente y de los aportes que, desde diferentes visiones, contribuyen –de manera continua– al desarrollo de espacios de reflexión en la comunidad arbitral. El ejercicio de difundir y comentar laudos –en el ámbito particular del derecho internacional de las inversiones– propicia, sin duda, un proceso de identificación de las “mejores prácticas” para considerar, aplicar y uniformar en el contexto particular y siempre cambiante de América Latina.

El arbitraje inversionista-Estado, con sus correspondientes discusiones sobre las atribuciones soberanas, exige mayor entendimiento de las sociedades latinoamericanas y, es en ese espíritu que, el escrutinio jurídico

¹ UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE: “Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales inauguró seminario sobre laudos arbitrales de inversión”. Nota de prensa disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/news/subsecretario-de-relaciones-economicas-internacionales-inauguro-seminario-sobre-laudos-arbitrales-de-inversion/> Acceso en: 17 jul 2020.

² Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM-Santiago). Email: mletelier@ccs.cl

³ Coordinador del Área de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC-CCB). Email: santiago.diaz@ccb.org.co

de cuestiones como el análisis de objeciones jurisdiccionales; la aplicación de los estándares convencionales y consuetudinarios de protección a los inversionistas extranjeros; o la sincronía entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho de los tratados, cobra la mayor relevancia.

Las instituciones arbitrales, en observancia del principio de neutralidad, pero conscientes de su rol en la formación y divulgación de las ventajas que representa el arbitraje internacional, deben estar presentes en la construcción de esos aportes. Políticas públicas encaminadas a fortalecer los mecanismos alternativos de resolución de controversias –en general– y el arbitraje internacional –en particular– son esenciales para fomentar un acceso a la justicia célere y especializado, contribuyendo a favorecer un ambiente de confianza, que impulse –precisamente– el entendimiento del rol de tales mecanismos, en disputas entre inversionistas extranjeros y Estados, a la luz de –entre otros– la red de tratados en vigor en esta materia.

Este primer encuentro anual –cuyas crónicas se consiguen en esta edición de la Revista de Direito Internacional– es un encomiable paso en el camino de mayor difusión del arbitraje internacional en las Américas, tarea en la que estarán siempre prestos a concurrir el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

PARTE II

Análisis de los Aspectos Jurisdiccionales y Sustanciales en laudos de inversión dictados en 2019

1 Aspectos jurisdiccionales

1.1 Nissan Motor Co., Ltd. c. República de la India (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2017-37)⁴

Nissan Motor, compañía constituida bajo las leyes del Estado de Japón, adquirió el 70% de las acciones de Renault Nissan Automotive India, siendo esta última propietaria de una automotriz industrial en Chennai, en la República de India. En 2008, Nissan suscribió un acuerdo denominado “*Memorandum of Understanding*” (MoU) con el Estado de Tamil Nadu (India) para la construcción de un establecimiento para la fabricación y ensamble de vehículos. A través del MoU, el Gobierno Estadual ofreció, entre otros: (i) exención total del impuesto por transferencia de tierras; (ii) devolución del IVA sobre automóviles fabricados en el Estado; materiales de construcción de la fábrica; y sobre compra de bienes de capital durante el tiempo de la inversión, y; (iii) devolución de los impuestos sobre contratos de obra celebrados durante el periodo de inversión y por importación de materiales, insumos, partes y componentes para la fabricación y ensamblaje de automóviles. En 2017, Nissan Motor Co. Ltd. inicia un arbitraje contra la República de la India ante la Corte Permanente de Arbitraje (PCA), bajo el Acuerdo de Asociación Económica entre India y Japón del 2011 (CEPA), aduciendo que había un saldo de por lo menos USD \$ 271 millones en “reembolsos” por los incentivos, de los últimos dos años, que no habían sido pagados.

La República de India presentó cinco objeciones a

⁴ La exposición de la *Decision on Jurisdiction* (“Decisión sobre Jurisdicción”) del caso *Nissan Motor Co. Ltd. v. The Republic of India* fue efectuada por Santiago Díaz Cediell, Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá), con ocasión del “*Primer Encuentro Anual de Revisión de Laudos Arbitrales de Inversión 2019*”, organizado por la Universidad Autónoma de Chile. El presente resumen escrito de la misma decisión fue preparado, de manera independiente y separada, por María Gabriela De Abreu.

la jurisdicción del Tribunal: (i) indebida constitución del Tribunal; (ii) existencia de un procedimiento previo ante cortes locales indias que “precluye” el derecho de la Demandante de presentar una solicitud para iniciar un procedimiento arbitral; (iii) las reclamaciones son de carácter contractual y no convencional; (iv) prescripción de derechos; y (v) reclamaciones de carácter fiscal, excluidas del CEPA. Con relación a la primera objeción, India impugnó el procedimiento por el cual la Presidenta fue nombrada, alegando que el Secretario General de la PCA no siguió el nombramiento según el procedimiento del artículo 96(11) del CEPA conjuntamente con el artículo 9 de las reglas de UNCITRAL.⁵ En concreto, alega que el presidente debía ser nombrado por acuerdo de las partes, salvo que se deba recurrir a otro mecanismo de nombramiento en el supuesto de no llegar a un consenso, luego de los 30 días del nombramiento del segundo árbitro⁶.

De igual forma, el Estado alega que el tribunal carece de jurisdicción porque existe un procedimiento previo, iniciado ante el Tribunal Superior de Madrás (India), por lo que excluye las presentes reclamaciones⁷. También asegura que las reclamaciones de Nissan son de naturaleza contractual⁸ y que dichas reclamaciones han prescrito⁹ y, finalmente, que las medidas objeto de las reclamaciones son de “carácter fiscal”, sin embargo, el Tribunal decidió examinar este asunto en la etapa de méritos a la luz de lo dispuesto en el artículo 10(1) del CEPA que indica: “a menos que se disponga algo distinto, ese tratado no es aplicable a medidas fiscales”¹⁰.

El Tribunal, siguiendo las objeciones de jurisdicción presentadas por el Demandando, comienza explicando que, con relación al nombramiento de la Presidenta del Tribunal, el CEPA y las reglas de UNCITRAL pueden diferir con relación a los mecanismos y tiempos de nombramiento establecidos. No obstante, rechazó esta objeción al encontrar que el término de 60 días previsto en el artículo 96(11) del CEPA incluía el término para designar el presidente –no solo a los co-árbitros–; y que el texto del CEPA permite solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje nombrar al “árbitro o árbitros restantes” cuando el plazo se surte sin que las nominaciones se hayan efectuado¹¹.

Con relación a la objeción del Demandado referente a los procedimientos escritos ante las cortes locales de India, el Tribunal afirma que la redacción del artículo 96(6) del CEPA es “inusualmente” clara y, de conformidad con el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe interpretarse según el “significado ordinario”¹². El Tribunal rechazó la objeción al encontrar que el texto de las disposiciones relevantes del CEPA indicaba que debe ser otra “disputa de inversión” iniciada por un “inversionista extranjero” la que precluya la iniciación del arbitraje internacional, requerimientos que no encuentra en la situación en concreto, en la medida en que el procedimiento iniciado ante la justicia doméstica india fue iniciado por empresas locales de marketing del consorcio y no propiamente por Nissan¹³.

De igual forma, analiza el Tribunal el argumento de la República de India sobre que las reclamaciones de Nissan son de naturaleza contractual. A ello, responde el Tribunal que es importante determinar si los hechos en el caso podrían dar lugar a una violación del tratado y en consecuencia determinar la obligación del Estado como responsable de los actos de los órganos del Esta-

⁵ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 88, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁶ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 89-90, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁷ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 170, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁸ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 219, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

⁹ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 285, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁰ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 376-398, dis-

ponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹¹ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 103-116, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹² *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 209, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹³ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 208-218, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

do. Considera entonces que se trata de cuestiones sustantivas del tratado, por lo que afirma su competencia¹⁴.

Por último, la República de India alega que las reclamaciones de Nissan han prescrito debido a que el artículo 96(9) del CEPA establece que ninguna reclamación puede hacerse tres años después del daño ocasionado al inversionista¹⁵. Aunque el Tribunal concuerda con la interpretación del demandando respecto a dicho artículo, encuentra razón en los argumentos presentados por Nissan al sostener que solo pudo conocer de las “pérdidas y daños sufridos” en un momento posterior, y que —en todo caso— las actuaciones de India fueron “continúas”, por lo que estaba en posibilidad de presentar su notificación de inicio de arbitraje¹⁶.

1.2 Italba Corporation vs República Oriental del Uruguay (CIADI, Caso No. ARB/16/9)¹⁷

*José Luis Guerrero Becar*¹⁸

El litigio entre Italba Corporation vs Uruguay se inicia el 24 de marzo de 2016, siendo partes, por un lado como demandante, Italba Corporation (Italba) constituida en Florida, Estados Unidos de América, y por otro como demandada la República Oriental del Uruguay, invocándose por Italba la aplicación del Tratado entre Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 4 de noviembre de 2005 (Tratado)¹⁹ y que entró en

vigencia el 1 de noviembre de 2006.

Italba, de propiedad del ciudadano italiano Gustavo Alberelli y su madre de nacionalidad estadounidense, reclama ser propietaria desde 1999 de la sociedad Trigosul S.A. (Trigosul) constituida en Uruguay, haber invertido en ella y haber sido afectada en sus inversiones por decisiones administrativas del Estado de Uruguay en el ámbito de frecuencias de telecomunicaciones.

