



Centro de Arbitraje
y Conciliación

Cámara
de Comercio
de Bogotá

ALARB
Asociación Latinoamericana de Arbitraje
Asociación Latinoamericana de Arbitraje

Universidad
Externado
de Colombia
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho de lo Propio

CYROI

Patrocina:



VI Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión Bogotá, Colombia

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Gas y Energía para el Mundo Corporation (GEM Corp.)
(Parte Demandante)

- En contra de -

República Federal de Occidente (RFO)
(Parte Demandada)

Memoria de la Parte Demandante
12 de diciembre de 2018

INDICE

LISTADO DE REFERENCIAS.....	i
LISTADO DE ABREVIACIONES	vi
EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.....	1
ARGUMENTOS LEGALES.....	0
A. Argumentos sobre Jurisdicción	
1. GEM Corp. es sujeto legitimado para actuar ante el CIADI como parte demandante..1	
a) GEM Corp. es nacional de la República del Pacífico.....1	
b) GEM Corp. es inversionista conforme el TCE.....1	
2. Existencia de una inversión protegida.....2	
a) Existencia de una inversión conforme el artículo 1 (6) del TCE.....2	
• No es un requisito esencial que la inversión se haya realizado conforme a las leyes de RFO.....5	
• La existencia de una inversión relacionada con una actividad económica en el sector de energía de acuerdo al TCE.....5	
b) Existencia de una inversión bajo el artículo 25(1) del Convenio CIADI y la controversia es de naturaleza jurídica.....6	
3. Las inversiones realizadas por GEM. Corp. no quedan desprotegidas por la terminación de la aplicación provisional del TCE.....7	
4. Inaplicabilidad de la cláusula de denegación de beneficios.....9	
a) Improcedencia de la denegación de beneficios como objeción en materia jurisdiccional.....9	
b) El efecto prospectivo del ejercicio del derecho a la denegación de beneficios frente la inversión.....10	
c) Tercer Estado como Estado no parte.....11	
(iv) (Los elementos del artículo 17 no se ven configurados en el presente caso..... 12	
a. No se configuran los elementos del artículo 17 (1).....12	
b. No se configuran los elementos del artículo 17 (2).....13	

5. El consentimiento de las partes de acudir al CIADI (jurisdicción <i>ratione voluntatis</i>).	14
B. Cuestiones de Fondo de la Controversia.....	16
1. RFO ha violado la obligación del artículo 13(1) TCE sobre la prohibición de expropiación.....	16
a) La inversión de GEM Corp. está protegida por el artículo 13(1) del TCE.....	17
b) Las medidas adoptadas por RFO han resultado en la expropiación indirecta del GdO.....	18
c) Violación de las legítimas expectativas de GEM Corp.....	20
d) La gravedad del impacto de las medidas adoptadas por la RFO a GEM Corp..	22
e) El carácter de las medidas tomadas por la RFO.....	23
i. Las medidas tomadas por la RFO fueron en base a la doctrina <i>sole effect</i>	23
ii. La RFO pudo actuar de manera menos gravosa.....	24
iii. Las medidas tomadas por la RFO son desproporcionadas.....	24
2. Violación del estándar de Trato Justo y Equitativo bajo el TCE.....	39
C. Compensación por los daños causados a GEM. Corp.....	48
PETICIONES.....	59

I. LISTADO DE REFERENCIAS

Nombre o Referencia	Citado en
I. Tratados e Instrumentos Legales	
Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado. (Convenio CIADI)	Citado en: Todo el memorial
El Tratado sobre la Carta de la Energía ^[L] _[SEP] (TCE)	Citado en: Todo el Memorial
Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados	Citado en: 37, 46, 47
Acuerdo Marco de Servicios de la ASEAN	Citado en: 41
Tratado de Libre Comercio de Norte América (NAFTA)	Citado en: 44
II. Jurisprudencia	
<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L y Antin Energía Termosolar B.V., v.s. El Reino de España</i> , Caso del CIADI No. ARB/13/31	Citado en: 112, 123
<i>Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. El Estado de Senega</i> , Caso del CIADI No. ARB/82/1	Citado en: 127
<i>Amto c. Ukraine</i> , Caso Cámara de Comercio de Estocolmo núm. 080/2005, Laudo del 26 de marzo de 2008, párrafo 42.	Citado en: 31, 38, 50
Caso “Hadley c. Baxendale” Citado en PRYLES, Michael, “Lost Profit and Capital Investment”, disponible en:	Citado en: 144

<p>http://www.arbitration-icca.org/media/4/43096502954185/media012223892171920damages_in_the_international_arbitration_paper.pdf</p>	
<p>CMS c. Argentina, (Caso CIADI núm. ARB/01/8) Decisión sobre Jurisdicción (17 de julio de 2003, párrafo. 27)</p>	Citado en: 39
<p>Holiday Inns c. Marruecos. (Caso del CIADI No. ARB/72/1). Decisión sobre Jurisdicción (12 de mayo 1974).</p>	Citado en: 33
<p><i>Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España</i>, Caso Cámara de Comercio de Estocolmo núm. 153/2013, Laudo de 12 de julio de 2016.</p>	Citado en: 128
<p>Petrobart Limited c. República Kirguisa, Caso Cámara de Comercio de Estocolmo núm. 126/2003, Laudo del 29 de marzo de 2005 (“Petrobart c. Kirguistán”), p. 72</p>	Citado en: 30
<p>Lanco c. Argentina, (Caso CIADI núm. ARB/97/6) Decisión de Jurisdicción (8 de diciembre 1998), párrafo. 47</p>	Citado en: 63
<p>Marvin Feldman c. México (Caso CIADI núm. ARB(AF)/99/1), párrafos 107 y 108.</p>	Citado en: 96
<p>Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos. (Caso CIADI núm. (AF)/97/1). (Mecanismo Complementario). Decisión de Jurisdicción (30 de agosto de 2000)., párrafo 107, 108 y 111.</p>	Citado en: 96, 112

Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. Arab Republic of Egypt, (Caso CIADI núm. ARB/99/6). (2002), párrafo 127.	Citado en: 93
RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España (Caso CIADI núm. ARB/13/30). Decisión de Jurisdicción (6 de junio de 2016)., párrafo 156.	Citado en: 29
Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A c. Marruecos (Caso CIADI núm. ARB/00/4). Decisión de Jurisdicción (23 de julio de 2001).	Citado en: 23
Santa Elena S. A. c. Costa Rica. (Caso CIADI núm. ARB/96/1). Decisión de jurisdicción (17 de febrero de 2000)	Citado en: 93,112
Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co., Laudo de fecha 15 March 1963.	Citado en: 133
Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, (Caso CIADI núm. (AF)/00/2). Decisión de Jurisdicción (29 de mayo de 2003).	Citado en: 106,107,109,113, 119, 120
Plama c. Bulgaria; Caso CIADI No. ARB/03/24	Citado en: 37, 39, 41, 51
Starret Housing Corp. c. Irán, Laudo núm. 314-24-1. Firmado el 14 de agosto de 1987., párrafo 294.	Citado en: 89

Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa, CNUDMI, CPA caso No. AA 227	Citado en: 43, 47
Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV c. Kazajstán, CIADI Caso No. ARB/07/14	Citado en: 43
Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía, CIADI Caso No. ARB/06/8	Citado en: 46
(Tokios Tokeles c. Ukraine, (<i>Caso CIADI núm. ARB/02/18</i>) Decision de Jurisdcció (29 April 2004, para. 91)	Citado en: 38
III. Doctrina	
Alexandrov, S. Y Durán, M. (noviembre 2014-enero2015) El tratado de la carta de energía: un modelo exitoso de acuerdo multilateral ^[1] para la protección de inversiones. Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería No.3. Página 3.	Citado en: 13,
Álvarez, Gabriela. Volumen II: Las Características del Arbitraje del CIADI(Anuario Mexicano de Derecho Internacional).	Citado en: 120
Alejandro López Ortiz And Michael P. Lennon, Jr., Mayer Brown. Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty (Practical Law).	Citado en: 131

<p>SANTOS DÁVALOS, Oswaldo (2014) Introducción a la Evaluación de Daños con Aplicación al Arbitraje, Revista Ecuatoriana de Arbitraje.</p>	<p>Citado en: 128</p>
<p>CHRISTOPH H. SCHREUER with LORETTA MALINTOPPI, AUGUST REINISCH, ANTHONY SINCLAIR. (2009). THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States . United Kingdom: Cambridge University Press.</p>	<p>Citado en: 132</p>
<p>Amado, J. y Amiel, B. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras.</p>	<p>Citado en: 47, 90</p>
<p>Álvarez, Gabriela Volumen II: Las Características del Arbitraje del CIADI (Anuario Mexicano de Derecho Internacional)</p>	<p>Citado en: 130</p>
<p>CHRISTOPH H. SCHREUER with LORETTA MALINTOPPI, AUGUST REINISCH, ANTHONY SINCLAIR. (2009).</p>	<p>Citado en: 23</p>

<p>THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States . United Kingdom: Cambridge University Press.</p>	
<p>CRAWFORD, James, “Articles on Responsibility of States of Internationally Wrongful Acts”, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge, United Nations (2012).</p>	<p>Citado en: 141</p>
<p>FELLMETH, Aaron X. & HORWITZ, Maurice, “Guide to Latin in International Law”, Oxford Press (2009).</p>	<p>Citado en: 146, 148</p>
<p>FRIEDMAN, Mark W. & LAVAUD, Floriane, en GLOBAL ARBITRATION REVIEW, “The Guide to Damages in International Arbitration”, editado por TRENOR, John A., Law Business Research Ltd, Londres, Reino Unido (2016): ISBN 978-1-910813-96- 6 90</p>	<p>Citado en: 134, 136</p>
<p>GLOBAL ARBITRATION REVIEW, “The Guide to Damages in International Arbitration”, editado por TRENOR, John A., Law Business Research Ltd, Londres, Reino Unido (2016):</p>	<p>Citado en: 138</p>

ISBN 978-1-910813-96-6, pág. 91.	
HIRSCH, Moshe, “Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law”, 12 The Journal of World Investment & Trade, Issue 6 (2011), 783-806. ISSN 1660-7112, pág. 784.	Citado en: 144
González, M. (2009) Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativo	Citado en: 110
Jijón, M., Solución de Controversias en Materia de Inversiones, página 14.	Citado en: 23
Kardassopoulos c. Georgia (Caso CIADI núm. ARB/05/18)	Citado en: 45
Márquez, C. (mayo 2008) Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración.	Citado en: 92
Páez, M. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados.	Citado en: 111
Prieto, Gustavo. (2013) El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones.	Citado en: 110
Ripinsky S & Williams K, “Damages in International Investment Law”, British Institute of International and Comparative	Citado en: 139

