

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

Tercera Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión

Marzo 17 a 21, 2016, Washington, D.C

Organizada por:



Centro de Arbitraje
y Conciliación



Patrocinadores:



Análisis del Caso

Memorial de apoyo para uso exclusivo de los Árbitros

ButanoOne Corp. c. República de Butanolandia

Información importante sobre el Análisis del Caso

Por favor, recuerde que conforme al párrafo 1.7 del Reglamento de la Competencia, el contenido de este documento es estrictamente confidencial y bajo ninguna circunstancia debe estar a la disposición de los equipos participantes o entrenadores durante la Competencia. En caso de que los participantes, entrenadores, acompañantes u observadores se encontraran con este documento, deberán abstenerse de examinarlo o utilizarlo.

Los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad sobre todos los aspectos relacionados con el análisis del caso u otros documentos de la Competencia reservados a ellos. Si un árbitro es hallado compartiendo este documento con miembros de equipos participantes, tanto el árbitro como el equipo involucrado serán excluidos de la Competencia.

La organización de la Competencia de Arbitraje agradece cualquier comentario o sugerencia sobre este documento las que pueden ser dirigidas al siguiente correo electrónico: arbitration@wcl.american.edu

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

Sumario

| | |
|--|---|
| I. Los principales hechos | 2 |
| 1. El Estado de Butanolandia | 2 |
| 2. La concesión a favor de OilOne Inc. y ButanoOne (BOC)..... | 3 |
| 3. BOC encuentra un yacimiento en Masaya | 3 |
| 4. La crisis financiera de 2014, las elecciones presidenciales y sus consecuencias | 3 |
| 5. La Controversia | 4 |
| II. Los principales argumentos de las partes durante la Audiencia de 17 y 18 de marzo de 2016..... | 4 |
| 1. Cuestiones sobre la composición del Tribunal y su jurisdicción | 4 |
| A. Posición de las partes sobre la declaración del árbitro acerca de la fusión de su despacho con Abogados Unidos, LLP..... | 4 |
| B. Efectos de la denuncia del Convenio CIADI sobre la competencia del Tribunal..... | 5 |
| C. Efectos de los procesos judiciales domésticos sobre la competencia del Tribunal. | 6 |
| D. La existencia de una inversión en el sentido de las normas aplicables a este caso..... | 7 |
| 2. Cuestiones sobre las alegaciones de fondo | 8 |
| A. Posición de las partes sobre la alegación de que existe una expropiación por los actos cometidos por la provincia de Masaya y el gobierno de Butanolandia. | 8 |
| B. Posición de las partes sobre la alegación de que existe una violación del trato justo y equitativo por la provincia de Masaya y el gobierno de Butanolandia. | 9 |

I. Los principales hechos

Los hechos que constituyen la base para la presente competencia se encuentran en el **Caso Hipotético**. Sin perjuicio de ello, a continuación se resumen los principales hechos del caso.

1. El Estado de Butanolandia

A partir de 2011, el Estado de Butanolandia privatizó varias empresas estatales para modernizar la industria y generar empleo. Estas privatizaciones se efectuaron en el contexto de una política liberalizadora de la economía, incluyendo medidas legislativas para atraer inversiones extranjeras:

- Ley de Hidrocarburos (febrero 2011): atribuía al Ministerio de Energía competencia para regular la exploración y explotación; al Ministerio de Medio Ambiente atribuía competencias para supervisión de la aplicación de la Ley; a las provincias (gobiernos regionales) atribuía la competencia para otorgar “permisos de comercialización” sobre los recursos naturales extraídos en sus respectivos territorios.
- Conclusión de 24 TBIs durante 2011, que entraron en vigor entre junio y diciembre de 2011. Entre ellos, el TBI con el Estado de Megaoil, que entró en vigor el 1 de junio de 2011.
- Ratificación del Convenio CIADI, Convenio MIGA y Convención de Nueva York, que entraron en vigor entre junio y diciembre de 2011.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