A efectos de entender la reclamación es necesario retroceder al año 1997, año en que el Sr. Alberelli, obtiene del Ministerio de Defensa de Uruguay, la autorización con carácter precario, revocable y sin derecho a indemnización para operar en Uruguay líneas dedicadas inalámbricas sin conexión a red fija para transmisión punto a punto. En 1999, aunque la documentación señala 1996, el Sr. Alberelli y su madre adquieren, cada uno, 3 certificados de acciones de Trigosul constituida en 1994 con 182.500 acciones distribuidas en 20 certificados de acciones. El mismo año 1999, el Sr. Alberelli compra los 14 certificados restantes y nombra como administrador al señor Luis Herbón. Italba en su demanda reclama ser propietaria desde 1999 de Trigosul. El mismo año, el Sr. Alberelli solicita que transfiera a Trigosul la autorización que constaba a su nombre para operar radiofrecuencias, lo que se concretizó el año 2000.

En el año 2001 se iniciaron una serie de cambios normativos y creación de entidades reguladoras gubernamentales, solicitando desde 2005 Trigosul la adecuación de su licencia de transmisión de datos, sin obtener respuesta expresa. En el año 2010 la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) realiza una inspección al domicilio registrado de Trigosul en Montevideo y al no encontrar en funcionamiento pide revocar las autorizaciones, lo que se concretiza en el año 2011 liberándose las frecuencias con las que contaba. Trigosul alega que informó previamente mediante fax su cambio a Punta del Este, iniciando un contencioso administrativo que termina en una acción de nulidad del acto administrativo ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Paralelamente, URSEC sustituye las antiguas frecuencias de Trigosul por otras nuevas, que asigna a Dedicado S.A., empresa competidora de Trigosul. En octubre de 2014 el Tribunal Contencioso Administrativo falla

¹⁴ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 284, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁵ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 324, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁶ *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, § 327-328, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

¹⁷ *Italba Corporation v. República Oriental del Uruguay*, CIADI ARB/16/9, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/9> Acceso en: 15 jun 2020.

¹⁸ Secretario y Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV). Abogado PUCV, Master Interuniversitario en Administración de Empresas MBA, Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona y Politécnica de Cataluña, Master y Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). E-mail: jose.guerrero@pcuv.cl

¹⁹ Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América de Promoción y Protección de Inversiones,

disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/URY_USA_s.ASP Acceso en: 10 jun 2020.

en favor de Trigosl y anula los actos impugnados, y la autoridad restituye las frecuencias originales a Trigosl, alegando ésta que esas frecuencias ya no tenían ningún valor y le corresponde aquellas que le sustituyeron.

En agosto de 2015 Italba, declarando ser propietaria de Trigosl, comunica a Uruguay que existe una controversia. En abril de 2016 el Ministerio de Economía de Uruguay establece la plena vigencia de la autorización otorgada a Gustavo Alberelli y su transferencia a Trigosl, revocando las frecuencias entregadas a Dedicado SA y entrega la autorización con carácter precario y revocable a Trigosl -no se señala expresamente pero el Tribunal entiende que es a esa empresa-. En definitiva, en mayo de 2016, Italba presenta solicitud de arbitraje ante CIADI.

Italba reclama con base en el Artículo 6 del Tratado, que Uruguay expropió su inversión, al privarle a Trigosl, de la cual tiene el 100% de su propiedad y el control, una licencia protegida por el artículo 1 del Tratado, no brindándole el trato justo y equitativo que exige el Artículo 5 del Tratado, por lo que solicita se le indemnice por las inversiones realizadas.

Italba fundamenta que es propietaria de Trigosl ya que sus accionistas (Sr. y Sra. Alberelli) habrían endosado las acciones y guardado éstas en una caja fuerte en el domicilio social de Florida EEUU y que, en todo caso, controla a Trigosl invocando el principio de realidad económica, que en Uruguay se reconocería en el art. 189 de la Ley de Sociedades Anónimas²⁰, debiendo -conforme al art. 24 del Tratado- considerarse la expresión “control” en términos flexibles. Además, exige que se le aplique un trato justo y equitativo, invocando la cláusula de la nación más favorecida aplicando el Tratado de Protección de Inversiones entre Uruguay y Venezuela²¹.

Uruguay alega falta de jurisdicción para conocer el caso por parte de CIADI, al no ser aplicable el Tratado, ya que Italba no es propietaria ni controla Trigosl. Italba es una sociedad sin actividad significativa en EEUU y además el Sr. Alberelli es nacional de un país (Italia)

²⁰ URUGUAY. Ley 16060 del 04.09.1989 de Sociedades Anónimas, disponible en: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf> Acceso en: 15 jun 2020

²¹ Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones (1997), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/URY_VEN_s.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

que no es parte del Tratado. No existan registros de transferencia de acciones, ni registros de inversiones de Italba en los estados financieros salvo transferencias esporádicas del Sr. Alberelli en términos personales. Adicionalmente Uruguay argumenta que respecto de la alegación de Italba sobre nivel mínimo de trato, éste se refiere en el Tratado a proporcionar protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario, lo que no es aplicable al caso, y no siendo aplicable la cláusula de la nación más favorecida, porque en este caso se acordó expresamente que se entendería por trato justo. Por último, alega que las acciones se encuentran prescritas.

El Tribunal determina que para acreditar la propiedad de Trigosl es aplicable el derecho de Uruguay, bajo la cual se constituyó y ésta exige el registro de los traspasos de acciones. Se pudo observar en los certificados sólo el endoso por donación de la Sra. Alberelli al Sr. Alberelli de tres certificados de acciones de Trigosl, lo que se habría realizado en Florida. Los restantes 17 certificados están a nombre del Sr. Alberelli, sin que exista constancia en los registros de Trigosl de ninguna transferencia. La alegación de Italba para justificar la falta de registro en que solo existió un desconocimiento de la normativa y un desorden administrativo no es acogido ya que su administrador Luis Herbón es un profesional uruguayo con experiencia. Incluso, señala el Tribunal que, aplicando la Ley de Florida, tampoco es posible acreditar los traspasos de acciones ya que la Ley de Florida exige la intención de donar lo que no fue acreditado.

Asimismo, no es posible invocar el principio de realidad económica, ya que lo que se invoca es el principio de levantamiento del velo que, en el derecho uruguayo, Artículo 189 de la Ley de Sociedades Anónimas, solo es aplicable para casos de fraude y lavado de activos. Además, en Trigosl no hay constancia de traspaso de acciones, participación en Juntas de Accionistas de Italba, y cuando asume el Sr. Alberelli como administrador lo hace en términos personales y no en representación de Italba y en una carta de Trigosl a autoridades uruguayas se informa que sus propietarios son dos personas naturales. El tribunal por lo señalado desestima interpretar la expresión “control” en términos flexibles.

El Tribunal en Laudo de 22 de marzo de 2019 llega a la conclusión que Italba no es propietaria de Trigosl ni la controla para los propósitos de los artículos 1 y

24 del Tratado y 25 del Convenio de CIADI por lo que declara que no tiene jurisdicción para resolver la disputa, por lo que no se pronuncia sobre otras excepciones jurisdiccionales ni respecto al fondo, condenando a la demandante a pagar los costos del juicio. Italba solicitó la anulación de laudo, ordenándose en junio de 2020 suspender el procedimiento por falta de pago de los derechos administrativos.

1.3. Clorox España S.L. c. República Bolivariana de Venezuela (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2015-30)²²

María Gabriela De Abreu²³

Clorox Venezuela es una compañía de productos de limpieza que inició sus operaciones en 1990, y cuyo único accionista era Clorox International, una empresa estadounidense. En enero de 2011, el entonces presidente de Venezuela Hugo Chávez, anuncia en cadena nacional que va a ser emitida una Ley de costos y precios justos, legislación que regula los precios en el mercado de ciertos productos básicos, la ley es sancionada en julio del mismo año. En abril de 2011 se crea Clorox España con sede en Madrid y en agosto de ese mismo año se le asignaron todas las acciones de Clorox Venezuela que tenía Clorox International, convirtiéndose así Clorox España en el titular del 100% de las acciones de Clorox Venezuela. En virtud de la ley sancionada junto a otras medidas administrativas, alegó Clorox que se le impedirían conducir sus operaciones comerciales, por ello se acoge a TBI entre España – Venezuela de 1995 y solicita el arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL.

La demandante alegó violación al tratado en las obligaciones de trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y expropiación. Venezuela se defendió alegando que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción porque no existía un inversor calificado ni una inversión

protegida. Al mismo tiempo la República acusó a Clorox de abuso de proceso y *treaty shopping*.

El tribunal en su análisis lo primero que se plantea es si Clorox España una inversión protegida por el TBI, a lo que responde que en principio sí lo es. Clorox España es una sociedad constituida según el derecho español y nada exige el tratado de que tal persona jurídica deba tener actividades económicas específicas para ser calificado como inversor protegido. Por ello el tribunal considera que Clorox España reúne *prima facie* las características *ratione personae* para invocar protección del tratado²⁴.

Ahora bien, para adquirir la calidad de inversor bajo el tratado, es necesario que se haya realizado una inversión que cumpla con la definición de inversión protegida. Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿es la inversión de Clorox una inversión protegida? Para responder, el tribunal revisa el tratado en su artículo I (2) que dice que por inversiones “se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”²⁵. Entiende entonces que, la redacción de “todo tipo de activos invertidos” exige una acción de invertir, redacción que se asemeja en los artículos sobre protección y seguridad plena, trato justo y equitativo y expropiación. Interpreta el tribunal a la luz de la Convención de Viena, artículo 31.1. que dice que un tratado debe interpretarse de buena fe. Por ello, a criterio del tribunal se entiende que de la redacción del tratado se exige una acción de invertir²⁶.