Law (2008).	
Reyes, Mario (2005) <i>El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos</i>	Citado en: 1 y 8
Pérez, Yaritza (2012) <i>Objeciones A La Jurisdicción Arbitral Del Ciadi</i>	Citado en 2 y 5
Alexandrov, Stanmir y Durán, Carolina (2014) <i>El Tratado De La Carta De Energía: Un Modelo Exitoso De Acuerdo Multilateral Para La Protección De Inversiones</i>	Citado en 14
(Schreuer, C., Binder. C., Kriebaum, U., Reinisch, A., & Wittich, W. (2009) <i>International Investment Law for the 21st Century</i> . Print ISBN-13: 9780199571345)	Citado en 24
IV. Otros Recursos	
Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía de 1994.	Citado en: 28, 34
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2005) <i>Las disputas con los Estados-Inversionistas derivados de los tratado de inversión: una revisión</i> . Serie UNCTAD sobre Políticas de	Citado en: 92

Inversión Internacional para el Desarrollo	
Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo Y del Consejo de 23 de Abril de 2009	Citado en: 117
Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo Y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE	Citado en: 126, 127, 128
Principios de Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT	Citado en: 145

II. LISTADO DE ABREVIACIONES

Abreviatura	Definición
AOMS	Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas
CIADI	Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado.
Contrato	Contrato de Suministro y Compra de Gas
GdO	Proyecto de Inversión Gasoducto de Occidente
GEM Corp.	Gas y Energía para el Mundo Corporation
GenerGas	Generadora de Gas Inc
GOSPA	Gasoducto de Occidente SpA
RFO	República Federal de Occidente (RFO)
RP	República del Pacífico
TCE	Tratado de la Carta de Energía

III. EXPOSICIÓN DE HECHOS

1. La demanda energética en la comunidad europea creció de manera exponencial durante las últimas décadas. El 3 de marzo de 2007 surge el Proyecto de Inversión Gasoducto de Occidente (GdO), el cual conectaría a la República Federal de Occidente (RFO) directamente con los pozos de gas de Gas y Energía para el Mundo Corporation (GEM Corp.). La inversión que exigía GdO estaba avaluada en US \$ 13.000 millones. En consecuencia, GEM Corp. necesitaba financiamiento, para lo cual se aseguró de la tendencia creciente y sostenida en la demanda de gas por parte de RFO así como las cantidades diarias de suministro para la viabilidad económica y operativa del proyecto.

2. El 10 de junio de 2007, GEM Corp. se reunió con los Ministros de Infraestructura y Transporte, y con el Ministro de Energía de RFO con el fin de socializar el proyecto GdO con el gobierno. En ese encuentro el Ministro de Energía manifestó la importancia del mismo para el mercado energético del país y Europa. Del mismo modo, externaron el total apoyo a su construcción.

3. El 13 de julio de 2007 GEM Corp. constituyó la sociedad de propósito especial “Gasoducto de Occidente S.p.A.” (GOSPA), con un capital de US \$10.000 millones. A través de GOSPA, GEM Corp. negoció un contrato de suministro del gas con la principal empresa generadora de energía eléctrica de RFO “Generadora de Gas Inc.” (GenerGas). Entre enero y mayo de 2008 GEM Corp. estructuró la financiación del proyecto ya con miras a iniciar el proyecto más aclamado en la región.

4. El 3 de septiembre de 2008 la Unión Europea emite un Reglamento de Sanciones Económicas contra la República del Pacífico (RP). El mismo incorporó disposiciones respecto al sector de hidrocarburos. A causa de ello se detuvo durante más de un año la importación de los materiales y tuberías desde la RP hacia la RFO hasta la entrega de un permiso por parte de la misma RFO.

5. Posterior a ello, restaba obtener el permiso medioambiental solicitado a la AOMS. El mismo, exigió rediseñar el trazado de la línea del gasoducto. Exigencias fuera de lo pactado dentro

de las negociaciones. Estos retrasos conllevaron la salida de uno de los inversionistas: Bank of Well. Aunado a ello, El Departamento de Estado de la RFO obligó a Gas Europe Inc. a salir del proyecto, lo cual implicó el financiamiento por parte de GOSPA de más de US \$ 6,000 millones por la pérdida de esos dos inversionistas.

6. La RFO aprobó el 10 de marzo de 2010 la Ley del impulso a Energías Renovables. En ella se introdujo, la posibilidad del presidente de crear mecanismos de desincentivo a la generación de energía a partir de fuentes no renovables. Fue tanto el daño, que obligó a GEM Corp. a aumentar su participación accionaria en GenerGas Inc. de un 10% a 25%.

7. Para el año 2016, 50% de la demanda energética en RFO provenía del mercado de energías renovables. Esto hacía imposible competir con los precios de la energía renovable subsidiada por el gobierno lo cual implicó el incumplir en los pagos por parte de GenerGas generando una deuda de US \$5,000 millones por suministros no pagados. Esta situación generó que el valor de las acciones de GenerGas se desplomaran en el mercado por debajo de un 50%.

8. El 15 de marzo de 2016, la Comisión de Regulación de Competencia, emitió una notificación que solicitaba a GEM Corp. vender su participación accionaria en GOSPA por tener una “posición dominante” en el mercado así como también el libre acceso a la red de sus Gasoductos lo cual culminó con la imposición de sanciones a GEM Corp. dejando la compañía fuera del negocio del gas. La compañía manifestó el rechazo a los abusos de las autoridades de la RFO frente a un proyecto pactado para el beneficio del país y la comunidad europea en general.

9. GEM Corp. solicitó arbitraje bajo el art. 26 del TCE contra RFO por la violación de los artículos 10 y 13 solicitando la compensación de los daños generados al proyecto

IV. ARGUMENTOS LEGALES

1. La disputa entre GEM Corp. y RFO se encuentra cubierta por la jurisdicción del CIADI debido a que (i) RFO, Estado demandado y donde se encuentra la inversión, y RP, Estado al que corresponde la nacionalidad de GEM Corp., ratificaron la Convención del CIADI en fecha 10 de

junio de 1985 y 5 de mayo de 1990, respectivamente; (ii) RP y RFO son partes contratantes del TCE, en cuyo artículo 26 se señala el CIADI como foro competente para la solución de disputas; y (iii) la disputa surge directamente de una inversión realizada por GEM Corp. en la RFO, protegida bajo el artículo 1 (6) del TCE.

2. Se demostrará además que las inversiones no quedan desprotegidas por la terminación de la aplicación provisional del TCE ejercida por RP, como erradamente sostiene la RFO, y que no procede invocar el artículo 17 del TCE para denegar a GEM Corp el acceso a la jurisdicción del CIADI y los beneficios que como inversionista en la RFO le confiere el TCE.

3. Tras sustentar lo relativo a la jurisdicción del Tribunal Arbitral conformado bajo las Reglas del CIADI para conocer de la disputa que presenta GEM Corp contra la RFO, se desarrollarán los argumentos que permiten afirmar que la RFO ha incurrido en violación al artículo 13(1) TCE tras haber llevado a cabo actos que califican como expropiación indirecta, en violación al estándar de trato justo y equitativo estipulado en el artículo 10 del TCE. Dichas actuaciones de la RFO ocasionaron daños a GEM. Corp. que deben ser resarcidos.

4. Los Estados tienen el deber de pagar una justa indemnización por los perjuicios sufridos por un inversionista, y por ello corresponde reconocer a favor de GEM Corp. y con cargo a la RFO, una indemnización por la suma pedida por las violaciones al TCE en que ha incurrido la RFO, calculada esta suma bajo el método aplicable en este caso.

A. Argumentos sobre Jurisdicción

1. GEM Corp es sujeto legitimado para actuar ante el CIADI como parte demandante

5. Para acudir ante el CIADI como parte demandante, deben verificarse las condiciones de nacionalidad exigidas por el Convenio CIADI y el TCE para calificar como inversor extranjero. GEM Corp satisface estos requisitos, y por ello está legitimada para actuar ante el CIADI como parte demandante.

6. El artículo 25 (b) (2) del Convenio CIADI define “inversor” como “toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

7. Por su parte, el artículo 7 (2) del TCE define al inversor, en cuanto a las personas jurídicas, como “la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante”.

8. Según Álvarez Ávila “(..) cualquier persona jurídica que, hasta la fecha del consentimiento de las partes sea nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte a la diferencia, podrá presentar una solicitud de arbitraje”, pues el “convenio no indica el criterio para definir la nacionalidad de una persona jurídica”. (Gabriela Álvarez Ávila. (2018). LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DEL CIADI. Diciembre 12, 2018, de UNAM).

9. La nacionalidad de una persona jurídica puede ser determinada de varias maneras, pero el criterio constante, usual y tradicional es aquel que se refiere al lugar donde ha sido constituida la sociedad. Ejemplo efectivo de esto es el caso de SOABI c. Senegal, donde el tribunal estipula lo siguiente : “El Tribunal ha observado que la Convención no define el término “nacionalidad”, así deja a cada Estado la facultad de determinar si una compañía es poseedora de su nacionalidad o no. Como regla general, el Estado aplica cualquiera de los criterios de oficina principal (casa matriz) o lugar de incorporación en orden a determinar la nacionalidad. Por el contrario, normalmente ni la nacionalidad de los accionistas de la compañía ni el control extranjero, otro que sobre el capital, determina la nacionalidad de una compañía, aunque la legislación puede invocar este criterio en circunstancias excepcionales. Así, “toda persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante”, en la frase usada en el artículo 25(2) (b) de la Convención, se refiere a una persona jurídica que, de acuerdo a las leyes del Estado en cuestión, tenga su oficina principal o haya sido constituida en ese Estado.” (SOABI c. SENEGAL. Párrafo 29.)

10. En efecto, los tribunales conformados bajo las Reglas de CIADI han adoptado consistentemente el test del lugar de constitución cuando determinan la nacionalidad de demandadas que son personas jurídicas, más que el test basado en el control societario. (Schreurer, C., Binder. C., Kriebaum, U., Reinisch, A., & Wittich, W., 2009, P. 281).

11. Para fines de determinar la nacionalidad de una persona jurídica, los tribunales han negado que la convención tenga algún tipo de requerimiento que incluya una investigación dirigida a aquel o aquellos que tienen el control de la compañía demandante. La referencia al control extranjero en el art. 25 (2) (b) no cambia esta conclusión básica. Esta disposición, y disposiciones similares en los tratados y la legislación, están destinadas a ampliar la jurisdicción del CIADI, no a limitar la jurisdicción cuando una empresa extranjera está controlada por nacionales del Estado anfitrión. Esto ha sido confirmado en varios casos. Se dijo en *Wena Hotels c. Egipto* como "bastante convincente". (Schreurer, C., Binder. C., Kriebaum, U., Reinisch, A., & Wittich, W., 2009, P. 282)

12. Incluso casos en los que se ha analizado la definición de inversor contenida en el TCE, se limitan a tomar en cuenta el lugar de constitución para determinar su nacionalidad. El Tribunal, en "Veteran Petroleum", interpretando la definición de inversor bajo los que establece el TCE, dió unas amplias declaraciones con relación al término, justo como había hecho con el término de "inversión" (ver también "Saluka Investments BV (Holanda) c. La República Checa, PCA (2006)). El tribunal rechazó el argumento de Rusia para perforar el velo corporativo y encontrar que el inversionista era en realidad ruso en lugar de ser residente de otra parte contratante. Esta decisión es consistente con las de otros tribunales de tratados de inversión que se han negado a mirar más allá del lugar de incorporación de la empresa inversionista para determinar la nacionalidad. (ALEJANDRO LÓPEZ ORTIZ AND MICHAEL P. LENNON, JR., MAYER BROWN. (2015). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty. Practial Law, 2).