2. La concesión a favor de OilOne Inc. y ButanoOne (BOC)

Atraído por los anuncios de nuevas concesiones de hidrocarburos, la empresa extranjera, de nacionalidad de Megaoil, llamada OilOne Inc. participó en una licitación y el 20 de octubre de 2011 obtuvo una concesión de 30 años para explorar y explotar petróleo y gas en la provincia de Masaya, República de Butanolandia. Elementos y condiciones de la concesión:

- OilOne Inc. debió ceder los derechos de la concesión a una firma local, ButanoOne, S.A. (referido como “BOC”), participada al 100% por OilOne Inc. a través de su subsidiaria Offshore Exploration Inc. (constituida en el Estado de Islas Paraíso).
- Fase de exploración tiene una duración máxima de 3 años, con posibilidad de prórroga. No se especificaba qué procedimiento rige la concesión de una prórroga.

BOC importó equipos costosos para iniciar las labores de exploración, pagando \$25,3 millones en tarifas de importación (80% del valor de adquisición de la maquinaria). El gobierno se comprometió a devolver esta cuantía a BOC a la vista de la relevancia estratégica de la inversión de BOC en Butanolandia. En enero de 2012, las autoridades fiscales devolvieron esos \$25,3 millones, pero cuatro meses más tarde revocaron la decisión, argumentando que solo se pueden devolver impuestos pagados por importaciones dirigidas al sector manufacturero. Desde entonces, Butanolandia reclama esos \$25,3 millones a BOC.

3. BOC encuentra un yacimiento en Masaya

En abril de 2012, BOC encontró un yacimiento de gas en la provincia de Masaya. BOC solicitó y obtuvo un permiso de comercialización del gobierno provincial de Masaya por 20 años, con las siguientes condiciones:

- Presentación de informes financieros anuales al gobierno provincial;
- Cumplimiento con las normas medioambientales de la provincia;
- Iniciación de un “Programa de Inversiones” por \$40 millones.

4. La crisis financiera de 2014, las elecciones presidenciales y sus consecuencias

En abril de 2014 se inició una crisis financiera internacional y en mayo de 2014 se celebraron elecciones presidenciales. El candidato de la oposición, Sr. Calvo, acusó en los medios de comunicación al gobierno saliente de corrupción con respecto al otorgamiento de las concesiones, y que las concesiones atentaban a la soberanía de Butanolandia. En la provincia de Masaya surgieron movimientos sociales protestando violentamente contra la presencia de BOC, sin que las autoridades intervinieran.

En julio de 2014, el Sr. Calvo fue elegido Presidente. El nuevo gobierno tomó las siguientes medidas:

- Ley de Estabilización (agosto de 2014): expresamente eliminó los beneficios fiscales para las compañías concesionarias de petróleo y gas y aumentó en 30% las regalías pagaderas por los concesionarios.
- Creación de la compañía estatal Butanolandia, S.A., a la que el gobierno cedió todas las concesiones vigentes, incluida la de Masaya. El gobierno provincial de Masaya concedió seguidamente un permiso de comercialización de 20 años a Butanolandia, S.A., sin condiciones.
- Gobierno denunció el Convenio CIADI (31 de diciembre de 2014).

A continuación, el 1 de febrero de 2015, el gobierno de la provincia de Masaya denegó el permiso de comercialización. Para ello, alegó que se habían creado “serios riesgos a la salud de los habitantes de la provincia” y a la “flora y fauna de la zona”, y concluyó que esto atentaba contra la legislación nacional y provincial.

Además, con carta de 21 de marzo de 2015, el Ministerio de Minas denegó a BOC la prórroga de su licencia de exploración, que debía renovarse cada tres años. El Ministerio explicó que no autorizaba la prórroga porque

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

BOC incumplía las normas medioambientales, sin más especificaciones. El Ministerio de Minas ofreció a BOC “comprarle” sus derechos de concesión, lo que BOC rechazó.