Dice entonces el tribunal que la verdadera pregunta es ¿realizó Clorox España una inversión en Venezuela? De la revisión de las escrituras constitutivas de Clorox España, se encuentra que: i) fue creada por un representante de Clorox International; ii) tanto el valor nominal como el valor global de la prima de asunción fueron pagados por la transferencia a Clorox España por Clorox International del 100% de las acciones de Clorox Vene-

²² *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²³ Abogado (Universidad Rafael Belloso Chacín, Venezuela). LLM Derecho Internacional (Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile). Coordinadora ejecutiva del Programa Master Derecho Internacional de Heidelberg Center para América Latina y ayudante de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación 11190168. E-mail: mg.deabreu@heidelbergcenter.cl

²⁴ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, §795 – 798, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁵ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección de inversiones (1995), Artículo I (2), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/VEN_Spain_s.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

²⁶ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 799 – 805, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

zuela; iii) El pago se describe como una “aportación no dineraria”²⁷. A la vista del tribunal, no ocurrió un intercambio de valor real, considera que Clorox España no adquirió las acciones a cambio de una contraprestación. Por lo tanto, afirma el tribunal que la tenencia del 100% de las acciones no encajan en la definición de inversión del tratado que exige una acción de invertir. Además, toma en cuenta el tribunal que Clorox España luego de su creación y recepción de las acciones, no ha hecho alguna otra inversión en la empresa venezolana.

Por todo ello, el tribunal concluye que, aunque Clorox Venezuela es una empresa constituida con actividad comprobada, Clorox España no demuestra haber invertido en dichos activos, “más allá de ser el único accionista”²⁸ como consecuencia de una operación “que no se puede asimilar a la inversión”²⁹. Al no haber entonces una inversión, el tribunal desestima la demanda en fase de jurisdicción y no se pronuncia sobre las otras objeciones. El laudo fue apelado ante la Tribunal Federal Suizo, que en sentencia del 25 de marzo de 2020 devuelve el caso al tribunal arbitral, y ordena pronunciarse sobre las cuestiones de abuso de derecho y demás objeciones sobre jurisdicción³⁰.

Sin dudas el laudo puede considerarse un aporte interesante al concepto de inversión y que se entiende por inversión, un tema aún ambiguo en el ámbito de las inversiones y del arbitraje de inversiones. Resulta interesante también que las partes hacen referencia al test *salini* con el fin de cada uno reforzar sus afirmaciones por las cuales las acciones en cuestión son o no son una inversión. A ello el tribunal responde que es irrelevante este debate puesto que el test *salini* es un test desarrollado en jurisprudencias del CIADI, y, además, dice el tribunal que se ha desarrollado “con poca coherencia”

para la interpretación de inversión³¹.

Por último, aunque el tribunal no entra a estudiar el tema de un posible abuso de proceso, habría sido interesante puesto que el accionista originario era una empresa estadounidense y no existía un TBI entre Estados Unidos y Venezuela. Al tiempo que surgen estas medidas administrativas y legislativas, simultáneamente vienen la creación de Clorox España y la transferencia de las acciones, permitiéndole así quedar protegido por el TBI entre España y Venezuela. En este sentido, podemos encontrar semejanza con el caso *Philip Morris v. Australia*³², donde hubo una restructuración de sociedad cuando se podía prever que iba a existir una controversia susceptible de arbitraje. Como el tribunal del caso que nos atañe no entra a estudiar este tema, no podemos inferir lo que habría decidido, sin embargo, podemos ver similitudes procesales, por lo que habría sido interesante que el tribunal analizara estos puntos tal como ahora se lo ordena el Tribunal Federal Suizo.

1.4 Eskosol SPA in liquidazione v. Italy. (ICSID, Case No. ARB/15/50) Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes³³.

Andrés Delgado Casteleiro

On the 7 of May 2019, an ICSID tribunal (arbitral tribunal hereinafter) rendered an award on jurisdiction in a claim brought by Eskosol (a Belgian company) against Italy. This dispute is one of the almost 80 disputes brought under the Energy Charter Treaty (ECT)³⁴

²⁷ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 828, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁸ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 834 disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

²⁹ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 834, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

³⁰ Decisión del Tribunal Federal Supremo de Suiza, del 25/03/2020. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11531.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

³¹ *Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela* (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, § 819, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020

³² *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCTAD, PCA Case No. 2012-12, laudo arbitral de fecha 02/05/2016. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

³³ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (Eskosol SPA v Italy), 7 May 2019, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

³⁴ Energy Charter Treaty. Signed on the 17 December 1994. Available at: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> Acceso en: 21 jul 2020.

against three European Union (EU) member states (Czech Republic, Italy and Spain) over their respective decisions to modify their legal framework on renewable energy subsidies. The award focuses mainly on Italy's jurisdictional objection based on the inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU (ie. within the EU) disputes. Two main points are worth commenting from the decision

First, the arbitral award's discussion of the concept of "area" in the ECT is worth commenting. Article 26 ECT links the jurisdiction of an arbitral tribunal to the alleged breach having taken place in the area of a Contracting Party. According to the European Commission and Italy, the area of the dispute would in principle correspond to two different ECT parties: the EU and Italy. If we assume that the dispute relates to area of the EU, the tribunal would lack jurisdiction since the claimant (Belgian) and the (Italian) authorities involved would have to be considered as being part of the same Contracting party (the EU). Therefore, the basic requisite of the transnational character of the dispute would not be met. The arbitral tribunal rejected this objection. In its argumentation, it relied on article 1(10) ECT and its use of the term "sovereignty" to define the area of a contracting party when that party is a State. According to the arbitral tribunal it would be difficult to accept that the transfer of certain powers to the EU rendered the "territory" in which those powers may be exercised any less "sovereign" for the States involved.³⁵

This line of reasoning would render the EU's participation in the ECT almost moot. It would be almost impossible to envisage a situation in which the EU could be held responsible for its actions since its Member States would always be sovereign in terms of article 1(10) ECT. The concept of area as the ECT says in relation to Regional Economic Integration Organizations)such as the EU is linked to the transfer of powers. Moreover, there is no doubt that those powers have been transferred than when they have been exercised by the EU, that should be the criteria to establish the area in favor of a REIO like the EU.³⁶ Though the arbitral tribunal is

following previous decisions on this issue,³⁷ it must be nevertheless be said that those cases as wells as *Eskosol v Italy*, do no revolve around an issue where the EU had previously exercised its powers, and in those where it had the Court accepted that the EU should bear the responsibility.³⁸

Second, *Eskosol v Italy* has one of the most thorough discussions on the consequences of the *Achmea* case³⁹ to intra-EU cases but where the legal framework is a multilateral agreement and not a Bilateral Investment Treaty (BIT). To briefly recall, in *Achmea*⁴⁰ the European Court of Justice (ECJ) established that intra-EU BITs were a violation of the principle of the autonomy of the EU legal order,⁴¹ and thus they should be terminated.⁴²

The question then arose what would be the impact that this sentence would have in on-going intra-EU investment cases and whether the ECT cases would be impacted by it. The arbitral award rightly understands that the *Achmea* case does not affect the status of the ECT under EU law.⁴³ Moreover, as the arbitral tribu-

Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 201.

³⁷ PCA. *Eureko Bv (the Netherlands) V the Slovak Republic*, PCA Case N°2 008-13, Award on Jurisdiction, 26 October 2010. SCC. *Charanne Bv and Construction Investments S.A.R.L. V Spain*, SCC 062/2012, Award, 21 January 2016; ICSID. RREEf Infrastructure (G.P) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À R. V Spain, ICSID Cas No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016.

³⁸ ICSID. *Electrabel S.A. V Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

³⁹ CHARLOTIN, Damien: Analysis: Unpacking the *Eskosol V. Italy* Decision on EU-Related Jurisdictional Issues," Available at: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unpacking-the-eskosol-v-italy-decision-on-eu-related-jurisdictional-issues/> Acceso en: 22 jun 2020

⁴⁰ EUROPEAN UNION. C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* ECLI:EU:C:2018:158,

⁴¹ CONTARTESE, Cristina; ANDENAS, Mads: EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter Se Agreements between EU Member States: *Achmea*. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: v. 56, n. 1, 2019, p.157-191.

⁴² EUROPEAN UNION. Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. Signed on the 5 of May 2020. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) Acceso en: 21 jul 2020

⁴³ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 170, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/invest->

³⁵ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 90, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

³⁶ DELGADO CASTELEIRO, Andrés: The International Responsibility of the EU: From Competence to Normative Control.

nal recognized the ECT should be differentiated from intra-EU BITS inasmuch as the latter includes EU law as part of the applicable law to the dispute, whereas the former does not.⁴⁴ In a certain sense, the arbitral evokes the reasoning made by the CJEU in Opinion 1/17⁴⁵ where it found that the exclusion of EU law from being considered applicable law in a dispute brought within the Canada – EU FTA (CETA) protected the autonomous nature of the EU legal order. Insofar as the ECT is an international agreement concluded by both the EU and its Members States, the obligations and effects enshrined therein are of a different nature than those derived from intra-EU BITS.⁴⁶ Those obligations and effects flow not only from international law but also from EU law vis-à-vis EU Member States. As a consequence, the Member States have an EU law obligation to comply with the ECT unless the ECJ was to explicitly establish that the ECT violates EU law.⁴⁷

To conclude, *Eskosol v Italy* cements the growing case-law on preliminary objections based on the intra-EU nature of the dispute. So far, rightly no arbitral tribunal has declined its jurisdiction based on this objection, and *Eskosol v Italy* is not different. Moreover, the arbitral tribunal was adamant in distinguishing the ECT from the intra-EU BITs from an applicable law perspective. The differentiation based on the applicable law would allow to put some concerns to rest on the issue of whether the ECT breached the principle of the autonomy of the EU legal order. However, a note of caution is necessary. Though the majority of the renewable energy claims do not involve an EU norm strictly speaking, the objections are not being decided by being reliant on the specific facts of the cases. Especially when it comes to the definition of the “area”, there could be problems further down the road when arbitral tribunal would have to establish the relevant area where the alleged breached was committed by the EU.⁴⁸

ment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy Acceso en: 21 jul 2020.