13. GEM Corp. es una empresa constituida conforme las leyes de la RP, lugar donde además tiene su domicilio social desde su constitución hasta la fecha en que formalizó la solicitud de arbitraje ante el CIADI. La RP es parte contratante del Convenio CIADI, por lo que como nacional de la RP, GEM Corp puede comparecer y someter su disputa ante este foro y acorde a sus reglas.

14. La RFO es también parte contratante del CIADI, pues lo ratificó en fecha 10 de junio del año 1985, de ahí que GEM Corp. pueda instituir un arbitraje en su contra ante este foro, quedando satisfechos los requisitos exigidos bajo el artículo 25(b) (2) del Convenio CIADI.

15. Es irrelevante, según las decisiones arbitrales antes señaladas, la nacionalidad del accionista de GEM Corp. para fines de evaluar y retener jurisdicción en un reclamo ante el CIADI.

16. Asimismo, tanto la RFO, Estado donde GEM Corp. realizó su inversión, como la RP, Estado donde fue constituida GEM Corp., son partes contratantes del TCE. Una vez firmado el TCE, cada persona jurídica o física de una de estas naciones que invierta en la otra, como GEM Corp. ha invertido en la RFO, encaja en la definición de inversor.

17. Y tal como se expone en el apartado siguiente, el hecho de que GEM Corp haya actuado o suscrito el Contrato a través de GOSPA, no le despoja de su carácter como inversionista que posee una inversión en la RFO, pues en todo momento ha sido GEM Corp. la entidad que ha mantenido la mayoría accionaria y control efectivo de GOSPA, y del proyecto GdO.

18. Ha sido reconocido el derecho de acceder a la jurisdicción del CIADI para un inversionista extranjero en los casos en que la empresa intermedia (en este caso GOSPA) no tenía ni la nacionalidad del inversionista ni la del Estado receptor, sino la nacionalidad de un tercer Estado.

19. Es por ello que, sin lugar a dudas, se comprueba que GEM Corp. es considerado inversionista bajo lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio como en el artículo 7(2) del TCE.

2. Existe una inversión protegida conforme el artículo 1 (6) del TCE, controlada por GEM Corp.

20. Habiendo comprobado la nacionalidad de GEM Corp., es preciso demostrar que realizó una inversión en la RFO y que la misma es considerada una inversión protegida conforme el artículo 1(6) del TCE.

21. El Convenio CIADI no dice lo que debe entenderse por “inversión”, sino que en su artículo 25 (1) se limita a señalar: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante.”

22. Haciendo alusión al Convenio CIADI, la doctrina ha considerado que el término “inversión” tiene un significado objetivo, independiente de la voluntad de las partes (SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A., SINCLAIR, A., 2009, p. 117), y en la medida en que ha evolucionado el sistema de arbitraje CIADI, se han identificado ciertos elementos para evaluar la existencia de una inversión, tales como:

- i. Tiempo: este elemento es el parámetro que permite diferenciar a una inversión de una simple transacción comercial.
- ii. Aporte substancial del inversor para el Estado Receptor: el aporte puede ser de conocimiento, de equipo, de personal o de carácter económico
- iii. Riesgo: No puede haber inversión sin riesgo, lo que significa, que la compensación diferida del inversionista debe depender de la pérdida y el beneficio de la empresa.
- iv. Regularidad de Beneficio y Rendimiento del Proyecto llevado a cabo por el Inversor: Se refiere a un ingreso periódico cuantitativo periódico obtenido del proyecto que está ejecutando el inversor.
- v. El proyecto debe significar un desarrollo para el Estado Receptor: Este desarrollo puede ser medido en términos de desarrollo global económico, tecnológico y en general de cualquier tipo para la nación. (Jijón, M., página 14) (Salini Construttori c. Marruecos)

23. Sin embargo, el professor Gaillard sostiene que cuando la jurisdicción de un tribunal arbitral se basa en un tratado de protección de la inversión, como suele ser el caso en la actualidad, es el tratado el que define lo que el Estado receptor y el Estado del inversionista pretenden incluir en el concepto de inversión. (Schreuer, C., Binder. C., Kriebaum, U., Reinisch, A., & Wittich, W., 2009)

24. El artículo 1(6) define una inversión como “cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor”, adoptando una lista, no limitativa, a saber:

“Inversión’, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque: ^[L]_[SEP]

- a) *bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;* ^[L]_[SEP]
- b) *una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;* ^[L]_[SEP]
- c) *créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;* ^[L]_[SEP]
- d) *propiedad intelectual;* ^[L]_[SEP]
- e) *rendimientos;* ^[L]_[SEP]
- f) *cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía;* ^[L]_[SEP]

25. De igual manera, el segundo párrafo del artículo 1 (6) del TCE establece que los cambios en la forma de invertir los bienes no afectan el carácter de inversión de los bienes por lo que no impide su protección. Esto quiere decir que los activos invertidos bajo una forma permanecen protegidos por el TCE a lo largo de su existencia.

26. El TCE, en su artículo 1(6), expresa además que la noción de inversión se refiere a cualquier inversión asociada con una actividad económica en el sector de la energía, algo que sea consistente con la naturaleza sectorial del TCE; y en el artículo 1(5) determina que ‘actividad económica en el sector de la energía’ se refiere a “una actividad dedicada a la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos” ^[L]_[SEP]

27. Asimismo, el Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía, las siguientes actividades son ejemplos de actividades económicas en el sector de energía: la

distribución, almacenamiento y abastecimiento de materias y productos energéticos, a través de redes de distribución, y la construcción de instalaciones para los mismos, incluyendo la instalación de gasoductos.

28. En el caso RREEF c. España, el tribunal describió la definición de inversión de TCE como "abierta, general y no restringida", por tanto, los tribunales le han dado un concepto amplio a la inversión vinculada con el sector energético, y una lista no exhaustiva de activos calificados. (RREEF c. España, párrafo 156)

29. En el caso de Petrobart c. República Kirguisa, el tribunal estableció que constituye una inversión "cualquier derecho conferido por ley o contrato o en virtud de cualquier licencia y permiso otorgado de conformidad con la ley para emprender cualquier Actividad económica en el sector de la energía. (Petrobart c. República Kirguisa, página 72)

30. En el caso de Amtó c. Ukraine, el tribunal consideró que cualquier inversión presunta debe estar relacionada con la energía, sin que sea necesario satisfacer la definición del Artículo 1 (5). (Amtó v. Ukraine, párrafo 42)

31. GEM Corp. ha realizado una inversión en la RFO consistente en la construcción y funcionamiento de la línea del GdO, un gasoducto para suplir la demanda energética tanto en RFO como en toda Europa. En efecto, a través de GOSPA, GEM Corp. suscribió un contrato de suministro de gas con GenerGas para que éste sea transportado por la línea de GdO. Además, posee un permiso de importación de tuberías otorgado por la RFO por intermedio de la Corte del Distrito Oriental de Callo Próspero, y un permiso de licencia ambiental otorgado por AOMS, autoridad de la RFO, una entidad competente para resolver la solicitud de todo permiso relacionado con proyectos de infraestructura que tengan su área de influencia en zonas geográficas ubicadas en zonas de mar territorial de la RP. Todo lo anterior ha causado que GEM Corp. comprometa una enorme cantidad de recursos para el proyecto GdO, y que GEM Corp. sea tiene control efectivo sobre este proyecto conocido como la línea del GdO. (El CASO, párrafo 35)

32. Como es sabido, y se está demostrando particularmente en el presente caso, que la inversión se realiza mediante una serie de actos jurídicos de todo tipo. No estaría en consonancia ni con la realidad económica ni con la intención de las partes de considerar cada uno de estos actos en completo aislamiento de los demás. Es particularmente importante determinar cuál es el acto que es la base de la inversión y que implica como medidas de ejecución los otros actos que se han concluido para llevarlo a cabo (*Holiday Inns c. Marruecos*)

33. Es importante hacer mención a lo que se entiende bajo el TCE como “control de una inversión”. Conforme al Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía, control de una inversión significa control de hecho, determinado tras un análisis de las circunstancias reales de cada situación. En dicho análisis se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los siguientes aspectos relativos al inversor: a) su interés financiero, incluido su interés de capital, en la inversión; b) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la gestión y el funcionamiento de la inversión, y c) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la selección de los integrantes del consejo de administración o de cualquier otro órgano de gestión.

34. Aclaremos a tales fines que GEM. Corp. es accionista mayoritario de GOSPA, y posee control directo de sus acciones. La RFO, a través de GenerGas, reconoce a GEM Corp como la parte que tiene el control efectivo sobre GOSPA, pues la misma cláusula número décimo sexta del Contrato suscrito entre GOSPA y GenerGas establece que la autorización para la reventa de gas por parte de GenerGas tendrá que ser autorizada por GEM Corp.

35. Es cierto que al momento de realizar la inversión objeto de la presente disputa, GEM Corp. era propietaria del 100% de las acciones de GOSPA, y actualmente no es la única accionista (por las acciones llevadas a cabo por RFO que motivan la presente disputa), pero aun así GEM Corp. sigue siendo accionista mayoritaria con un 49% de las acciones de GOSPA.

36. Es irrelevante también que GEM Corp. haya obtenido financiamientos para llevar a cabo la inversión en la RFO. De lo que se deduce que el origen de los fondos es irrelevante para fines de jurisdicción. Ya sea que las inversiones se realicen con capital importado, con ganancias

obtenidas localmente, con pagos recibidos localmente o con préstamos obtenidos localmente, no hay diferencia en el grado de protección que se disfruta. (SCHREUER, p. 137)

37. Para que una disputa surja directamente de una inversión, la conducta supuestamente injusta del gobierno no tiene por qué ser dirigida contra la propiedad física del inversionista. El requisito ‘directo’ se cumple si la disputa surge de la inversión en sí misma o de las operaciones de su inversión, como en el presente caso. (Tokios Tokelés c. Ukraine, párrafo. 91)

38. Sin embargo, se puede establecer una relación directa si las medidas generales se adoptan en violación del compromiso específico otorgado al inversionista en tratados, legislación o contratos. Lo que luego se pone bajo la jurisdicción del CIADI no son las medidas generales en sí mismas sino la medida en que pueden violar esos compromisos específicos. (CMS c. Argentina, párrafo 27)

39. La inversión de GEM Corp. cumple además con los elementos señalados por los tribunales, pues la misma es prolongada en el tiempo, constituye un aporte sustancial a la RFO de carácter económico, conlleva un factor de riesgo en lo que respecta al retorno de la inversión, y comporta un desarrollo para la RFO y su sector eléctrico, pues el proyecto GdO se encargará de suplir la demanda energética de la RFO.

40. Por todas esas circunstancias descritas, es claro que GEM Corp tiene una inversión y la misma se encuentra protegida por el TCE.