Las autoridades provinciales iniciaron también un juicio penal contra miembros del gobierno saliente y los directivos de BOC por una cena con una rifa celebrada en julio de 2011, en que el Presidente de la Asociación Nacional de Hidrocarburos ganó el primer premio. Este Presidente era quien emitía informes no vinculantes sobre las empresas que participan en las licitaciones. Hubo un juicio en única instancia que condenó a los gerentes de BOC. Los gerentes intentaron recurrir la sentencia condenatoria de agosto de 2015 mediante recurso de tutela, pero aún el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la admisibilidad.

5. La Controversia

El 29 de junio de 2015, BOC presentó una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI en contra de la República de Butanolandia. El 1 de agosto de 2015, el CIADI registró la solicitud de arbitraje de BOC contra Butanolandia. El 11 de noviembre de 2015, se constituyó el Tribunal Arbitral, compuesto por el señor Pedro Pérez López, propuesto por la parte Demandante; la doctora Beatriz Luna, propuesta por la Demandada; y la profesora Adelina Craig, presidenta.

El 10 de diciembre de 2015, el árbitro propuesto por la Demandante, Pedro Pérez López, informó a las partes y a los demás miembros del Tribunal que el despacho de abogados para el que trabajaba, Abogados Asociados, acababa de anunciar su fusión con Lawyers United LLP. Pérez López manifestó que sólo en el momento en que se produjo el anuncio de la fusión supo que en la nueva firma había tres profesionales trabajando como abogados consejeros en otros dos arbitrajes entablados por otra empresa contra Butanolandia. Uno de ellos, bajo el Convenio CIADI, y el otro conforme al Reglamento CNUDMI. Pérez López alega que esta nueva circunstancia no tendrá ningún impacto sobre su independencia e imparcialidad en el presente caso. Butanolandia objeta la imparcialidad e independencia del árbitro.

II. Los principales argumentos de las partes durante la Audiencia de 17 y 18 de marzo de 2016

El Tribunal, a través de Orden Procesal No. 1, invitó a las partes a presentar en la presente audiencia sus argumentos orales sobre los siguientes puntos. Otros temas igualmente litigiosos en este asunto no son objeto de la audiencia, y, en interés de la economía del tiempo, el Tribunal debe encaminar a los equipos a discutir los temas aquí desarrollados.

1. Cuestiones sobre la composición del Tribunal y su jurisdicción

A. Posición de las partes sobre la declaración del árbitro acerca de la fusión de su despacho con Lawyers United, LLP

Normas aplicables:

- Arts. 14.1, 40.2 y 57 del Convenio CIADI. En esencia, el Convenio CIADI permite la recusación de un árbitro si existe una “carencia manifiesta de las cualidades exigidas” bajo el art. 14 del Convenio CIADI (art. 57 del Convenio CIADI). Esto significa que la falta de independencia o imparcialidad en un procedimiento CIADI deba ser “evidente” u “obvia”.¹
- Apartado 3.1.4 de la Lista Naranja de las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional de 2014.

¹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Decisión sobre la propuesta de las partes de descalificar a la mayoría de los Miembros del Tribunal, de 12 de noviembre de 2013 [\[Enlace\]](#), párr. 61; y casos ahí citados.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

Demandante (BOC): argumenta que el árbitro Pérez López es independiente e imparcial

Siguiendo la decisión en el asunto *EDF c. Argentina*,² se observa en el presente caso que las relaciones – o las posibles relaciones – entre el árbitro con el resto de abogados es muy superficial y hasta hipotético. En el caso *EDF* solo hubo contactos profesionales de asesoría a otra empresa que más tarde entró en conflicto con el Estado. El Tribunal no consideró estos contactos como suficientes para aceptar la recusación del árbitro. En el presente caso, la fusión entre los bufetes apenas se ha producido después de iniciarse el arbitraje, y hay maneras de garantizar que el árbitro no tenga contacto alguno con los abogados que actúan en los otros procedimientos paralelos y ajenos a este caso.