⁴⁴ See article 26 (6) ECT

⁴⁵ EUROPEAN UNION. *Opinion 1/17 CETA*, ECLI:EU:C:2019:341.

⁴⁶ *Eskosol SPA in liquidazione v. Italy*. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, § 89, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

⁴⁷ EUROPEAN UNION. *C – 239/03 Commission V France (Étang De Berre)*, ECLI: EU:C:2004:598).

⁴⁸ *Nord Stream 2 AG v. European Union*, PCA Case No. 2020-07

2 Análisis de los aspectos sustanciales

2.1 9REN Holding S.a.r.l v. Reino de España (CIADI, Caso No. ARB/15/15)⁴⁹

Zoe Cometti⁵⁰

El laudo *9REN c. España* surge de uno de los 46 arbitrajes registrados contra España debido a su reforma energética iniciada en 2010, para la fecha de redacción de este artículo. Al momento de la redacción del presente artículo 15 casos se decidieron y de esos, solo tres fueron decididos en favor de España⁵¹. 9REN es una compañía de energías renovables con sede en Luxemburgo. El 23 de abril de 2008 adquiere el 96% de la participación accionaria en empresas españolas de energía renovables (sobre todo de instalación fotovoltaica) por 211 millones de euros. Entre 2010 y 2014 España introdujo reformas a sus regulaciones del sector energético debido al déficit tarifario y a la crisis financiera que afectó España a partir de 2008. El 21 de abril de 2015, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) registró la solicitud de arbitraje de 9REN contra España por violación del trato justo y equitativo (TJE), la cláusula paraguas y la expropiación según los estándares del Tratado sobre la carta de la energía (TCE). Con laudo del 31 de mayo de 2019, el tribunal declara que España violó el TJE por frustrar las legítimas expectativas de 9REN y ordena un pago de indemnización de 41,76 millones de euros. Finalmente desestima las demás reclamaciones del inversionista.

Con relación al análisis de la frustración de las legítimas expectativas, se destaca que, en su reclamación,

(pending), disponible en: <https://www.italaw.com/cases/8187> Acceso en: 15 jul 2020.

⁴⁹ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, disponible en: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

⁵⁰ Bachelor of Law y Master of Law (Universidad de Friburgo, Suiza). Se desempeñó como Secretaria Judicial en el Tribunal Administrativo Federal de Suiza. Magister en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio de la Universidad de Chile y LL.M.Int de Ruprecht-Karls-Universität de Heidelberg, Alemania. Actualmente se desempeña publicando e investigando sobre el derecho internacional de las inversiones. E-mail: zoe.cometti@gmail.com

⁵¹ Para mayor información, consultar *Investment Policy Hub* de UNCTAD, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain> Acceso en: 29 jun 2020

9REN indicó que el Real Decreto (RD) 661/2007 fue el instrumento que logró convencerle a invertir en España, debido a que garantizaba la estabilidad y no revocación de, entre otros, los beneficios de la tarifa FIT que compensa al productor con una cuantía de tarifa fija por la energía eléctrica que este aporta a la red eléctrica durante la vida útil de la instalación. Sin embargo, entre 2010 y 2014 España cambió el marco normativo y disminuyó, entre otros, los beneficios de la tarifa FIT, indicando que la nueva tarifa seguía garantizando al productor una tasa de rentabilidad razonable.

En su análisis, luego de reconocer la autonomía regulatoria de los Estados⁵², el tribunal indica que el RD de 2007, que atrajo 9REN a España, es de considerarse un compromiso específico debido a que creó expectativas legítimas al inversionista, las cuales se vieron frustradas con el cambio del marco regulatorio⁵³. Por ello concluyó que en efecto hubo una violación al TJE. El aspecto interesante en este razonamiento es que el tribunal afirma que un marco regulatorio puede ser interpretado como un compromiso de parte del Estado anfitrión que genera entonces expectativas legítimas al inversionista.

El estándar de garantizar expectativas legítimas no es de naturaleza absoluta: las expectativas legítimas del inversionista deben ser razonables y el compromiso que el Estado anfitrión garantizó al inversionista debe estar en directa relación con el motivo que atrajo el inversionista al país⁵⁴. En general, las expectativas legítimas son razonables, por ejemplo, cuando hay un compromiso específico de parte del Estado receptor hacia el inversionista, como puede ser con una cláusula de estabilización. De hecho, en el laudo *Charanne c. España*⁵⁵, caso que surge también por las reformas energéticas españolas y que

fue decidido en favor de España, a pesar de analizar una reclamación similar de expectativas legítimas basada en el marco regulatorio que atrajo la inversión en el país, se indicó que la falta de un compromiso específico hacia el inversionista no puede generar expectativas legítimas. Según el tribunal de *Charanne* el marco regulatorio no es de considerarse como un compromiso específico debido a que difícilmente quedará inmutado durante la vida útil de la inversión⁵⁶.

Además, como se concluyó en el fallo *Stadwerke München c. España*⁵⁷, otro caso que surge por las reformas energéticas españolas y que se decidió en favor de España, en el examen de las expectativas legítimas se debe tener en cuenta también la debida diligencia del inversionista. En este fallo se concluye que si el inversionista hubiera hecho un riguroso *due diligence* habría sabido que la tasa de rentabilidad habría podido sufrir algunos cambios⁵⁸. Aquí es interesante entonces indicar que en el laudo *9REN c. España* cuando el tribunal, por mayoría, fija la cuantificación de los daños, resta un descuento por riesgo regulatorio debido a que si 9REN hubiese hecho un *due diligence* habría sabido que la reglamentación española no era estable⁵⁹. En virtud de ello, el examen de la frustración de las legítimas expectativas hubiese sido más completo si el tribunal hubiera incluido este último aspecto de la debida diligencia del inversionista por así lograr un análisis más acabado, en vez de tomarlo en cuenta únicamente en la cuantificación de los daños.

Por las demás reclamaciones que fueron desestimadas, se destaca que el tribunal concluyó que las medidas de España estaban racionalmente conectadas a un objetivo legítimo del Estado, es decir garantizar la solvencia del Sistema Eléctrico Español. Por ende, sostuvo que las

⁵² *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §253, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

⁵³ *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §295, §§307-310, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁴ Schill, Stephan: Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law and Comparative Public Law. In Schill, Stephan W. (ed.). In: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, 2010, p. 151-182, p. 166-174.

⁵⁵ *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, SCC, Arbitraje No. 062/2012, Laudo Arbitral de fecha 21/01/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf> Acceso en: 30 jun 2020

⁵⁶ *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, SCC, Arbitraje No. 062/2012, Laudo Arbitral de fecha 21/01/2016, §492, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁷ *Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁸ *Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, § 308, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf> Acceso en: 30 jun 2020.

⁵⁹ *9REN Holding S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §412(h), p. 160, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

medidas no eran ni exorbitantes ni arbitrarias⁶⁰. 9REN alegó además que con los RD de 2007 y 2008 España asumió obligaciones explícitas, que fueron anuladas con los RD implementados desde 2010, por lo cual habría una violación de la cláusula paragua. El tribunal rechazó esa reclamación, indicando que dicho estándar no protege obligaciones legales, sino más bien obligaciones bilaterales con un inversionista⁶¹.

Finalmente, el tribunal desestimó la reclamación sobre la expropiación. Si bien el tribunal reconoce que las acciones de 9REN perdieron efectivamente valor, se destaca que España nunca denegó ningún pago y 9REN nunca perdió el control de sus acciones⁶². El laudo *9REN c. España* se suma entonces a los casos en contra de España por su revisión del marco energético. La incoherencia entre los laudos mencionados, que se basan en hechos similares y aplican el mismo tratado base no ayuda a la promoción del mecanismo de arbitraje inversionista-Estado que se encuentra actualmente objeto de críticas.

2.2 ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela (CIADI, Caso No. ARB/07/30)⁶³

Gabriel Briceño⁶⁴

Este laudo arbitral fue dictado por el tribunal arbitral constituido bajo las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), en fecha 03 de septiembre de 2013, donde las partes involucradas son, por un lado, ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. sociedades constituidas bajo la legislación del Reino de los Países Bajos, y, por otra, la República Bolivariana de Venezuela.

El sector que abarca el presente laudo es referente a los hidrocarburos. Venezuela como país exportador de petróleo, durante gran parte del siglo XX, trabajó de la mano de inversionistas extranjeros hasta el año de 1975 cuando se emitió la Ley de Nacionalización de la Industria Petrolera, conforme a la cual el Estado Venezolano se reservó la producción, extracción y comercio de los hidrocarburos. La mencionada ley, ordenó la creación de una compañía nacional para coordinar y supervisar las actividades relacionadas con el petróleo siendo el Estado su único accionista, esa empresa lleva por nombre Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).