- **No es un requisito esencial que la inversión se haya realizado conforme a las leyes de RFO.**

41. Por todas esas circunstancias descritas, es claro que GEM Corp tiene una inversión y la misma se encuentra protegida por el TCE.

42. El argumento sobre la validez y naturaleza jurídica de la inversión que realizó la sociedad GEM Corp. debe ser analizando sólo bajo la óptica de lo que dispone el TCE, y no tomando como referencia la legislación interna de la RFO.

43. El artículo 42 de las Reglas del CIADI establece: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

44. El artículo 26(6) del TCE señala: “En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables.”

45. En el caso Kardassopoulos c. Georgia, el tribunal arbitral dispuso: “Como tribunal internacional, este Tribunal debe decidir los asuntos en disputa entre las Partes de conformidad con las leyes y principios de derecho internacional aplicables. Es esencial en este punto citar las disposiciones relevantes de la Convenio CIADI, el TCE y TBI los que son claros y prescriptivos. (...) No hay duda de que la elección de la una legislación internacional por las Partes, ya sea en conjunto con una ley nacional o por sí sola, es válida y debe ser respetada por el Tribunal”. (Kardassopoulos c. Georgia, párrafo 144 y 145, p. 37)

46. Acorde a la jurisprudencia arbitral citada en el párrafo anterior, el tribunal no está llamado a evaluar la existencia, validez o legalidad de la inversión hecha por GEM Corp. en base a lo que disponen las leyes de la RFO, por lo no es relevante para fines de evaluar la jurisdicción sobre el presente caso, el alegado hecho de que GEM Corp. estaba incurriendo en una práctica monopólica, de abuso de su posición de dominio y restrictiva de la competencia en el mercado del gas en relación con el contrato de suministro suscrito entre GOSPA y GenerGas, pues tales consideraciones fueron realizadas tomando como base la Constitución Nacional de la RFO, y directivas y normativas de la Unión Europea adoptadas por la RFO.

47. Reiteramos por tanto que GEM Corp. realizó una inversión en la RFO conforme el Convenio CIADI y del TCE, y la misma es válida bajo los términos de estos instrumentos.

3. Las inversiones realizadas por GEM Corp. no quedan desprotegidas por la terminación de la aplicación provisional del TCE.

48. El artículo 45 del TCE señala que los Estados que forman parte del tratado aplicarán provisionalmente el mismo hasta que se cumpla la fecha de entrada en vigencia, la cual está sujeta a la ratificación del TCE.

49. El artículo 45 (3) (a) dispone: “Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al Depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte Contratante en el Tratado. La terminación de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que el Depositario reciba la mencionada comunicación.”

50. Sin embargo, con el objetivo de que mantener la protección acordada en el TCE sobre las inversiones realizadas durante la vigencia en un Estado parte, el artículo 45 (3) (b) señala: “En el caso que un signatario dé por terminada su aplicación provisional con arreglo a la letra a) del apartado 3), la obligación del signatario en virtud del apartado 1) de aplicar las Partes III y V a toda inversión efectuada en el territorio de dicho signatario por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante con anterioridad a la fecha en que surta efecto la terminación de la aplicación provisional, durante un período de veinte años a partir de dicha fecha, salvo disposición contraria con arreglo a la letra c).”

51. Según Alexandrov y Durán, en este tipo de situación el TCE tiene como objetivo que se protejan y se respeten de manera retroactiva las inversiones hechas antes de la cancelación de la aplicación provisional del tratado, y esto aplica también para la solución de controversias. Esta disposición ha sido llamada “*sunset provision*”.

52. La aplicación provisional es un método bien asentado para reconocer a los tratados efectos inmediatos. El tribunal arbitral en el caso *Kardassopoulos c. Georgia*, dispuso que la aplicación provisional del TCE comprende la aplicación de todas las disposiciones del Tratado como si estuvieren en vigencia. (*Kardassopoulos c. Georgia*, párrafo 214, p. 57.)

53. El tribunal en el caso *Yukos v. Federación Rusa* fue inequívoco al establecer que el *sunset provision* se aplica no solo a las protecciones sustantivas, sino también a las disposiciones relacionadas con la solución de controversias: “Además, de conformidad con el artículo 45 (3) (b) del Tratado, las obligaciones relacionadas con las inversiones, incluida la obligación de arbitrar las disputas relacionadas con las inversiones bajo la Parte V del Tratado, permanecen en vigor por un período de 20 años a partir de la fecha de vigencia de la terminación de la aplicación provisional. En el caso de la Federación Rusa, esto significa que cualquier inversión realizada en Rusia antes del 19 de octubre de 2009 seguirán beneficiándose de las protecciones del Tratado por un período de 20 años –es decir, hasta el 19 de octubre de 2029” (*Yukos v. Federación Rusa*, párrafo 339).

54. La RP y la RFO firmaron el TCE en fecha 17 de diciembre de 1994, por lo que el mismo entró en vigor de manera provisional a partir de esa misma fecha, pues ninguno de los Estados renunció a la aplicación provisional en los términos del artículo 45 del TCE. Si bien la RP no ratificó la TCE, la aplicación provisional se mantiene fundamentado en las disposiciones del artículo 45(1) y la ausencia de una declaración en los términos del artículo 45(2) que refiere a una declaración de su imposibilidad de aceptar la aplicación provisional.

55. En julio de 2007 GEM Corp inició las negociaciones para formalizar el contrato de suministro de gas con GenerGas, lo que se produjo 5 meses después. Entre enero y mayo de 2008, GEM Corp. estructuró la financiación del proyecto, y el 25 de septiembre de 2008 fue suscrito por GOSPA un Contrato de Engineer Procurement and Construction (EPC) con Providers & Engineer, una firma suiza de construcción con amplia experiencia en el sector del gas. Hasta la fecha en que fue realizada la inversión por GEM Corp en RFO, el TCE se encontraba vigente en RP y por tanto, las protecciones que correspondían a GEM Corp por ser inversionista de un Estado parte del TCE, le aplicaban.

56. El 10 de enero de 2017 el Presidente de la RP notificó que terminaba la aplicación provisional de la misma conforme al artículo 45(3) (a) del TCE, sin embargo, esto no despoja a la inversión de GEM Corp. de las protecciones y derechos ya adquiridos mientras el TCE estuvo vigente, pues las obligaciones relacionadas con las inversiones, incluida la obligación de arbitrar las disputas, permanecen en vigor por un período de 20 años.

57. No existía manera alguna de que GEM Corp. supiera que la RP notificaría la cancelación de la aplicación provisional al momento de llevar a cabo su inversión en la RFO.

58. En conclusión, debido a los principios de protección y seguridad del TCE, la calidad de inversionista de GEM Corp., se mantiene intacta, estando habilitado para solicitar un arbitraje ante el CIADI.

4. La controversia es de naturaleza jurídica y surge directamente de una inversión.

59. Por aplicación del artículo 25(1) del Convenio CIADI, la jurisdicción del CIADI se extiende sólo a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión.

60. La disputa solo calificará como legal si se buscan recursos legales como la restitución o daños y si se reclaman derechos legales basados, por ejemplo, en contratos, tratados y legislación. (SCHREUER, p. 99)

61. Los tribunales que traten la cuestión de la existencia de una disputa legal señalaron que los demandantes habían hecho valer sus derechos, se habían basado en argumentos legales y habían buscado recursos legales, seguido de que las disputas eran de naturaleza jurídica. (Lanco c. Argentina, párrafo. 47)

62. En consecuencia, en el presente caso coexiste una controversia entre GEM. Corp. y RFO, por la inversión (GdO) hecha por GEM. Corp., entidad que pertenece a RP, en el territorio de RFO, en la que se derivó una violación a los derechos de GEM. Corp. sobre su inversión. Por tanto existe una controversia legal puesto que GEM. Corp. persigue la reparación de daños por parte de RFO,

se evidencia que la disputa es de naturaleza jurídica y que la misma se encuentra sostenida por argumentos legales. Por tal razón, este tribunal es competente para conocer de la disputa.

5. Inaplicabilidad de la cláusula de denegación de beneficios establecida en el artículo 17 del TCE.

63. El artículo 17 del TCE contiene las disposiciones para que un Estado Parte invoque la denegación de beneficios de la Parte III del TCE sobre las inversiones a inversor de otro Estado Parte.

64. Este artículo ha sido objeto de debate en relación a tres aspectos fundamentales donde se ha determinado:

- a) La improcedencia de denegación de beneficios como objeción en materia jurisdiccional. En *Plama c. Bulgaria* el Tribunal decidió que el artículo 17 del TCE no puede ser invocado para determinar la jurisdicción del tribunal debido a que el mismo es referente al derecho a denegar o no los beneficios de la Parte III del TCE y no al impedimento del ejercicio de jurisdicción.

En el caso *LLC AMTO c. Ucrania*, disputa conforme el TCE, se determinó que es el propio tribunal quien debe decidir sobre el derecho a denegación de beneficios.

- b) El efecto prospectivo del ejercicio de este derecho frente a la inversión, el cual se ve determinado luego de un trabajo de comparación normativa. En el caso *Plama c. Bulgaria* el tribunal cita el tratado ASEAN donde en su capítulo sobre denegación de beneficios establece la obligación de denegar beneficios al momento de que se cumplan ciertas disposiciones; haciendo referencia al TCE, el tribunal aclara que en el marco del tratado se ve la existencia del derecho como opción a ejercer por el Estado parte y no como la obligación del ejercicio del mismo. En ese caso, el tribunal aclaró que el ejercicio de este derecho debe ser expreso y no debe conllevar un efecto retroactivo. Determinó además que se requiere una notificación previa por parte del Estado receptor al inversor, sobre la denegación de beneficios y su sustento, no siendo admisible la misma en el marco de un proceso arbitral ya instituido.

En el caso *Yukos c. Federación Rusa*, el tribunal consideró que si la denegación de beneficios tuviera efectos retroactivos, la misma sería incompatible con los objetivos y principios del TCE y constituiría un trato inconsistente con la promoción y protección de las inversiones (Yukos, parr. 458). Del mismo modo bajo el marco del TCE, en el caso *Liam Caspian Oil BV et al. c. Kazajstán* se estableció que no debe haber duda de que la misma implica la obligación de notificación por parte del Estado, por lo cual necesariamente la denegación de beneficios solo puede tener efectos prospectivos (Liam Caspian Oil BV et al. c. Kazajstán parr. 224-226).

- c) La discusión sobre tercer estado como Estado no parte del TCE: En *Libananco c. Turquía*, el tribunal realizó una interpretación en virtud de la CVDT para poder decidir sobre la disyuntiva de si un tercer Estado era referido o no por los redactores como un Estado parte o no parte del TCE. El tribunal, luego de considerar la declaración testimonial de un experto que había tenido participación en las negociaciones del TCE y de realizar una interpretación de la expresión en cuestión, llegó a la misma conclusión que el tribunal en *Yukos c. Federación Rusa*: la expresión “tercer Estado” se refiere a “Partes no Contratantes”.