Según las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional de 2014 (las “Directrices de la IBA”), la situación del árbitro Pérez López se encuentra en la Lista Naranja, lo que no le obliga a desistir de su nombramiento como árbitro. En especial, el árbitro no debe desistir en las particulares circunstancias del presente caso, en que el conflicto surgió por pura casualidad al fusionarse los despachos y el Estado no ha alegado circunstancias adicionales que hagan dudar de la independencia del árbitro.

Parte II.5 de las Directrices de la IBA aclara que una revelación tardía del posible conflicto no implica automáticamente la descalificación del árbitro. Cada situación debe ser evaluada a la luz de las particulares circunstancias del caso.

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que el árbitro Pérez López carece de independencia e imparcialidad

Siguiendo la decisión en el asunto *Blue Bank c. Venezuela*, ha de evaluarse si un tercero ajeno al procedimiento con conocimiento de los hechos encuentra una evidente u obvia apariencia de parcialidad (1) porque existe relación con los otros abogados de la ahora firma fusionada; y (2) porque existe una alta probabilidad de que la decisión o las actuaciones en los casos en los que los otros abogados colaboran tengan un impacto en el caso en el cual actúa el árbitro en cuestión. Estos elementos se cumplen en el presente caso.

Las Directrices de la IBA dejan abierta la posibilidad de que el árbitro desista de su nombramiento (apartado 3.1.4 de la Lista Naranja de las Directrices de la IBA). Las propias Directrices de la IBA parecen preferir que los árbitros despejen cualquier apariencia de independencia, a la vista de la Regla I.2(a), según la cual el árbitro debe rechazar un nombramiento si tuviera cualquier duda sobre su independencia.

El árbitro Pérez López comunicó muy tarde el conflicto de intereses existente en este caso, con lo que pierde la confianza de las partes (sobre todo de la Demandada) para poder conocer con independencia e imparcialidad de este arbitraje.

B. Efectos de la denuncia del Convenio CIADI sobre la competencia del Tribunal

Normas aplicables:

- Art. 71 del Convenio CIADI. Según el art. 71 del Convenio CIADI, seis meses después del 31 de diciembre de 2014 se produjo la denuncia del Convenio (31 junio de 2015).

² *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Decisión de anulación de 18 de febrero de 2016 [Enlace], párrs. 173-174.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

- Regla 6.2 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“Reglas de Iniciación”)
- Art. IX.2(a) del TBI

Demandante (BOC): argumenta que la fecha crítica para invocar la competencia del CIADI es la fecha de la solicitud de arbitraje en contra del Estado

La fecha crítica para determinar si BOC ha “iniciado” el arbitraje es la fecha de la solicitud de arbitraje en contra del Estado, lo que se produjo en el presente caso el 29 de junio de 2015. Esto fue 2 días antes de que surtiera efectos la denuncia del Convenio CIADI por parte de Butanolandia.

La práctica arbitral, en el caso *Venoklim c. Venezuela*, ha confirmado que el registro en la Secretaría del CIADI es un mero acto administrativo. Lo que cuenta a efectos del Convenio CIADI es la “manifestación del consentimiento” del inversor, lo que se produce con la solicitud de arbitraje, que en este caso se produjo el 29 de junio, dentro del plazo de denuncia.³

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que la fecha crítica es la del registro de la solicitud de arbitraje por el CIADI

Si bien BOC presentó una solicitud de arbitraje en contra del Estado el 29 de junio, el CIADI registró dicha solicitud de arbitraje el 1 de agosto de 2015, cuando el Estado ya no era parte del Convenio CIADI. Por tanto, esta demanda ante el CIADI es extemporánea y debe ser rechazada.

La Regla 6.2 de las Reglas de Iniciación confirma que el procedimiento arbitral administrado por el CIADI comienza en el momento del registro de la solicitud de arbitraje (en este caso, el 1 de agosto), con lo que la presente demanda es inadmisibile.

El art. IX.2(a) del TBI también parece preferir la fecha de registro al CIADI como fecha crítica para determinar la presentación válida de una demanda, con lo que el presente caso es inadmisibile.