También dispuso la mencionada ley, que el estado podría celebrar convenios operativos o convenios de asociación para la mejor realización de sus fines. Es en este asidero jurídico es donde se abren las puertas nuevamente a los inversionistas extranjeros en el mercado petrolero en la década de los 90, a través de la celebración de convenios de asociación y convenios de ganancias estratégicas con un sin número de empresas. El primer proyecto como objeto del presente laudo, se denominó Petrozuata y era desarrollado en el Área de Zuata de la Faja Petrolífera del Río Orinoco, el cual era titular de los

⁶⁰ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §323, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶¹ *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §342, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶² *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, §369-371, disponible en: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020.

⁶³ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conoco-phillips-v-venezuela> Acceso en: 15 jun 2020.

⁶⁴ 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.

derechos de participación en la exploración, extracción y comercio del petróleo crudo extrapesado. El segundo proyecto se denominó Hamaca y se desarrollaría el área de Hamaca de la mencionada Faja Petrolífera, también con petróleo crudo extrapesado y el tercer proyecto se denominó Coroco, el cual se desarrollaría en el Golfo de Paria y tenía por objetivo la exploración, extracción y comercio del petróleo crudo liviano.

Los inversionistas fueron receptores de los derechos de participación en cada uno de los mencionados convenios en la década del 2000. La controversia comienza a surgir a partir de finales del año 2004 cuando Venezuela comienza: 1) Hacer modificaciones a los convenios de regalías incrementando la alícuota del 1% al 16 2/3%; 2) Incrementando la alícuota en un 30% cuando la extracción de 120.000 BPD aumente a 145.000 BRD; 3) Creando el impuesto de extracción que elevó la alícuota de regalía de 16 2/3% al 33 1/3%; 4) Aumentando el impuesto sobre la renta de un 34% al 50% y 5) Anuncios públicos del entonces Presidente Hugo Chávez, sobre la nacionalización de todos los proyectos que operaban fuera del marco de la Ley de Hidrocarburos de 2001.

El 1 de febrero de 2007, la Asamblea Nacional de este país, otorgó Ley habilitante que autorizaba al Presidente de la República a dictar Decretos con Rango y Fuerza de Ley. En base a esta ley, el 26 de febrero de 2007, el Ejecutivo Nacional promulgó el Decreto Ley 5.200 que exigía la transformación de todas las asociaciones petroleras en sociedades mixtas, donde PDVSA sería la titular de no menos del 60%, exigiendo la creación de una comisión de transición para cada asociación transfiriendo el control de las actividades en un plazo de 4 meses concluyendo el 26 de junio de 2007. Luego el 1 de mayo de 2007, PDVSA asumió el control físico de los proyectos; para el 26 de junio de 2007, vencido el plazo de cuatro meses para llegar a un acuerdo, Venezuela se hizo cargo de los derechos de participación de las inversionistas en los proyectos.

Esto condujo a que en fecha 2 de noviembre de 2007, las inversionistas presentaran ante el CIADI, una solicitud de arbitraje contra Venezuela alegando que la demandada había violado el Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos⁶⁵, al

⁶⁵ VENEZUELA. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el

expropiar en forma ilícita y/o al adoptar medidas equivalentes a la expropiación con respecto a las inversiones de ConocoPhillips en Venezuela. En base a esos alegatos solicitan: 1) Que el tribunal condene a la demandada a pagar daños y perjuicios por la pérdida total de sus participaciones en los Proyectos Petrozuata, Hamaca y Corocoro, por un monto igual al valor justo en el mercado de dichas participaciones; 2) Intereses causados antes y después del laudo; 3) las costas y gastos de este arbitraje.

La República demandada alegó que la cuantía total de la compensación con respecto a los tres Proyectos no debe exceder de USD 583 millones con intereses simples; además, las demandantes deben ser condenadas a rembolsar a la demandada por todos los costos y gastos del presente laudo. El Tribunal Arbitral analizando los hechos y las pruebas contenidas en el expediente, determinó que, efectivamente, al 26 de junio de 2007 no se había llegado a ningún acuerdo respecto de la participación de las demandantes en las nuevas empresas mixtas, y en consecuencia, tal como prevé en el Artículo 4 del Decreto Ley, Venezuela asumió las participaciones de ConocoPhillips en los Proyectos de Petrozuata, Hamaca y Corocoro lo que reafirmó la expropiación directa de sus derechos sin que se haya dispuesto indemnización alguna por la apropiación.

Las negociaciones entabladas entre las partes, antes de la toma de posesión de los activos y participaciones de ConocoPhillips, fueron dirigidas por Venezuela en función de un modelo que implicaba una migración a empresas mixtas, basado en un monto de compensación que no guardaba relación con una compensación representativa de valores de mercado que cubrieran, además, el lucro cesante que hubieran percibido las empresas de ConocoPhillips hasta el final de la vida útil de los Proyectos. En las siguientes negociaciones que celebraron en paralelo al arbitraje, Venezuela nunca realizó una propuesta concreta, lo que demostró con rigurosa claridad que la demandada nunca presentó una oferta en aras de poner fin al litigio. Además, quedó demostrado sus intereses de que la demandante hiciera renuncia expresa a los derechos que le asisten a pretender una compensación a través de otro medio jurídico.

Esta situación conllevó a que el Tribunal Arbitral concluyera que Venezuela no cumplió con su obligación

Reino de los Países Bajos (1993), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/VEN_Netherlands.pdf Acceso en: 21 jul 2020

de negociar de buena fe, a fin de determinar la compensación debida por su expropiación de los activos de ConocoPhillips en los tres proyectos en función del valor de mercado como lo requiere el Artículo 6(c) del tratado aplicable y, por ende, concluye que la expropiación fue ilícita y determinó que la fecha de valoración es la fecha del Laudo. De ese modo procedió a dictar laudo sobre el quantum el 8 de marzo de 2019 el cual fue rectificado el 29 de agosto de 2019.

2.3 Cube Infrastructure Fund SICAV v. Reino de España (CIADI, Caso N° ARB/15/20)⁶⁶

Nicolás Vassallo⁶⁷

Cube Infrastructure Fund SICAV, Cube Energy SCA y Cube Infrastructure Managers SA, constituidas en Luxemburgo; Demeter 2 FPCI y Demeter Partners S.A., constituidas en Francia (conjuntamente “los Demandantes”), demandaron al Reino de España (“España”) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), en virtud de supuestas violaciones al estándar del trato justo y equitativo (“FET” por sus siglas en inglés), conforme lo dispuesto en el artículo 10(1), y a la prohibición de expropiación de las inversiones, conforme lo dispuesto en el artículo 13, ambas del Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”).

Las diversas modificaciones al Real Decreto 661/2007 (“RD 661/2007”), el cual contemplaba una serie de garantías y beneficios para los inversionistas en los sectores de las energías renovables, habrían vulnerado las legítimas expectativas de los Demandantes al momento de invertir. Lo anterior, habría implicado, consecuentemente, una violación al FET exigible conforme al TCE⁶⁸. Entre los años 2008 y 2009, los De-

mandantes invirtieron en España, particularmente en el sector fotovoltaico y luego, a contar del año 2011, en el sector hidroeléctrico. En su análisis, el Tribunal analizó de manera separada dichas inversiones.

Con respecto, a las inversiones en el sector fotovoltaico, los Demandantes sostuvieron que el RD 661/2007, vigente al momento de comenzar a invertir en España, estableció un régimen de tarifas y beneficios aplicables a todas las plantas de energía renovable no convencional con importantes incentivos de aumentar las ganancias mediante la mejora en la eficiencia de la generación de energía, lo que formaba parte integral del sistema, no existiendo indicios de futuras modificaciones a dichos aumentos de ganancias. Por el contrario, España sostuvo que dicho decreto solamente contemplaba una garantía de obtener un retorno razonable de sus inversiones, lo cual los Demandantes tuvieron, cumpliéndose sus legítimas expectativas⁶⁹. El Tribunal arbitral, por su parte, concluyó que España creó legítimas expectativas al promulgar una legislación que generó un régimen especial de beneficios e incentivos con el propósito de atraer inversionistas⁷⁰; y que sea cual sea el razonamiento detrás de la estructura de tarifas y primas del RD 661/2007, era esperable la mantención de dicha estructura en los términos establecidos en el referido decreto⁷¹. No hay necesidad que ese compromiso sea específico para que surja una legítima expectativa, más aún cuando se trata de industrias reguladas⁷². El Tribunal arbitral sostuvo que los Demandantes analizaron

responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 237, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁶⁹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 284, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁰ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 309, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷¹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 296, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷² Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 388, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁶⁶ *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19/02/2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf>. Laudo arbitral de fecha 15 de julio de 2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf>.

⁶⁷ 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). E-mail: nvasallo@apparcel.cl

⁶⁸ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción,

debidamente el riesgo regulatorio antes de invertir⁷³ y que no hubo imposibilidad de regular y modificar el RD 661/2007, pero su modificación debe contener un balance entre los intereses de consumidores y generadores de energía, sin alterar de manera significativa el equilibrio económico existente al momento de realizarse las inversiones conforme al Real Decreto en cuestión⁷⁴.