65. En el presente caso, la intención de denegación de beneficios por parte de la RFO es una clara violación al objeto, principio y fin del TCE. Es en ese sentido, el accionar de la RFO ha sido tomar las disposiciones del tratado como licencia para injusticia; y de esa forma trata a un inversionista protegido como si no estuviera resguardado en absoluto por el TCE, de modo que atenta contra los principios del derecho internacional.

66. La RFO ha invocado la denegación de beneficios en el marco de este proceso de arbitraje, para cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de esta controversia. Es claro que resulta improcedente la utilización del artículo 17 del TCE sobre la denegación de beneficios como vía para impedir el acceso a la jurisdicción arbitral. Pero en todo caso, es necesario tomar en cuenta el efecto prospectivo del ejercicio del derecho a la denegación de beneficios para no desvirtuar el

objeto y fin del TCE y resguardar los derechos de GEM Corp. en el marco del tratado y el derecho internacional en general.

67. Pero al margen de lo anterior, está claro igual que no se dan los supuestos bajo los cuales la RFO puede denegar los beneficios de la Parte III del TCE a GEM Corp.

68. Cabe destacar sobre la carga probatoria en caso de invocación del artículo 17 del TCE, que el tribunal en el caso *LLC AMTO c. Ucrania* estableció que cuando un demandado alega que el reclamante pertenece a la clase de inversionistas respecto de los cuales el demandado puede ejercer su poder de negar beneficios, corresponde al demandado probar los requisitos del artículo 17 sobre el cual se basa. Queda entonces a cargo de la RFO la carga probatoria en relación a la denegación de beneficios; no obstante ello, explicamos a continuación los motivos de su inaplicabilidad e improcedencia.

a) No se configuran los elementos del artículo 17 (1) del TCE

69. El primer supuesto que señala el artículo 17 del TCE para que un Estado deniegue los beneficios aplica a “cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida”.

70. El Tribunal del caso *Plama c. Bulgaria* aclaró que previo al análisis del artículo punto por punto, se debe hacer una aclaración dentro de su lectura. El mismo, determinó que para que sea invocado el artículo 17 (1) del TCE, se deben configurar ambos aspectos presentados. En este sentido, se debe tratar tanto de una entidad que sea controlada por ciudadanos de otro país y que la misma no lleve actividades empresariales importantes dentro del territorio de dicha parte contratante.

71. El término “actividades empresariales importantes” no está definido en el TCE, pero debe asumirse que esto se refiere a entidades que no tienen actividad económica alguna, que existe únicamente “en papeles”.

72. GEM Corp. es una empresa incorporada desde 1973 con su domicilio en Mérida, RP. GEM Corp. es la propietaria del primer gasoducto que abastecía la demanda europea de gas, la cual salía desde los pozos de gas ubicados en el norte de la RP. Este gasoducto era definitivamente uno de los ductos más importantes y vitales para la seguridad energética de toda Europa. Pero además, GEM Corp. mantenía otros activos en la RP que la hicieron convertirse en una de las 3 empresas más grandes en el sector gasífero del mundo. Queda más que claro GEM Corp. ha realizado de manera continua actividades empresariales importantes en la RP.

73. Dado a la necesidad de la configuración de ambos elementos, en el presente caso no cabe duda de que no se configuran ambos elementos del artículo 17(1) del TCE y por ende es clara la improcedencia de la denegación de beneficios a GEM Corp. en el presente caso.

74. Pero adicional a ello, GEM Corp. estaba controlado en su totalidad por el señor Massimo Manzini, quien nació en la Provincia de Bato, cuando ésta pertenecía a la RP, pero que por aplicación del artículo 122 de la Constitución de Butanolandia, podía invocar la nacionalidad butanolandés. Aun si se considera al señor Massimo Manzini como nacional de Butanolandia, Butanolandia es parte del TCE, el cual ratificó el 5 de abril de 1999. Debido a que Butanolandia no es un “tercer país” según la interpretación que se ha dado al artículo 17(1) del TCE, tampoco se verifica este requisito.

75. Por tanto, no aplica en este caso la denegación de beneficios bajo el artículo 17(1) del TCE.

b) No se configuran los elementos del artículo 17 (2) del TCE

76. El segundo supuesto que señala el artículo 17 aplica “a una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación: a) no mantenga relaciones diplomáticas, o b) adopte o mantenga disposiciones que: i) prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o ii) puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones.”

77. El primer supuesto del artículo 17(2) no se ve configurado en el caso en cuestión pues tanto el Estado de la nacionalidad de GEM Corp. como RFO mantienen relaciones diplomáticas. La imposición de sanciones económica adoptadas por el Consejo de la Unión Europea contra la RP no se traduce en una ruptura de las relaciones diplomáticas, pero además, esta imposición de sanciones económicas tampoco incide en el segundo supuesto que comprende la adopción de disposiciones que prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado. Esto en razón de que la regulación europea no se aplicaba a los negocios de GEM Corp. ni a la RP en tanto se encuentran fuera de la Unión Europea.

78. Por otro lado, invocar el artículo en virtud de una disposición que haya adoptado RFO no puede, en razón de las buenas costumbres, la justicia y la sana crítica ser aceptada para alegar el derecho a la denegación de beneficios en el presente caso.

79. Reiterando además que un Estado no puede frustrar las expectativas legítimas de un inversor invocando la cláusula 17 del TCE, cuando ya el inversor, como es el caso de GEM Corp., ha sometido a arbitraje una disputa por violaciones a estándares de protección bajo el TCE. Procede por tanto desestimar los argumentos planteados por la RFO en lo que refiere a la denegación de beneficios bajo el TCE.

6. El consentimiento de las partes de acudir al CIADI (jurisdicción *ratione voluntatis*)

80. No es controvertido que la RFO ha dado su consentimiento para someter la disputa al CIADI a través del artículo 26 del TCE. GEM Corp. también ha otorgado su consentimiento al someter la solicitud de arbitraje con arreglo al artículo 26 del TCE y a las Reglas del CIADI, en fecha 12 de marzo de 2017.

81. El artículo 26 (1) del TCE dispone: “En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera”. Y acorde al artículo

26 (2), el plazo para intentar negociar la diferencia es de tres meses, vencido el cual podrá iniciarse un arbitraje.

82. La solicitud de arbitraje por parte de GEM Corp. se ha formulado correctamente, aún se entendiere no se ha cumplido con el plazo de los tres meses a que hace referencia el artículo 26(1) y 26(2), no sólo por el criterio asentado del carácter de este paso previo a la formalización del arbitraje, sino por la misma actitud de la RFO en el tiempo previo a la solicitud de arbitraje. Procede por tanto determinar que ambas partes en este arbitraje han dado su consentimiento por escrito, y que por tanto este tribunal arbitral tiene jurisdicción para conocer de la disputa que somete GEM Corp. bajo el TCE por las violaciones cometidas por RFO.

B. Méritos de la presente Demanda.

83. Luego de haber demostrado que este tribunal es competente para resolver la presente disputa, se expondrán los méritos de la presente Demanda. Por ello, se demostrará que la RFO violó el artículo 13(1) y 10 del TCE sobre la prohibición de expropiación y el estándar del Trato Justo y Equitativo, respectivamente.

1. RFO ha violado la obligación del artículo 13(1) TCE sobre la prohibición de expropiación.

84. En el presente caso, la RFO incumplió con el artículo 13(1) del TCE toda vez que expropió el proyecto del GdO. El artículo 13(1) del TCE establece que las inversiones de los inversionista de otro Estado en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente a la expropiación, a excepción si dicha expropiación se lleva a cabo: a) por motivo de interés público, b) de manera no discriminatoria, c) con arreglo al debido procedimiento legal y d) mediante del pago de una indemnización, rápida, adecuada y efectiva.

85. De lo anterior se evidencia que hay medidas que por tener efectos similares a una expropiación, son denominadas expropiación indirecta y a la vez están claramente prohibidas por

el artículo 13(1) del TCE. Este tipo de expropiación es aquella en que el inversionista conserva el título legal de la propiedad, pero ve limitados sus derechos de uso, acceso y utilidad económica de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado, como sucede en el caso en especie.

86. De acuerdo al derecho internacional y jurisprudencias arbitrales, se reconoce que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad de un beneficiario tal que estos derechos se vuelven tan inútiles que deben considerarse como expropiados, aún cuando el Estado no tenga la intención de expropiarlos. Por lo general, los laudos emitidos por los distintos tribunales bajo la administración del CIADI se inclinan a un concepto amplio de expropiación, es decir, que basta con la privación del derecho (Starret Housing Corp. c. Irán, párrafo 294).

87. De acuerdo a los criterios doctrinarios, un inversionista extranjero puede alegar que las acciones del Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan privado del beneficio económico que razonablemente esperaría al “expropiar” su derecho a una expectativa razonable, económicamente viable e internacionalmente aceptada. (Amado, J. y Amiel, B., página 65).

88. Resulta preciso resaltar que constituye una expropiación regulatoria, ya a la vez indirecta, “cuando se toma una medida con fines regulatorios pero tiene un impacto en el valor económico del activo que posee el inversor extranjero es suficiente para que se considere una expropiación” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2005, página 42).

89. Asimismo, se ha considerado que un Estado es responsable de una expropiación de propiedad cuando la propiedad (inversión) extranjera está indebidamente retrasada, y el extranjero no tiene el disfrute efectivo de la propiedad, como ha sucedido en el caso en especie (Márquez, C., 2008, página 48).

90. En añadidura a lo anterior, las medidas tomadas por un Estado que afecta la utilidad económica de una inversión, así como los derechos contractuales afectados por medidas estatales

son considerados expropiación indirecta (Santa Elena S. A. c. Costa Rica, párrafo 77; Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. La República Árabe de Egipto, párrafo 127).

91. En el presente caso GEM Corp. realizó una inversión en la RFO con el propósito de obtener una rentabilidad de la misma. Esta consistía en un Contrato suscrito entre GOSPA y GenerGas, donde se preveía la construcción de un gasoducto que iba a ser una línea directa de la RP a la RFO con el fin suministrar el gas y energía eléctrica entre ambos Estados. Adicionalmente, se encargaría de suplir la demanda energética del resto de Europa. Sin embargo, luego de suscrito el Contrato, la RFO interpuso una serie de medidas que han provocado que el proyecto del GdO no produzca la rentabilidad esperada.

92. Las medidas adoptadas por RFO que han provocado una expropiación indirecta son las siguientes:

- i. Rechazo por parte de las autoridades de RFO de la solicitud de importación de tuberías para la construcción de GdO en territorio de RFO;
- ii. Retraso de la emisión de solicitud de licencia ambiental por parte de AOMS y posteriormente la obligación de rediseñar el trazado de la línea del gasoducto;
- iii. La exclusión de Gas Europe Inc. del financiamiento en el proyecto GdO, impuesta por el Departamento de Estado de la RFO;
- iv. Investigación injustificada de la Comisión de Regulación de Competencia de la RFO a GEM Corp. la cual provocó que GenerGas incumpliera con el Contrato suscrito entre GOSPA y GenerGas, afectando a GEM Corp. económicamente.