C. Efectos de los procesos judiciales domésticos sobre la competencia del Tribunal

Normas aplicables:

- Art. IX, paras. 1 y 2, del TBI
- Art. 26 del Convenio CIADI

Demandante (BOC): argumenta que los procesos internos no son obstáculo a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral

La Demandante no optó por los recursos internos, porque no presentó ninguna reclamación contra el Estado por el rechazo de las solicitudes de prórroga de la concesión, lo que constituye el objeto principal del presente arbitraje.

Siguiendo la decisión de anulación en *Vivendi*, la acción judicial en el plano interno solo es un obstáculo al procedimiento arbitral si es sobre la misma “base fundamental”, la cual *Vivendi* interpretó de forma

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que las actuaciones de los tribunales internos impiden que el Tribunal Arbitral evalúe de novo la controversia

El art. IX.2(a) del TBI expresamente excluye la posibilidad de que se acuda a arbitraje internacional si previamente los tribunales domésticos habían conocido de la controversia (cláusula de elección de vías, o “fork-in-the-road”).

La Demandante escogió la vía de los recursos jurídicos internos al presentar un recurso de tutela ante el Tribunal Constitucional. Este recurso todavía ni siquiera se ha resuelto.

³ *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, Laudo de 3 de abril de 2015 [\[Enlace\]](#), párr. 78.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

amplia.⁴

Según el caso *Flughafen Zürich A.G. c. Venezuela*, los procedimientos penales se mueven en una esfera jurídica diferente a la del arbitraje. Una condena penal por corrupción en la jurisdicción interna no prejuzga el resultado del arbitraje que se ocupa también, entre otros, de este tema, y viceversa. Por tanto, el Tribunal tiene competencia para conocer de este caso arbitral.⁵

Los tribunales de Butanolandia condenaron al gerente de BOC después del inicio del presente arbitraje internacional, y la formulación del recurso de tutela fue un acto *in extremis* del propio gerente para proteger su libertad personal, que no es objeto del presente arbitraje.

Según la interpretación del único árbitro en *Pantechniki v. Albania*, el criterio de la “base fundamental” ha de interpretarse en estrecha atención a las particulares circunstancias del caso. Hay que comprobar si existe una base jurídica idéntica para las respectivas reclamaciones.⁶ Esto es lo que hay aquí, puesto que Butanolandia no prorrogó la concesión porque BOC había obtenido la concesión ilegalmente (mediante corrupción), lo que fue resuelto mediante el proceso penal en la jurisdicción interna.

D. La existencia de una inversión en el sentido de las normas aplicables a este caso

Normas aplicables:

- Art. 25 del Convenio CIADI
- Arts. I.4(e) y II.1 del TBI

Demandante (BOC): argumenta que la concesión para la exploración y explotación de gas en el campo de Masaya es una “inversión”

Existe una “inversión” en el sentido del art. 25 del Convenio CIADI, porque se cumplen los elementos del test *Salini* (el “*Salini Test*”),⁷ debido a los siguientes hechos:

- a) BOC adquirió e importó numerosa y costosa maquinaria a Butanolandia;
- b) BOC estableció una estructura empresarial para operar en el país al menos durante los 30 años

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que la inversión de BOC no cumple con el criterio objetivo del art. 25 del Convenio CIADI y que la misma no fue efectuada “conforme con su legislación” en el sentido del TBI

No existe “inversión” en el sentido del art. 25 del Convenio CIADI: no se cumplen los criterios establecidos en el caso *Salini*, y mucho menos en la práctica arbitral más reciente.⁸

El Estado alega, entre otros, que:

- a) BOC nunca produjo realmente gas que fuera exportado;
- b) BOC no contribuyó al desarrollo del país,

⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación de 3 de julio de 2002 [Enlace], párrs. 72-80.

⁵ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo de 18 de noviembre de 2014 [Enlace], párrs. 140 y 141.

⁶ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo de 30 de julio de 2009 [Enlace], párr. 62.