Respecto a las inversiones en el sector hidroeléctrico, al momento de invertir, el marco regulatorio era similar al del rubro de la energía fotovoltaica. Las modificaciones del año 2010 en el marco regulatorio de las energías fotovoltaicas debieron haber hecho suponer a un inversionista en el sector hidroeléctrico que el marco regulatorio establecido por el RD 661/2007 podría ser modificado para dicho sector igualmente⁷⁵. En esa oportunidad, no se eliminó ni modificó de manera sustancial el régimen especial creado por el RD 661/2007. La mayoría del Tribunal arbitral consideró que cambios sustanciales al régimen especial aplicable a las centrales hidroeléctricas no eran previsibles al año 2010⁷⁶, de modo que frente a las modificaciones sustanciales al régimen introducidas desde el año 2013, las que marcaron un quiebre radical al eliminar un mercado basado en tarifas y primas fijas por extensos períodos y ser reemplazado por conceptos de tasas razonables de retornos, el inversionista está protegido por el FET estándar contenido en el TCE⁷⁷.

⁷³ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 301-304, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁴ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 308, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁵ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 350, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁶ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 354, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁷ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 354, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

Es importante notar que el TCE no protege las legítimas expectativas en sí mismas. Con todo, una negación de las expectativas puede constituir un trato injusto o inequitativo y vulnerar el artículo 10(1) del TCE, pero no toda violación de expectativas trae aparejada dicha consecuencia⁷⁸. Se requiere de expectativas que sean justificadas, racionales y razonables⁷⁹. Así, un sistema regulatorio puede ser modificado y no todas las modificaciones vulneran el FET estándar del artículo 10(1) del TCE⁸⁰. En este caso, El Tribunal arbitral decidió, por unanimidad, que hubo una vulneración al FET estándar respecto de las inversiones en el sector fotovoltaico⁸¹ y por mayoría⁸² respecto de las inversiones en el sector hidroeléctrico⁸³.

Respecto a la demanda de expropiación, por economía procesal, el Tribunal arbitral desestimó pronunciarse sobre la misma, ya que dicha demanda no conducía a un resultado distinto al de la demanda por violación del FET estándar⁸⁴. Finalmente, por unanimidad, el Tribu-

⁷⁸ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 387, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁷⁹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 393, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁰ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 419-424, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸¹ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 432-434, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸² Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Voto separado y parcialmente disidente del juez árbitro Christian Tomuschat, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸³ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 435-432, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf> Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁴ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19 de febrero de 2019, § 456-457, disponible en <https://www.italaw.com/sites/>

nal condenó a España a pagar a los Demandantes 2.89 millones de euros por sus pérdidas en sus inversiones en el sector fotovoltaico y, por mayoría, condenó a España a pagar a los Demandantes la suma de 30.81 millones de euros por sus pérdidas en sus inversiones en el sector hidroeléctrico, todo más intereses correspondientes. Igualmente, condenó a España a pagar a los Demandantes la mitad de sus honorarios legales y costas del arbitraje⁸⁵.

2.4 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)⁸⁶

Gilberto A. Guerrero-Rocca⁸⁷

The final award rendered in Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID case No. ARB/16/6 on August 25, 2019 (hereinafter the “Award” or “*Glencore I*”), highlights the practical relevance of analyzing treaty-based arbitration claims using a broader lens. In fact, the factual context in *Glencore I* may lead practitioners and stakeholders to revisit the adoption of stabilization clauses in investment contracts in the “era of BITs,” and could encourage arbitral tribunals to acknowledge the legitimacy of granting non-pecuniary remedies (including specific performance) in cases where investors are targeted

default/files/case-documents/italaw10692.pdf Acceso en: 24 jul 2020.

⁸⁵ Jurisdicción. *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/20). Laudo arbitral, de fecha 15 de julio de 2019, § 48, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf> Acceso en: 27 jul 2020.

⁸⁶ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID case No. ARB/16/6, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf Acceso en: 21 jul 2020.

⁸⁷ Stanford University (Stanford, USA), JSM. Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, Spain), Master 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 (Caracas, Venezuela), Abogado *Summa Cum Laude*. Master in Administrative Law. WDA Legal, Of Counsel. Florida Bar Certified Foreign Legal Consultant. International Arbitration Practice. E-mail: giguerre@fiu.edu

simultaneously by many branches and agencies of the host State.⁸⁸

In the same vein, the Award sheds light on the practical advantages that foreign-direct-investment planners and investment-arbitration practitioners can obtain from studying and applying leading case law which distinguishes between violations, on the one hand, of international customary law and BITs and, on the other, contractual breaches in cases involving investment contracts in the oil, gas, mining, technology and infrastructure sectors, among others.

In *Glencore I*, the arbitral tribunal rejected Colombia’s argument that it could not hear the claim because it was purely contractual, since the mining contract at issue contained a dispute resolution clause. To support this standard, 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, the tribunal used the “fundamental basis” test which operates as follows: (1) “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 (2) “whether the standard against which the conduct of the Parties must be measured is a contract.”

After objectively analyzing the investor’s claim, the Award decided that the investors “made no claims of breach of contractual provisions and none [of the] claims are contractual by nature. [Investors’] claims are based on the standards of the Treaty, which [Investors] allege have been breached by Colombia,” and that their claims were more than *prima facially* based on state action as opposed to a breach of contract.

Events surrounding the registration of a second treaty-based arbitration claim - just one month prior to the *Glencore I* Award - by the same investor against Colombia (*Glencore International A.G., C.I. Prodeco, and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB /19/22, hereinafter “*Glencore IP*”), might lead future arbitral tribunals to assess whether granting assurances and guarantees suits the

⁸⁸ For further analysis of the topic, see “The Wake-up “Coal” in Glencore: Adopting Stabilization Clauses in Investment Contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense”, *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*. 2019. Vol 13. Issue 4 (forthcoming).

ICSID Convention's purpose of securing full reparation of investors' legitimate expectations, and whether arbitral panels should adopt non-pecuniary remedies, regardless of a potential ideology-driven backlash by certain sovereign repeat players in the arena of treaty-based arbitration.⁸⁹

Several Colombian agencies initiated both judicial and administrative proceedings against claimants (as well as criminal investigations against Colombian civil servants); in particular, (a) a fiscal liability proceeding (brought by the Comptroller-General), which declared that by invoking the Eighth Amendment, Prodeco had incurred a fiscal liability (USD 19.1 million), and (b) a procedure for contractual annulment, filed by *Servicio Geológico Colombiano/Agencia Nacional de Minería* against Prodeco before the Administrative Tribunal of Cundinamarca, seeking annulment of the Eighth Amendment. Claimants argued that Colombia breached its international law obligations assumed under Articles 4(1) and 4(2) of the Treaty (BIT between Switzerland and Colombia) by adopting those measures.

Glencore initiated the arbitration "to ensure that it could continue to enjoy its investment." Claimants sought relief, by way of restitution, requesting repayment of the tax sanction in the sum of USD 19.1 million, and a set of non-pecuniary remedies: specific performances, assurances and guarantees.⁹⁰ Strictly speaking, claimants prevailed, but the arbitral tribunal only granted their request for repay of the fiscal sanction (USD 19.1 million). The rest of their requests were rejected. Colombia was not found to be in violation of the BIT except for an erroneous calculation by the Office of the Comptroller-General. The decision dismissed all objec-

tions raised on jurisdictional and admissibility grounds by the respondent State, namely: (i) corruption; (ii) *fork-in-the-road* and (iii) admissibility. Nevertheless, it declined jurisdiction to rule on the *umbrella clause* claim.

The Award concluded that the Comptroller-General's Office had erroneously calculated the damage caused to the Republic by the Eighth Amendment; that the Comptroller-General's Office's proceeding was in breach of Arts. 4(1) (*non-impairment clause*) and 4(2) of the Treaty (Fair-and-Equitable-Treatment clause, FET). The tribunal found that the Respondent State's violation of the non-impairment clause also breached legitimate expectations under the FET clause but dismissed other FET violations (denial of due process, bias, harassment), and did not address the issue of either explicit or implicit commitments and assurances made by Colombia to the claimants.

2.5 CEF Energia Italia BV. v. República de Italia (Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. 158/2015)⁹¹

Ivette Esís

Se trata de un litigio entre un inversionista de nacionalidad holandesa CEF Energia Italia BV y la República de Italia, resuelto mediante arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo bajo el No. SC158/2015 y cuyo laudo arbitral fue dictado el día 16 de enero de 2019. Este caso se refirió a diversos problemas suscitados entre las partes con ocasión de la reforma del marco regulatorio italiano en materia de energía producida a partir de fuentes renovables y, en particular, de plantas fotovoltaicas. El inversor es propietario de tres proyectos de este tipo en territorio italiano: Megasol, Enersol y Phoenix.

Desde la década de los años 80 del Siglo pasado, ante la necesidad de mejorar el sector eléctrico del país, Italia promovió la producción de energía verde mediante la instauración de incentivos para la construcción de la infraestructura necesaria para la generación de electricidad fotovoltaica. Luego, en los años 90, mediante reformas

⁸⁹ GUERRERO-ROCCA, Gilberto: The Prodigal Son Comes Home: Ecuador Returns with Investment-Arbitration, **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2018. Vol. 12. Issue 3, pp. 319-369.

⁹⁰ (a) specific performance of the mining investment contract ("continue to perform and observe the Eighth Amendment"); (b) cessation of contract annulment proceedings before Colombian courts; and (c) assurances and guarantees that Colombia and its agencies will refrain from initiating both administrative and judicial proceedings against claimants which, precisely, triggered the second investment-arbitration claim in *Glencore II* (i.e. measures taken in connection with Prodeco's port facilities for the export of coal, located in Santa Marta. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), initiated a probe for supposedly creating a monopoly in the port and for abusing its dominant position in detriment of other coal exporters. The SIC had been involved in the fact-finding tasks on behalf of Colombia during the arbitral proceeding in *Glencore I*, by providing Respondent with presumably 'damaging' evidence against Glencore.