93. En cuanto al rechazo parte de las autoridades de RFO de la solicitud de importación de tuberías para la construcción de GdO en territorio de RFO, es preciso resaltar que en el caso Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos, los tribunales consideraron que el rechazo del otorgamiento de un permiso es un acto constitutivo de una expropiación indirecta. Del mismo modo, en el caso Feldman se individualizaron actos que según el derecho internacional han sido expropiatorios, incluyendo la la denegación del acceso a las materias primas necesarias” (Marvin Feldman c. Los Estados Unidos Mexicanos, página 103). (Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos, párrafos 107 y 108).

94. Expuesto lo anterior, GEM. Corp. tuvo que realizar una serie de procedimientos para poder obtener los permisos requeridos así como las materias primas necesarias para el desarrollo del GdO, lo anterior con trabas impuestas por la RFO y cuya consecuencia fue un retraso de alrededor de un año para el proyecto.

95. Asimismo, aún cuando las autoridades de la RFO habían expresado su consentimiento con el proyecto y con el trazado de la línea del GdO, el otorgamiento de la licencia ambiental tuvo un retraso de aproximadamente seis meses sin justificación alguna.

96. Por otro lado, la medida interpuesta por RFO de excluir a Gas Europe. Inc. del financiamiento del GdO provocó una gran pérdida para GEM Corp. En efecto, tuvieron que emitir acciones para cubrir el monto perdido, renegociar las garantías de los *sponsors* del proyecto por la devaluación que esta acción causó y además GEM Corp. se vio en la necesidad de aumentar la participación accionaria en GenerGas de un 10% a un 25% por los riesgos asociados con la caída del proyecto GdO.

97. Cabe destacar que GenerGas es una entidad que pertenece al régimen de derecho de la RFO, siendo este último accionista mayoritario con un 75% de las acciones. Lo anterior es importante porque luego de que GEM Corp., a través de GOSPA, suscribió el Contrato con GenerGas, las entidades de la RFO le impusieron a GOSPA una serie de medidas que impedían el cumplimiento del mismo y que afectaban la rentabilidad del proyecto GdO.

98. Por igual, el motivo por el cual la CRC estaba realizando la investigación era porque según la RFO, GEM Corp. estaba teniendo una práctica monopólica, lo cual no es así, puesto que GEM Corp. únicamente se encargaba de la construcción y funcionamiento de la línea del GdO. Sin embargo, la CRC emitió una serie de comunicaciones que incluían unas medidas impuestas al Contrato entre GenerGas y GOSPA en donde establecía que debían modificarlo y hasta tanto no se modificara no podían ejecutarlo. Estas acciones produjeron que GenerGas incumpliera con sus obligaciones contractuales, lo que a su vez afectaba económicamente a GEM Corp., pues dejaba de percibir ingresos.

99. Es importante resaltar que todas esas medidas tenían una gran importancia no solamente para la RFO, sino que también para toda Europa, pues muchas compañías nacionales de Estados miembros de la Unión Europea se han visto afectadas.

100. Por todo lo anterior se evidencia que la RFO expropió indirectamente al proyecto del GdO al interponer medidas supuestamente regulatorias, las cuales restringieron los derechos de GEM Corp. y que han tenido como consecuencia un gran retraso del proyecto, sobrecostos transcendentales equivalentes a USD\$2,167 millones y una devaluación durante la etapa final del GdO.

101. Por último, resulta preciso destacar que si bien un Estado puede expropiar una inversión cuando el motivo es de interés público, lo realiza de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante del pago de una indemnización, rápida, adecuada y efectiva, esto no es lo que sucede en el presente caso. Es por ello que se abordará la gravedad de las medidas adoptadas por la RFO, el carácter de las mismas y la desproporción al momento de implementarlas.

a) La gravedad del impacto de las medidas adoptadas por la RFO.

102. Un aspecto fundamental que suele ser tomado en consideración por los tribunales arbitrales al momento de determinar si un acto estatal constituye una violación a la garantía contra la expropiación indirecta es la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista.

103. En el laudo emitido del caso *TECMED*, en donde el tribunal arbitral se refirió al hecho de que el Estado Mexicano decidió no otorgar al demandante un permiso, limitando que el mismo continuara con el desarrollo de su inversión, se estableció que “para determinar si la medida es equivalente a una expropiación es necesario determinar si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida”. (*TECMED S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 115).

104. Igualmente, el tribunal entendió que “[las] medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente (...)” (TECMED S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 115).

105. En el caso en cuestión, lo anterior sucede cuando las autoridades de la RFO no querían otorgarles el permiso de importación de tuberías a GEM Corp. y requirieron la exclusión de Gas Europe Inc. del financiamiento en el proyecto del GdO.

106. Es preciso resaltar que las medidas tomadas por un Estado deben tener carácter permanente (TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 116). En ese sentido, la exclusión de Gas Europe Inc. del financiamiento es una medida definitiva y no era susceptible de recurso alguno, por lo que la inversión se vio afectada de un carácter permanente y produjo un gran impacto económico a GEM Corp.

107. En consecuencia, la negativa de las autoridades de la RFO de no otorgar el permiso de importación de tuberías y la exigibilidad de la exclusión de Gas Europe Inc. Del proyecto GdO, ambas medidas, adoptadas por la RFO, tuvieron un gran impacto económico para GEM Corp. debido a que el GdO ya se había devaluado, ocasionando una gran pérdida de valor para GEM Corp. y los *sponsors*, además de que le produjo sobrecostos equivalentes a USD\$2,167 millones de dólares.

b) El carácter de las medidas tomadas por la RFO.

i. i. Las medidas tomadas por la RFO fueron en base a la doctrina *sole effect*.

108. La doctrina *sole effect*, se refiere a la expropiación en el efecto que el acto administrativo provoca en la posición de los intereses de inversionista. (Páez, M., página 23). Como ocurre en el presente caso, puede estar sujeta a la expropiación indirecta.

109. Los tribunales arbitrales del CIADI, en los casos Santa Elena y Metalclad, han sostenido sobre la doctrina *sole effect* que “[c]uando se expropia una propiedad, incluso con fines ambientales, ya sea nacional o internacional, la obligación del Estado de pagar una indemnización sigue aplicando” (Santa Elena S. A. c. Costa Rica, párrafo 71) y que “[e]l Tribunal no necesita decidir ni considerar la motivación o la intención de la adopción del Decreto Ecológico” (Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos., párrafo 111).

110. Conforme al caso Tecmed, para que una medida sea estimada como justificable, deben de existir circunstancias de emergencia social o gravedad que pongan en peligro el bienestar común, el medio ambiente o el orden público, siempre que dichos eventos primen frente a los derechos de inversionista. (TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 162).

111. De acuerdo con esto, las medidas tomadas por la RFO solamente serían justificables si existiesen una de las circunstancias descritas anteriormente, lo cual no se sucedió en el caso en cuestión.

112. En efecto, las medidas adoptadas por la RFO se realizaron de manera injustificadas y fueron adoptadas en base a la doctrina *sole effect*. Esas medidas produjeron un efecto negativo a los intereses de GEM Corp., puesto que la entidad se vio perjudicada en su rentabilidad económica de la inversión y sus expectativas, siendo así expropiada indirectamente.

c) La RFO pudo actuar de manera menos gravosa.

113. Es por lo anterior que las actuaciones de la RFO son contrarias a actuaciones diligentes y son consideradas como actuaciones de mala fe, pues es claro que la RFO pudo haber realizado otras actuaciones para salvaguardar los derechos de GEM Corp. sobre su inversión. Sin embargo, cada vez seguía poniendo más medidas injustificadas con el fin de obstaculizar la ejecución del GdO.

114. Por su parte, GEM Corp. no iba a beneficiarse de manera personal, sino que quería beneficiar tanto a la RFO como toda Europa. Sin embargo, todas esas acciones de la RFO no permiten que GEM Corp. pueda llevar a cabo la finalidad del proyecto.

115. Este Tribunal debe declarar que la RFO no tomó las medidas menos gravosas frente al caso debido a que pudo comportarse de otra manera sin limitar el disfrute a GEM Corp. de sus derechos sobre el GdO, siendo esto una violación a la obligación del artículo 13(1) TCE sobre la prohibición de expropiación.

d) Las medidas tomadas por la RFO son desproporcionadas.

116. Según el caso *TECMED c. Los Estados Unidos Mexicanos*, donde se estipula el carácter desproporcionado de la medida tomada por un Estado, el tribunal arbitral estableció que “la medida impuesta por un Estado no debe poner una carga excesiva al inversionista y se debe tener en cuenta la dimensión de la privación de la propiedad como consecuencia de la medida” (*TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 122).

117. Asimismo el tribunal expresó que el factor de proporcionalidad consiste en que debe coexistir un equilibrio entre los fines perseguidos por el Estado, conforme con el interés público, los elementos utilizados para ello y la protección legal debida al inversionista (*TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 122).

118. En vista de lo anterior, el Tribunal debe tener en consideración el criterio de proporcionalidad en las medidas tomadas por la RFO, ya que estas son notoriamente desproporcionadas a causa de que tienen una carga excesiva para GEM Corp.

119. La carga excesiva mencionada consiste en los sobrecostos imprevistos del GdO debido a las pérdidas excesivas que ha sufrido GEM Corp. por los hechos mencionados anteriormente.

120. En definitiva, las medidas tomadas por la RFO son desproporcionadas, puesto que en el presente caso no existe una situación de interés público. Tampoco coexiste un equilibrio entre los

finés planteados por la RFO, la protección del inversionista de una situación incierta, ni en los medios empleados por el mismo, y de acuerdo a lo detallado previamente esas medidas constituían una carga excesiva para GEM Corp. de tal forma que la privaron de sus derechos sobre la inversión.

121. Por todo lo anterior se comprueba que la RFO incumplió con el artículo 13(1) del TCE al expropiar indirectamente la inversión de GEM Corp. consistente en el proyecto GdO.

2. Violación del estándar de Trato Justo y Equitativo bajo el TCE.

122. La RFO ha violado el artículo 10 del TCE al haber fallado en cumplir con el estándar de trato justo y equitativo por omitir la obligación de no-discriminación a la inversión e incumplir con la obligación de proteger y garantizar seguridad de la misma. Adicionalmente, vulneró las expectativas legítimas de GEM Corp.

123. El artículo 10 del TCE establece que las inversiones que vienen de otro Estado Contratante deben estar debidamente protegidas bajo el estándar de un trato justo y equitativo. El mismo estipula que “(...) se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas”.

124. En el caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L y Antin Energía Termosolar B.V. c. El Reino de España*, el tribunal estableció que el Estado receptor tiene la obligación de que las inversiones hechas por el extranjero sean recibidas con un tipo de estabilidad jurídica. De esto no ser así, no se pudiera mantener la expectativa legítima que tenía el inversor cuando invirtió. (*Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L y Antin Energía Termosolar B.V., c. El Reino de España*)

125. De lo anterior es preciso resaltar que cuando no se otorga un trato justo y equitativo, como ha sucedido en el presente caso, se vulneran las expectativas legítimas del inversionista, pues tal y

como establece el artículo 10 del TCE, las inversiones deben de gozar de protección y seguridad, teniendo así estabilidad jurídica.