⁷ Estos elementos son: (a) una contribución de dinero o bienes; (b) con cierta duración; (c) asumiendo cierto riesgo; y (d) que promueva el desarrollo económico del país anfitrión; *vid. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB 00/4, Decisión de Jurisdicción de 31 de julio de 2001 [Enlace], párr. 52.

⁸ Algunos tribunales han requerido una “contribución significativa” al desarrollo; *vid. Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión del Comité *ad hoc*, de 1 de noviembre de 2006 [Enlace], párr. 29.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

- de duración de la concesión.
- c) BOC hubiera creado muchos puestos de trabajo y hubiera generado otros beneficios para el país, si el Estado le hubiera dejado seguir operando.

Alternativamente, BOC argumenta que el *Salini Test* ya no es el estándar aplicable hoy en día a la evaluación de si existe una inversión según el art. 25 del Convenio CIADI. Por ejemplo, en el caso *Pey Casado c. Chile* se estableció que no hace falta que la inversión contribuya al desarrollo económico del Estado anfitrión.⁹ También otros casos recientes se han desvinculado de los criterios objetivos usados en *Salini*.¹⁰

Existe una inversión en el sentido del art. I.4(e) del TBI:

En todo caso, se cumplen con los requisitos de inversión bajo el TBI. BOC era titular de una concesión para la exploración y explotación de recursos naturales, tal como lo menciona expresamente el TBI.

- porque causó degradación medioambiental; porque el Estado había devuelto los impuestos de importación a la compañía, por \$25.3 millones, y porque las regalías eran muy bajas.
- c) La inversión no fue hecha conforme con la ley de Butanolandia (corrupción).

No existe ninguna inversión en el sentido del art. I.4(e) del TBI, porque no estaba en conformidad con la legislación de Butanolandia, tal como requiere el art. II.1 del TBI.¹¹

El Tribunal debe rechazar en la fase de jurisdicción esta demanda por referirse a una inversión efectuada en violación de las leyes del Estado anfitrión. No es necesario esperar hasta la fase de fondo, porque no están dadas las razones particulares aducidas en la práctica arbitral para retrasar la decisión hasta la fase de fondo.

2. Cuestiones sobre las alegaciones de fondo

A. Posición de las partes sobre la alegación de que existe una expropiación por los actos cometidos por la provincia de Masaya y el gobierno de Butanolandia

Normas aplicables:

- Art. III del TBI

Demandante (BOC): argumenta que los actos de Butanolandia constituyen expropiación de sus activos
El Estado ha expropiado indirectamente la inversión al

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que el Estado no expropió a BOC
El impacto de las medidas impugnadas no cumple con el

⁹ *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo de 8 de mayo de 2008 [Enlace], párr. 232.

¹⁰ Puede verse, sobre todo, la decisión de anulación en *Malaysian Historical Salvors c. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión de Anulación de 16 de abril de 2009 [Enlace], párr. 74, en que se anuló un laudo precisamente porque el tribunal había aplicado una concepción excesivamente objetiva para determinar si existía una inversión sin atender el acuerdo de los Estados Contratantes bajo el TBI.

¹¹ Sobre la necesidad de que la inversión sea efectuada en conformidad con las leyes del Estado anfitrión para cumplir también con la definición de inversión del TBI, puede verse *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2 de agosto de 2006 [Enlace], párrs. 207.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

denegar las prórrogas de los permisos de exploración (gobierno federal) y de comercialización (gobierno provincial), y al crear una empresa pública, Butanolandia, S.A., que ha absorbido las concesiones en Masaya sin participación, consulta, o indemnización de BOC.

El Estado ha expropiado indirectamente la inversión al consolidar, en la Ley de Estabilización, la denegación del impuesto de importación por \$25,3 millones. El Tribunal debería seguir la doctrina del “efecto único” (*sole effect doctrine*) y determinar si se produjo una “privación sustancial” en su acepción más amplia.¹² Para ello, la expropiación debe ser:

- a) Con efectos permanentes, no meramente efímera o temporal;¹³
- b) Los efectos de las medidas del Estado han de ser sustanciales.¹⁴

Incluso en el supuesto de que cada medida individualmente considerada no constituya expropiación, su efecto cumulativo fue expropiatorio.

test de la “privación sustancial”, porque la concesión fue denegada al inicio del proyecto. La Demandante solo acude a este Tribunal arbitral reclamando daños por ganancias futuras e hipotéticas.