⁹¹ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020. Advertimos que el análisis solo se refirió al aspecto de mérito del laudo y no a los asuntos jurisdiccionales en él analizados.

legislativas, simplificó el proceso de las autorizaciones a las empresas del área, permitió su producción sin límite de capacidad y obligó a incorporar a la red eléctrica nacional un porcentaje de esta energía.

Posteriormente, con el propósito de adaptarse a la Directiva Europea 2001/77/EC y la Directiva 2009/28/EC, Italia profundizó tales reformas para incentivar la producción de energía de fuente renovable mediante decretos legislativos dictados entre 2005 y 2012. Garantizó el pago de tarifas adicionales por cada Kwh producido e incluido a la red nacional y para materializarlo, los inversionistas recibían, primero, una carta de conformidad de la tarifa y, luego, firmaban con la agencia correspondiente un contrato por el cual se aseguraba el pago de dicho incentivo por el lapso de 20 años.

Sin embargo, ante la preocupación del aumento del precio del servicio de energía eléctrica para el consumidor final, se implementan cambios legislativos conforme a los cuales se obliga a todos los inversores del sector a pagar una tarifa administrativa a la agencia estatal en la materia y por los despachos de energía a la red. Asimismo, se redujo el monto de los incentivos y se impuso a las empresas productoras de energía verde al pago del impuesto a las ganancias obtenidas en los sectores de petróleo, gas y otras energías (Robin Hood Tax) que, en principio, no les correspondía. Y, adicionalmente, el máximo tribunal de justicia de dicho país calificó a las plantas fotovoltaicas como propiedad inmobiliaria susceptible de ser gravada por una serie de impuestos y cargas fiscales.

Esta situación causó – según el alegato del demandante – considerables pérdidas en la inversión debido a que el cobro de los conceptos arriba mencionados, no estaban contemplados previamente, motivo por el cual demandó la violación del trato justo y equitativo previsto en el artículo 10 (1) del Tratado de la Carta de Energía. La República de Italia en su defensa argumentó, entre otros temas, que las medidas formaban parte de su poder regulatorio tomadas legítimamente salvaguardando los intereses de los inversionistas. Asimismo, indicó que las legítimas expectativas a que se refiere el instrumento convencional deben ser consideradas para el momento en que se realiza la inversión.

El tribunal arbitral analizó cuidadosamente la garantía del trato justo y equitativo y, en particular, las legítimas expectativas. Siguiendo el laudo arbitral dictado en

el asunto *Antaris v. República Checa*⁹², se debe tomar como límite temporal el momento de la inversión para determinarla. De los tres proyectos de plantas fotovoltaicas propiedad del inversionista – Megasol, Enersol y Phoenix -, solo uno de ellos cumplía con dicho requisito⁹³. Es decir, para el momento cuando se iniciaron las inversiones en Megasol y Phoenix, CEF Energía tenía la esperanza que ciertos incentivos fuesen acordados y no se recibió ni la carta ni se firmó el contrato en el cual Italia se comprometía a pagar tarifas adicionales, mientras que en el caso de Enersol esto sí se realizó.

De igual forma, el tribunal arbitral consideró que el inversor tiene la carga de la prueba de demostrar el origen y la conexión directa de la expectativa del inversor con la propia inversión, especificando la garantía o el incentivo derivado de la legislación del Estado anfitrión que la ha afectado y el impacto negativo sobre su valor o su rentabilidad. Siguiendo con el laudo *Antaris*, el tribunal arbitral se preguntó ¿cuál es exactamente el contenido de las expectativas transgredidas por el Estado y prohibidas por el Derecho Internacional?

En este litigio, se consideró que el inversor esperaba recibir por 20 años el incentivo acordado con Italia a partir del 30 de marzo de 2012⁹⁴, lo que aseguraba la continuidad de la inversión y se vio interrumpido por la reforma estatal. No obstante lo anterior, interesa también resaltar la advertencia realizada por el panel de árbitros, al referir que los inversores deben estar conscientes que los Estados gozan de potestad regulatoria, por lo cual es lógico anticipar que, durante la relación inversor-Estado, este último puede dictar normas para proteger el interés público.

Finalmente, respecto al pago de la indemnización debida al inversor por parte de Italia, el tribunal arbitral consideró la regla de la reparación integral del caso *Chorzow Factory*. Muy particularmente, indicó que este principio no debe operar como un premio o recompensa al inversionista o ser utilizado para hacer la inversión

⁹² *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, laudo arbitral de fecha 02/05/2018, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/558/antaris-and-g-de-v-czech-republic> Acceso en: 21 jul 2020.

⁹³ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 190, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

⁹⁴ *CEF Energia BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 219, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

más rentable, sino que su verdadero propósito consiste en reestablecer la situación como si el acto estatal no hubiese sido dictado⁹⁵. Debido a que solo se consideró uno de los tres proyectos, se condenó a Italia al pago de 9,6 millones de euros, más intereses compuestos desde el 01 de enero de 2015 hasta la fecha de pago del laudo, más costos del arbitraje.

2.6 Extranjeros en su propia tierra: El caso **García Armas y García Gruber contra la República Bolivariana de Venezuela (Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-3)**⁹⁶

Manuel Gómez⁹⁷

Este breve comentario se centra en uno de los puntos más resaltantes del caso García Armas y García Gruber ('García') contra la República Bolivariana de Venezuela ('Venezuela' o 'la República'), iniciado por notificación de arbitraje presentada el 9 de octubre de 2012 conforme al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ('CNUDMI'). El procedimiento arbitral concluyó con un laudo final sobre méritos publicado el 26 de abril de 2019, por el cual se declaró con lugar la demanda y se condenó a la República a pagar a los demandantes una indemnización de aproximadamente US\$ 367 millones.⁹⁸

La demanda se fundó en una serie de medidas ilícitas ejercidas en contra de las empresas venezolanas Alimentos Frisa y Transporte Dole por el gobierno de Ve-

nezuela en contravención al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ('TBI España-Venezuela'). La inversión extranjera cuya protección invocaron los demandantes fue la propiedad de las acciones y demás activos de las empresas antes mencionadas, adquiridas en 2001 y 2007. Este caso es uno de los tantos presentados contra la República durante la última década por medidas de expropiación indirecta realizadas por el gobierno venezolano contra inversionistas extranjeros.⁹⁹ La disputa tiene varios aspectos interesantes, pero lo que más salta a la vista es el debate sobre la nacionalidad española de los demandantes y su impacto en el derecho a invocar el tratado.¹⁰⁰ De acuerdo con el texto del tratado la condición de 'inversores' la podrán tener, 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'.¹⁰¹ Como puede verse, la norma no hace distinción alguna sobre si la nacionalidad extranjera la debe tener el inversionista al momento de la inversión, al momento de la expropiación o al momento de presentar la demanda aduciendo la violación del tratado. Tampoco establece el tratado si quienes ostentan la nacionalidad de ambos estados involucrados —es decir, son de doble nacionalidad— están excluidos de su protección.

El señor García Armas efectivamente nació España, lo cual de acuerdo con las leyes de ese país lo hace español, pero se trasladó a Venezuela en 1961, adquirió la nacionalidad venezolana por naturalización en 1972 y continuó viviendo allí por muchos años. La otra demandante, Karina García Gruber, nació en Venezuela y no adquirió la nacionalidad española sino hasta 2003. Como se dijo antes, las inversiones realizadas por los demandantes datan de 2001, es decir, fueron realizadas muchos años después de que García Armas adquirió la nacionalidad venezolana por naturalización y cuando García Gruber todavía no era española, sino solamente venezolana.

⁹⁵ *CEF Energía BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, § 267, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

⁹⁶ *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, 9 de octubre de 2012, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2869> Acceso en: 31 jul 2020.

⁹⁷ Profesor y Decano Asociado de Estudios Internacionales y Postgrados en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Florida (FIU). Miembro fundador de la Sociedad de Arbitraje Internacional (MIAS) y editor de la revista especializada en arbitraje y mediación *World Arbitration and Mediation Review* (WARN). Abogado (cum laude) y especialización en derecho procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y su maestría y doctorado en la Universidad de Stanford (Estados Unidos). E-mail: magomez@fiu.edu

⁹⁸ *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela*, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Laudo final sobre méritos 26 de abril de 2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11124.pdf> Acceso en: 31 jul 2020.

⁹⁹ GUERRERO-ROCCA, Gilberto A.: In Case of Fire, Please Denounce the ICSID Convention: The Socio-Legal Risks of Adopting a Pro State Approach Towards Articles 71-72 Dealing with Sovereign Repeat Players. *World Arbitration and Mediation Review*, 2017. p. 129.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ VENEZUELA. 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

El argumento de la República era que el tribunal arbitral carecía de competencia para conocer de la demanda porque los García no eran españoles al momento de la inversión y por ende no podían considerarse como inversionistas extranjeros bajo el tratado. Según la República, cuando el señor García Armas se hizo venezolano, la Ley de Naturalización vigente en Venezuela le impedía tomar ventaja de su nacionalidad de origen (España) so pena de perder la nacionalidad venezolana.¹⁰² Esta prohibición fue eliminada en 2004, con la aprobación de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía,¹⁰³ es decir, tres años después del momento en que García Armas realizó su inversión (compra de las acciones de Alimentos Frisa y Transporte Dole).