126. Es necesario establecer que las legítimas expectativas consisten en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado (Sentencia T-472/09 de la Corte Constitucional de Colombia).

127. Según Amado y Abiel, las legítimas expectativas son aquellas que un inversionista razonablemente hubiese esperado obtener dentro del marco legal y económico en que dicha inversión fue desarrollada y eventualmente realizada. Los inversionistas pueden alegar que a pesar de que puedan seguir operando, ciertos actos regulatorios que afecten sus legítimas expectativas son análogos a la expropiación (Amado, J. y Amiel, B., página 65).

128. La RFO vulneró las expectativas legítimas de GEM Corp. mediante la expropiación indirecta del GdO y al implementar medidas como Ley de Impulso de Energías Renovables.

129. El artículo 29 de la mencionada Ley habilita la posibilidad de crear mecanismos que detengan de manera directa el uso del tipo de energía (no renovable) del cual únicamente se trata el Contrato que suscribió GEM Corp. a través de GOSPA con GenerGas.

130. Dicho esto, es evidente que el ordenamiento jurídico de la RFO no consistía de dicha Ley al momento de suscribirse el Contrato y que de haber sido así, el Contrato fuera distinto. Sin embargo, el artículo 29 de la Ley y el Decreto 001-2011 se basan en prácticas que aplastan al competidor de los proyectos de energía renovable (GEM Corp.) e incumple con dar un trato igualitario a ambas partes de la competencia de venta de gas.

131. La Ley de Impulso a la Energía Renovable fue implementada en la RFO con el fin de cumplir con la Directiva 2009/28/CE, la cual se molesta en mencionar los incentivos para ir adoptando más el uso de la energía renovable como podemos ver en el literal 2 al establecer lo

siguiente: “[e]n particular, el aumento de las mejoras tecnológicas, los incentivos para el uso y la expansión del transporte público, el uso de tecnologías de eficiencia energética y el uso de energía procedente de fuentes renovables en el transporte constituyen algunas de las herramientas más eficaces de que dispone la Comunidad para reducir su dependencia de las importaciones de petróleo”. En ningún lugar del TCE se habla sobre la creación de desincentivos directos del uso de energía no renovable, es decir, que la RFO puede lograr que las personas usen energía no renovable sin la inclusión de dichos desincentivos, que resulta ser la intención de la Directiva mencionada.

132. La RFO ha hecho “gestiones” directas que desprotegen la inversión que había hecho GEM Corp. y no le da la oportunidad de competir de forma justa o bajo los mismos parámetros que el resto de los participantes del sector eléctrico de la RFO. Dichas gestiones impactaron el negocio de GEM Corp., de manera casi inmediata ya que GenerGas incumplió con tarifas puestas en el Contrato (debido a que por el artículo antes mencionado de la Ley de Impulso a Energías Renovables, y por el Decreto emitido, GenerGas se veía obligado a pagar la contribución especial) y los precios de la energía renovable eran imposible de igualar.

133. Esta medida tomada por parte de la RFO deja fuera del mercado a GEM Corp. y desprotege la inversión que había hecho cuando el mercado del gas de la RFO disfrutaba de una competencia sin discriminación. Haciendo una interpretación literal al artículo 10 del TCE, la RFO sí utilizó medidas que perjudicaron directamente a la inversión de GEM Corp., vulnerando las expectativas legítimas que existían al momento de realizar la inversión.

134. La RFO legisló haciendo caso omiso a las contrataciones que tenía con inversores extranjeros y desprotegió la expectativa legítima que se tenía de las mismas. En ese sentido, el hecho de que la RFO cambie de decisión con respecto a favorecer un tipo de energía por encima de la otra, no le otorga derecho a hacer la competencia de forma directa y literal menos favorable a una parte que en este caso es un inversionista extranjero.

135. Estas declaraciones son sustentadas por diversas interpretaciones de los tribunales del CIADI, y como ejemplo, tenemos el caso *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina*, donde el tribunal declaró que:

“El Estado debe tener la posibilidad de realizar los cambios razonables que exigen las circunstancias y no se puede inferir que haya aceptado un congelamiento de la evolución de su sistema jurídico. De hecho, así lo reconoció el tribunal en CMS, pero esencialmente como una declaración general de principios sin efectos prácticos a los fines de la resolución del caso: *“El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos”* (párrafo número 371).

136. Queda claro que el problema no se ha derivado del cambio de legislación de la RFO, porque como bien dice el tribunal del CIADI, no es posible esperar que no evolucione el marco jurídico, pero que la legislación mantenga efectos que protejan a la inversión hecha y pactada.

137. En el caso Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L y Antin Energía Termosolar B.V. c. El Reino de España, el tribunal sostuvo que las expectativas legítimas del inversor extranjero se vieron afectadas por la eliminación de un decreto que fue la base de la inversión. En nuestro caso, no fue una eliminación, sino implementación de nueva legislación, pero que tuvo exactamente las mismas consecuencias.

138. El segundo hecho que constituye una violación al estándar discutido se observa en la notificación CRC-290 hacia GEM Corp. por parte de la RFO. La presente notificación viola la obligación de proteger las inversiones que ha hecho GEM Corp. y el consentimiento que ya había manifestado la RFO a ciertas circunstancias cuando le era conveniente.

139. La RFO le solicitó a GEM Corp. vender sus acciones en GOSPA debido a un supuesto control monopólico de lo que constituye el suministro de gas y la red de transporte de gas, por tener acciones en GenerGas (compañía que funciona como red de transporte) y ser accionista

mayoritario en GOSPA (vehículo societario que se encarga de financiar el proyecto de suministro de gas a GenerGas).

140. La RFO solicita lo ya explicado mediante la notificación CRC-290, apoyándose como base legal de la Directiva del Parlamento Europeo 2009/73/CE, específicamente de los artículos 9, 15 y 26. Sin embargo, omite la justificación de la utilización de dichos artículos por el hecho de que no son aplicables para GEM Corp., debido a que no existe dicho monopolio.

141. Si desglosamos la Directiva 2009/73/CE, lo primero que observamos relativo al caso es que el literal 4 de los considerando indica que “[d]entro de dichos límites, una empresa de producción o de suministro puede tener una participación minoritaria en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte.” En el presente caso, las acciones de GEM Corp. en GenerGas constituyen un total del 25% solamente, monto que lo clasifica de forma directa dentro de la cita expuesta. Además, es importante notar que GEM Corp. siempre tuvo acciones en GenerGas, incluyendo la fecha en la que se celebró el Contrato, que al ser firmado, la RFO se obligaba a proteger esta inversión extranjera. Hoy en día las circunstancias no han sido modificadas en el sentido de que GEM Corp. sigue siendo accionista minoritario en GenerGas, situación con la que ni existía un problema en la fecha del contrato.

142. En el artículo 9, usado por la RFO para justificar lo que solicita en su notificación, vemos que una misma persona jurídica no puede “ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte, o ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro”. Ambos literales del artículo hablan sobre ejercer control en la red de transporte, y es precisamente, visto el literal 4 de los considerando porque tener acciones en una sociedad no constituye necesariamente tener control.

143. Como ya se ha explicado con anterioridad, la prueba de que GEM Corp. no tiene ningún tipo de control sobre GenerGas (es decir, GEM Corp. no toma decisiones en GenerGas, ni tampoco GenerGas se encuentra bajo algún tipo de autoridad frente a GEM Corp.) es que este fue accionista de la misma durante el Contrato con GOSPA, y durante las negociaciones de dicho contrato, GEM Corp. representaba a GOSPA y quien representaba a GenerGas eran actores de la RFO ya que estos son los que tienen el verdadero control de la sociedad. Si el hecho de que GEM Corp. sea accionista minoritario de GenerGas constituía un problema para la competencia nacional de la RFO entonces la pregunta sería ¿por qué suscribieron el Contrato de todas formas? Y la respuesta a esa pregunta es que no es un problema para la competencia y la RFO emitió la notificación CRC-290 con la intención de desvincular al inversor de su inversión y dejándolo desprotegido cuando no había cambiado nada más que los intereses del Estado desde que suscribió el Contrato.

144. Álvarez explica que “[r]especto al término de "control extranjero", el convenio no da ninguna precisión y esto ha dado lugar a que el tema se haya abordado por algunos tribunales del centro. Las partes gozan de una amplia discreción para poder definir lo que consideran control extranjero. Sin embargo, esa definición debe ser razonable, ya que se trata de un concepto objetivo y por lo tanto la definición de las partes no puede ir en contra de los fines y objeto del convenio.” Cabe decir, que como ya ha sido demostrado, las interpretaciones hechas en el presente memorial sobre control extranjero no pierden la línea del criterio del convenio y mucho menos de la Directiva 2009/73/CE en su literal 4 y artículos mencionados con anterioridad.

145. Desde la fecha en que GEM Corp. decidió invertir en la RFO, la expectativa legítima que tenía del proyecto, y el marco jurídico que conllevaba la RFO, le era imposible percatarse de que los intereses del Estado se iban a tornar hacia la energía renovable y hacer la rentabilidad de su inversión más baja, de haber sido así, GEM Corp. hubiese podido retractarse. Por eso, el Estado tiene que garantizar una estabilidad y una protección a esta inversión, ya que GEM Corp. no tuvo esta posibilidad, y aunque las leyes evolucionen, esto no termina el Contrato que una vez ya fue suscrito y que generó obligaciones.

146. En el caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. el Reino de España*, la legislación había sido modificada antes de la inversión, situación que se vislumbra en los siguientes hechos:

“[s]in embargo, el 29 de junio de 2012, cuando la Demandante decidió invertir en España, el marco regulatorio de las energías renovables, ya había sido modificado y estaba siendo objeto de varios estudios que hacían su revisión inevitable. En consecuencia, ningún inversor razonable podía tener la expectativa de que éste marco no sería modificado en el futuro y quedaría inmutable”. De lo anterior podemos interpretar que, de no ser así, el inversor no está en las posibilidades de percatarse de la evolución de la legislación, y por ello, el Estado se hace responsable de seguir velando por el interés del contrato suscrito.

147. Al final podemos ver, que la RFO cambió su interés desde el momento en que aprobó la nueva Ley de Impulso a la Energía Renovable y el señor Oliver Atomic ganó las elecciones presidenciales. Luego de estos hechos, el Estado se dedicó no solo a favorecer a los proyectos de inversión de energía renovable, pero a desfavorecer de forma directa a los proyectos de inversión de energía no-renovable mediante el artículo 29 (habilitando la creación de mecanismos de desincentivo) discriminando la inversión hecha por GEM Corp., que consistía en este tipo de energía. Luego la RFO atacó directamente la calidad de la competencia de GEM Corp., (con el fin de deshacerse poco a poco de una inversión que ya había aprobado cuando sus intereses eran distintos) cosa que permanecía de la misma forma en la que estaba cuando se suscribió el Contrato y que además estaba mal fundada. Por este ataque que sufrió GEM Corp., sus inversiones se retrasaron y se veían desfavorecidas económicamente en situaciones explicadas con anterioridad. Por ende, el Estado no garantizó la seguridad de dicha inversión, y perjudicó la inversión mediante las medidas antes mencionadas, las cuales están prohibidas en el artículo 10 del TCE.