Cada decisión tomada por las autoridades (sobre denegación de permisos, por ejemplo) fue conforme con el Derecho de Butanolandia. Además BOC no puede probar que la actuación del Estado tuvo un impacto sustancial en el trabajo de BOC, quien sigue operando en el país, con la única salvedad del campo de Masaya, donde solo hay un único yacimiento de gas.

El Demandante todavía mantiene el control sobre su equipo y maquinarias, oficinas y otras instalaciones. El gobierno de hecho pidió a BOC que en un plazo razonable retirara su maquinaria del área de concesión porque no quería dañar ni embargar la maquinaria de BOC.

Alternativamente, se trataba de medidas legítimas de policía:

- a) realizadas sin discriminación;
- b) en beneficio público (protección del medio ambiente y para el beneficio económico de la población del Estado); y
- c) adoptadas mediante medidas legislativas.

B. Posición de las partes sobre la alegación de que existe una violación del trato justo y equitativo por la provincia de Masaya y el gobierno de Butanolandia

Normas aplicables:

- Arts. II.3 y 4 del TBI
- Preámbulo del TBI

Demandante (BOC): argumenta que las medidas de Butanolandia violan el estándar del trato justo y equitativo

BOC alega el estándar de trato justo y equitativo del

Demandada (República de Butanolandia): argumenta que

El TBI define el estándar justo y equitativo como el

¹² En aplicación de los criterios usados en los casos *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., c. Irán, Bank Oman, Bank Mellat, Bank Markazi*, Laudo de 19 de diciembre de 1983 [\[Enlace\]](#), p. 154.

¹³ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton (Tams) v. Tams-Affa Consulting Engineers of Iran c. Irán y otros*, Laudo de 29 de junio de 1984, *Iran-U.S. CTR*, 6, 1986 [\[Enlace\]](#), p. 225.

¹⁴ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial de 26 de junio de 2000 [\[Enlace\]](#), párr.100.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

art. II.3 del TBI como norma independiente de la prohibición de expropiación.

Según BOC, esta norma debe leerse junto con el Preámbulo del TBI, según el cual los Estados Contratantes acordaron crear las condiciones favorables para las inversiones. Butanolandia no ha creado estas condiciones favorables. Por tanto, debe aplicarse un estándar autónomo de trato justo y equitativo, y no solamente medido a partir del estándar mínimo de trato bajo el Derecho internacional consuetudinario.

El Tribunal debe evaluar cada una de las medidas adoptadas por el Estado indicadas a continuación aisladamente y en su conjunto.¹⁵

Las violaciones concretas del estándar de trato justo y equitativo fueron las siguientes:

- a) El otorgamiento de la concesión en Masaya generó expectativas legítimas en BOC de que iba a operar en Masaya durante 30 años. BOC actuó conforme a esta expectativa, importando maquinaria costosa, ejecutando el plan de inversiones por \$40 millones contenido en las condiciones de la concesión y buscando durante años petróleo y gas para extraerlo y comercializarlo. Este derecho de usar la concesión se ha perdido definitivamente, por la acción del Estado.

reconocido en “Derecho internacional”. Esto significa que debe aplicarse el estándar mínimo de trato bajo el Derecho internacional consuetudinario.

Al estándar del trato justo y equitativo se aplican los criterios elaborados en *Continental Casualty* (interés público de las medidas, impacto sobre la rentabilidad de la inversión, que medidas legislativas generales (como la Ley de Estabilidad) no generan desconfianza en relación con el estándar de trato justo y equitativo, etc.),¹⁶ para evitar que el trato justo y equitativo acabe siendo una cláusula residual que sirva para obtener compensación por cualquier pérdida económica en el país anfitrión de la inversión.