Con respecto a la señora García Gruber, el argumento era que su adquisición de la nacionalidad española también lo fue con posterioridad a la inversión. En su decisión sobre este punto, el tribunal desestimó la relevancia de la discusión sobre nacionalidad y a través de un laudo parcial sobre jurisdicción dictado el 2014, afirmó ‘su competencia bajo el entendido de que los García son “inversionistas” y su participación en las sociedades venezolanas constituyen “inversiones” en Venezuela protegidas por el TBI hispano-venezolano’.¹⁰⁴

Por sentencia dictada el 25 de abril de 2017, la Corte de Apelaciones de París anuló parcialmente el laudo, aduciendo que el tribunal arbitral debió ‘haber considerado la nacionalidad de los accionistas a la fecha de realización de sus inversiones’.¹⁰⁵ Como consecuencia de esta decisión, los García reformaron la demanda excluyendo las inversiones realizadas en 2001, pero manteniendo su reclamo sobre las realizadas a partir de 2007, es decir, cuando no había duda alguna de su nacionalidad española. A pesar de las objeciones de la República cuyos abogados continuaron insistiendo en la falta de competencia, el tribunal arbitral aceptó la demanda modificada y le dio curso al procedimiento hasta dictar su laudo definitivo en abril de 2019. Curiosamen-

te, las incidencias procesales ante las cortes francesas continuaron por más de un año luego de la conclusión de la causa principal en sede arbitral. La última sentencia judicial, que declaró la nulidad total del laudo parcial que decidió sobre la competencia, fue dictada por la Corte de Apelaciones de París el 3 de junio de 2020. La misma fue provocada por una orden de reenvío que le formulase la Corte de Casación al decidir el recurso presentado contra la decisión inicial de aquélla en 2017.

En una declaración concedida a la publicación especializada *Global Arbitration Review* con ocasión de la última decisión de la corte parisina, los apoderados de los García insinuaron que la sentencia de reenvío que anuló el laudo parcial sobre la competencia del tribunal resolvió una cuestión ‘puramente académica’, es decir, carente de utilidad práctica.¹⁰⁶ La convicción de los demandantes sobre su posición se basa en que para decidir el fondo de la controversia, el tribunal arbitral solamente consideró los derechos adquiridos por los demandantes cuando no había discusión sobre su nacionalidad española. Sin embargo, nada impide que al decidir el recurso de nulidad ejercido por la República contra el laudo definitivo, la Corte parisina entre a analizar de nuevo las objeciones formuladas por Venezuela en su momento al objetar la competencia *ratione personae* y *ratione materiae* del tribunal.¹⁰⁷ En tal caso, la Corte de Apelaciones podría interpretar esas objeciones ‘(como ya han venido haciendo varios tribunales de arbitraje de inversión) como suficientes para declarar que el tribunal arbitral se declaró competente *á tort*, y por tanto anular el laudo final’.¹⁰⁸ En todo caso, la decisión que se dicte al respecto será una pieza más en la colcha de retazos creada por los tribunales de arbitraje de inversión en los últimos años sobre el tema de la nacionalidad.

¹⁰² VENEZUELA. Ley de Naturalización, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 24.801 de 21 de julio de 1955, Artículo 1(1)

¹⁰³ VENEZUELA. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.971 de 1 de julio de 2004

¹⁰⁴ BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Vénézuéla c. Serafin García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020

¹⁰⁵ BERGOLLA, Luis, ‘République Bolivarienne du Vénézuéla c. Serafin García Armas & Karina García Gruber, Resumen del Caso’, Julio 2020

¹⁰⁶ SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

¹⁰⁷ BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? *World Arbitration and Mediation Review*, en imprenta. 2020

¹⁰⁸ BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? *World Arbitration and Mediation Review*, en imprenta. 2020

3 Bibliografía Consultada

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 Vénézuéla c. Seraffín García Armas & Karina García Gruber, Resúmen del Caso’, Julio 2020

BERGOLLA, Luis. An Academic Response to a “Purely Academic Question”: Is the Setting Aside of the Jurisdictional Award in García Armas and García Gruber v. Venezuela really inconsequential? **World Arbitration and Mediation Review**, en imprenta. 2020.

CHARLOTIN, Damien: Analysis: “Unpacking the Eskosol V. Italy Decision on EU-Related Jurisdictional Issues,” Available at: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-unpacking-the-eskosol-v-italy-decision-on-eu-related-jurisdictional-issues/> Acceso en: 22 jun 2020

CONTARTESE, Cristina; ANDENAS, Mads: EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter Se Agreements between EU Member States: Achmea. **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: v. 56, n. 1, 2019, p.157-191.

DELGADO CASTELEIRO, Andrés: The International Responsibility of the EU: From Competence to Normative Control. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ENERGY CHARTER TREATY. Signed on the 17 December 1994. Available at: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> Acceso en: 21 jul 2020.

EUROPEAN UNION. Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. Signed on the 5 of May 2020. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) Acceso en: 21 jul 2020

EUROPEAN UNION. *Opinion 1/17 CETA*, ECLI:EU:C:2019:341.

EUROPEAN UNION. C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* ECLI:EU:C:2018:158.

EUROPEAN UNION. C – 239/03 *Commission V Fran-*

ce (Étang De Berre), ECLI: EU:C:2004:598.

GUERRERO-ROCCA, Gilberto: “The Wake-up “Coal” in Glencore: Adopting Stabilization Clauses in Investment Contracts and Seeking Non-Pecuniary Remedies in Investment Arbitration Still Makes Sense” **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2019. Vol 13. Issue 4 (forthcoming).

GUERRERO-ROCCA, Gilberto: The Prodigal Son Comes Home: Ecuador Returns with Investment-Arbitration, **World Arbitration & Mediation Review (WAMR)**. 2018. Vol. 12. Issue 3, pp. 319-369.

SANDERSON, Cosmo y PERRY, Sebastian, ‘Dual Nationals’ award against Venezuela set aside’ *Global Arbitration Review*, 3 de Junio de 2020.

schill, Stephan: Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law and Comparative Public Law. In schill, Stephan W. (ed.). In: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, 2010, p. 151-182, p. 166-174.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE: “Subsecretario de Relaciones Económicas Internacionales inauguró seminario sobre laudos arbitrales de inversión”. Nota de prensa disponible en: <https://www.uautonoma.cl/news/subsecretario-de-relaciones-economicas-internacionales-inauguro-seminario-sobre-laudos-arbitrales-de-inversion/> Acceso en: 17 jul 2020.

URUGUAY. Ley 16060 del 04.09.1989 de Sociedades Anónimas, disponible en: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf> Acceso en: 15 jun 2020

URUGUAY. Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones (1997), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/URY_VEN_s.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

VENEZUELA. Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (1993), disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/VEN_Netherlands.pdf Acceso en: 21 jul 2020

VENEZUELA. 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

VENEZUELA. Ley de Naturalización, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 24.801 de 21 de julio de 1955, Artículo 1(1)

VENEZUELA. Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.971 de 1 de julio de 2004

Casos citados

Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, laudo arbitral de fecha 02/05/2018, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/558/antaris-and-g-de-v-czech-republic> Acceso en: 21 jul 2020.

CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015, § 190, texto disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10557_0.pdf Acceso en: 15 jun 2020.

Charanne Bv and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain, SCC 062/2012, Award 21 January 2016, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Clorox España, S.L. v. República Bolivariana de Venezuela (CPA No. 2015-30), Laudo arbitral de fecha 20/05/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10549.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/245/conocophilips-v-venezuela> Acceso en: 15 jun 2020.

Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/20). Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y parcial sobre el *quantum*, de fecha 19/02/2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf>. Laudo arbitral de fecha 15 de julio de 2019, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf>.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Eskosol SPA in liquidazione v. Italy. ICSID Case No. Arb/15/50. Decision on Italy's request for immediate

termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes (*Eskosol SPA v Italy*), 7 May 2019, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/698/eskosol-v-italy> Acceso en: 21 jul 2020.

Eureka Bv (the Netherlands) v. the Slovak Republic, PCA Case N°2 008-13, Award on Jurisdiction, 26 October 2010, disponible en: www.italaw.com Acceso en: 21 jul 2020.

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID case No. ARB/16/6, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf Acceso en: 21 jul 2020.

Italba Corporation v. República Oriental del Uruguay, CIADI ARB/16/9, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/9> Acceso en: 15 jun 2020.

Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-37, Laudo arbitral de fecha 29/04/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10875.pdf> Acceso en: 15 jul 2020.

Nord Stream 2 AG v. European Union, PCA Case No. 2020-07 (pending), disponible en: <https://www.italaw.com/cases/8187> Acceso en: 15 jul 2020.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, laudo arbitral de fecha 02/05/2016. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf Acceso en: 10 jun 2020.

RREEf Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À R. v. Spain, ICSID Cas No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, disponible en: www.italaw.com

9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España, Caso CIA-DI No. ARB/15/15, Laudo 31/05/2019, disponible en: <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-9ren-holding-s-a-r-l-v-kingdom-of-spain-laudo-friday-31st-may-2019> Acceso en: 30 jun 2020

Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela, caso 2013-3, Corte Permanente de Arbitraje, Notificación de Arbitraje, 9 de octubre de 2012, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2869> Acceso en: 31 jul 2020.

Stadwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. Reino de España, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo 02/12/2019, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11056.pdf>
Acceso en: 30 jun 2020.

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