148. Partiendo de todos estos hechos, definitivamente la RFO vulneró no únicamente el Trato Justo y Equitativo establecido en el artículo 10 del TCE, sino también las legítimas expectativas de GEM Corp. pues obstaculizó el proyecto del GdO al tomar decisiones arbitrariamente que afectaron a la inversión de GEM Corp. en su Estado. Por ende debe resarcírsele los daños ocasionados, y compensar todo lo que GEM Corp. ha dejado de percibir.

C. Compensación por los daños causados a GEM. Corp.

149. Una vez demostrado que la RFO incumplió los artículos 13(1) y 10 del TCE, este Tribunal está facultado para indemnizar a GEM Corp. y determinar el monto de los daños ocasionados por los actos ilícitos cometidos.

150. Las normas de derecho internacional le requieren a los Estados proveer una “reparación integral” a los inversores por el daño causado de los hechos internacionalmente ilícitos que cometan (Friedman, M. & Lavaud, F., p. 90).

151. El objeto de la reparación integral es posicionar a la parte que sufrió el daño, en la misma situación pecuniaria que se hubiese encontrado si el contrato se hubiese ejecutado en la manera provista por las partes en el momento que suscribieron el acuerdo (Caso “Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co.”).

152. El principio de reparación integral se deriva del caso Chorzów, el cual es vinculante para el presente Tribunal por ser reconocido como un principio básico del derecho consuetudinario internacional (Friedman, M. & Lavaud, F., p. 90).

153. En el caso antes citado, la CIJ estableció que: “La reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias de la actuación ilegal y restablecer la situación que hubiere, en todas las probabilidades, existido si la actuación no se hubiere cometido. La restitución debe ser en naturaleza o, si no es posible, el pago de la suma correspondiente al valor de la restitución en naturaleza. El laudo, de ser necesario, debe incluir los daños ocasionados que no sean cubiertos por la restitución en naturaleza o en especie y debe referirse a los principios utilizados para determinar el valor de la compensación por el hecho contrario a la ley internacional”.

154. El caso Chorzów versaba sobre una expropiación, es importante utilizar lo expuesto por la CIJ ya que basó su análisis en conductas ilegales como tal, sin enmarcarlas dentro de un estándar en específico. En ese sentido, el criterio en cuestión ha sido constante y reiterado en distintas jurisdicciones para aplicarlo al incumplimiento de los estándares de protección incluidos en los acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión. Por ejemplo, en el caso “BG Group Plc. c. La

República de Argentina”, el tribunal aplicó el método Chorzów a un incumplimiento basado en el estándar del Trato Justo y Equitativo (Global Arbitration Review, p. 91), como efectivamente sucede en el presente caso.

155. Es por lo anterior que los tribunales arbitrales apoderados de un caso, aun cuando no se trate de una expropiación, igualmente utilizan el método Chorzów al referirse a la reparación integral del demandante por las pérdidas sufridas como resultado de una conducta ilícita del Estado (Ripinsky & Williams).

156. El método de la reparación integral establecido en Chorzów fue acogido de los Arts. sobre Responsabilidad del Estado por los Hechos Internacionalmente Ilícitos emitida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El texto, en su Art. 31 establece que: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Lo anterior es imputable cuando existe una “violación de una obligación internacional del Estado” (Art. 2.b de los Art.s). En ese sentido, el comportamiento de la RFO tuvo como consecuencia la violación al estándar de Trato Justo y Equitativo incorporado en el TCE así como también al artículo 13 sobre expropiación el cual obliga además, a la RFO al pago de una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”.

157. Bajo el mismo documento internacional, el artículo 35 estipula que “[e]l Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida en que esa restitución no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”.

158. Si el daño no puede ser restituido, el Estado debe indemnizar cubriendo “todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado” (Art. 36). Por último, conforme el Art. 37 aplica el método de la satisfacción por el

perjuicio causado cuando ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

159. Por ello, la reparación integral puede adoptar tres formas, a saber: (i) restitución, (ii) compensación y (iii) satisfacción. Sin embargo, las mismas no se excluyen por lo que es posible realizar una combinación de éstas para reparar a la parte Demandante íntegramente (Crawford,, p. 6).

160. En ese sentido, no es relevante el tipo de estándar incumplido por el Estado para el cálculo de la reparación ya que el objeto de la reparación es enmendar el daño causado al inversor a través de una medida estatal, por ejemplo, una medida administrativa que perjudique los intereses del inversor, como lo ha sido el actuar injustificado efectuado por la RFO (Hirsch, p. 784).

161. La reparación integral también ha sido incorporada en los Principios Unidroit, de modo que el Art. 7.4.2 establece que “[l]a parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.”

162. Por los motivos expuestos anteriormente, este Tribunal debe aplicar la reparación integral como método de reparación de los daños causados a GEM Corp., de modo que las pérdidas o daños sólo pueden ser reparados en la medida de que no hayan sido previsibles ni probables al momento que las partes suscribieron el acuerdo de inversión (Caso “Hadley c. Baxendale”) y en el momento de suscribir el Contrato no era previsible ni probable que la RFO dejaría de cumplir los estándares planteados. De hecho, el Ministro de Energía de la RFO, en sus declaraciones del 10 de junio de 2007, le otorgó confianza a la parte Demandante de que su proyecto era importante y necesario.

163. Sin embargo, no existe una metodología uniforme para realizar el cálculo de los daños ocasionados en materia de inversión, sino que las partes pueden elegir entre los distintos métodos existentes. A causa de esto, la reparación integral que solicita GEM Corp. dará como resultado que los daños, a fin de cuantificarlos, serán clasificados en daño emergente y lucro cesante y/o

situaciones adicionales que se generaron en el marco del desarrollo del GdO, todo esto evaluado bajo el método del valor justo del mercado.

164. El enfoque basado en el mercado o método relativo consiste en realizar un cálculo en base al valor justo del mercado mediante una comparación con negocios similares, intereses de propiedad comercial, valores o activos intangibles que se han vendido (Friedman, p. 99). El valor justo del mercado es la cantidad estimada por la cual un activo o pasivo debe cambiar en la fecha de valoración entre un comprador dispuesto y un vendedor dispuesto en una transacción independiente, después de la comercialización adecuada y donde las partes habían actuado con conocimiento, prudencia y sin coacción. (Haberman, p. 164)

165. Según Santos Dávalos, el aspecto más contencioso de este método de evaluación de daños es determinar qué activos son comparables, pero dentro de estos factores se debe tomar en cuenta el tamaño del proyecto, la ubicación geográfica, la estructura de capital, la naturaleza pública o privada y el riesgo dentro del mercado al cual pertenezca. Los precios obtenidos de las comparaciones se deben convertir en valores estandarizados llamados múltiplos y se catalogan dependiendo de si se refieren a las utilidades (*earnings multiples*), al valor en libros (*book value multiples*) o a los ingresos (*revenue multiples*). (Santos Dávalos, p. 123)

166. Bajo el método del valor basado en el mercado, este Tribunal debe cuantificar el daño emergente, que es cualquier pérdida o perjuicio derivado directamente o como consecuencia del acto ilícito, sin intervenir factores causales o especulativos (Fellmeth, A. & Horwitz, M., p. 123). GEM Corp. cuenta con un Contrato donde vende 110,000 millones de metros cúbicos a una tasa de US \$5/mmbtu que supone US \$19,628 millones de ingresos anuales. En el presente caso, son considerados daños emergentes los siguientes: (i) deuda de GenerGas de US\$5,000 millones por suministros no pagados para febrero 2017; (ii) pérdida de financiamiento de US\$2,167 millones por parte de Gas Europe Inc.; (iii) aumento de participación accionaria de 10% a 25% equivalente a un aumento de US\$1,035 millones. Lo anterior sumando a un total de US \$8,202 millones.

167. Además, es preciso agregar las trabas que retrasaron el proyecto y por ende imposibilitaron el cumplimiento del Contrato el cual generaba mínimo US\$19,628 millones al año como lo fueron:

(i) el retraso de 6 meses para el permiso que representa pérdidas de US\$9,814 millones y petición de rediseño del gasoducto; (ii) la retención en aduanas de tuberías por 1 año y 1 mes que representa pérdidas de US\$19,628 millones. Lo anterior sumando a un total de US\$29,442 millones.

168. En adición a lo anterior, este Tribunal debe de condenar a la RFO al pago del lucro cesante. Este término es referido como las ganancias dejadas de percibir, que resultan de la destrucción, daño, depravación o de la inejecución de un incumplimiento (Fellmeth, A. & Horwitz, M.). En el presente caso, es considerado como lucro cesante la negativa de pago por parte de Genergas desde el 15 de enero de 2017 que representa a la fecha US \$17,992 millones dejados de percibir. Todo lo anterior debe realizarse evaluando proyectos de una magnitud similar a la del GdO, así GEM Corp. puede ser reparada de manera integral.

169. Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, si este Tribunal considera que el valor basado en el mercado no es el método más apropiado para el cálculo de la reparación de los daños ocasionados a GEM Corp., entonces se exhorta a este Tribunal Arbitral a que, subsidiariamente, utilice el método de flujo de caja descontada con tal propósito.

170. En este método, el valor comercial se determina como el valor presente de los flujos de efectivo netos futuros esperados, descontados a una tasa que refleja el valor temporal del dinero y los riesgos atribuibles a estos flujos de efectivo (DEMUTH, p. 176). Esta metodología es ampliamente aceptada respecto de las evaluaciones de empresas en marcha, como lo es el proyecto del GdO.

171. En base a lo antes expuesto, esta representación tiene a bien solicitar un total de US\$55,636 millones por los daños ocasionados a GEM Corp. conforme el estándar de reparación integral.

V. PETICIONES

De acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho formulados en este memorial, GEM Corp. solicita al respetado Tribunal que:

- 1) Declare que la presente disputa entra en la jurisdicción del CIADI, y que este tribunal es

- competente para resolverla por tener jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae*;
- 2) Declare que RFO expropió indirectamente los activos del demandante, de conformidad con el artículo 13(1) del TCE;
 - 3) Declare que la RFO incurrió en la violación al artículo 10 (1) del TCE por haber hecho gestiones discriminatorias e incumplir con la obligación de proteger y garantizar seguridad a la inversión hecha por GEM Corp.;
 - 4) Que se ORDENE a la Demandada a pagar la indemnización a favor de la parte Demandante, por la suma ascendente a US \$55,636,000,000, por los daños y perjuicios causados, tanto emergentes como lucro cesante;
 - 5) Que se OBLIGUE a la Demandada al pago a favor de la Demandante de todos los costos y gastos incurridos en relación al presente arbitraje, incluidos todos los gastos incurridos por la Demandante o en los que incurra respecto de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, el CIADI, u otros expertos; y
 - 6) Que ORDENE cualquier otro tipo de reparación que el Tribunal considere pertinente.

“Por el presente certificamos que esta memoria ha sido escrita en su totalidad por los miembros de este equipo”