De hecho, BOC en realidad denuncia situaciones que forman parte del riesgo de empresa, porque BOC invirtió a sabiendas de que:

- a) Butanolandia había experimentado numerosos cambios en su régimen de hidrocarburos en su corta historia moderna;
- b) Butanolandia estaba expuesta a las volatilidades de la economía mundial, y que una crisis económica mundial iba a tener importantes consecuencias en Butanolandia.¹⁷

En cuanto a las violaciones concretas alegadas por BOC:

- a) BOC no tenía expectativas legítimas, puesto que la concesión establecía plazos concretos de uno y tres años para las prórrogas de los respectivos permisos. BOC sabía de estos plazos y había consentido a ellos en el momento de la aceptación de la concesión.
- b) Las modificaciones de la Ley de Estabilización al régimen de las devoluciones por importación no están incluidas en la protección bajo el TBI, porque éste las excluye expresamente en el art. II.4. En todo caso, BOC sigue siendo el dueño sobre toda la maquinaria que trajo al país. Además, el inversor no puede tener la expectativa legítima de que el

¹⁵ *Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo de 6 de mayo de 2013 [Enlace], párr. 238.

¹⁶ *Continental Casualty c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo de 5 de septiembre de 2008 [Enlace], párr. 261.

¹⁷ Puede verse también *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo de 25 de junio de 2001 [Enlace], párr. 348.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

- b) Butanolandia usó sus facultades soberanas para incumplir sus obligaciones contractuales en virtud de la concesión:¹⁸ El Estado aumentó en 30% las regalías de las concesiones, y al suprimir con la Ley de Estabilización los beneficios fiscales de la importación, incluidos sus compromisos en materia tributaria.
 - c) El Estado violó las garantías judiciales mínimas de los gerentes de BOC acusados ante la jurisdicción penal de Butanolandia.¹⁹
 - d) El Estado discriminó a BOC en relación con los nacionales de Butanolandia.
 - e) El Estado no otorgó protección y seguridad plenas a la inversión de BOC.²⁰
- Estado “congele” su ordenamiento jurídico en el momento de hacerse la inversión, sin que siga modificando y mejorando su ordenamiento jurídico.²¹
- c) La protección del debido proceso está consagrado en la Constitución de Butanolandia y en los convenios internacionales de derechos humanos firmados por el país, y, en cualquier caso, el presente arbitraje no puede servir para revisar las sentencias penales de los tribunales de Butanolandia.
 - d) Las medidas adoptadas por el Butanolandia no fueron discriminatorias contra la empresa BOC.²² De hecho, la legislación de Butanolandia no distingue entre las empresas al regular las concesiones públicas.
 - e) BOC ha sido tratada de forma transparente y con apego a la ley en todos los pasos seguidos por el Estado.

¹⁸ Puede verse, entre muchos otros, *Mondev International LTD c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002 [\[Enlace\]](#).

¹⁹ Puede verse, entre muchos otros, *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, UNCITRAL, Laudo parcial de 17 de marzo de 2006 [\[Enlace\]](#), párr. 308; y *City Oriente Ltd. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión de Medidas Provisionales de 19 de noviembre de 2007 [\[Enlace\]](#), párr. 64 (El Tribunal concedió medidas provisionales para evitar que el Estado siga llevando ciertos procedimientos penales contra los gerentes, fundamentándose en que estos procedimientos acarrearán la responsabilidad del Estado).

²⁰ Para la obligación de protección en el sentido del presente caso, puede verse *Ulyseas Inc. c. República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo final de 12 de junio de 2012 [\[Enlace\]](#), párr. 272.

²¹ *EDF (Services) Ltd. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo de 8 de octubre de 2009 [\[Enlace\]](#), párr. 217.

²² Puede verse, entre otros, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI-TLCAN, Laudo de 3 de agosto de 2005 [\[Enlace\]](#), parte III/A, párr. 101.