

CONFIDENCIAL

Primera Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión

Marzo 13-16, 2014

Organizada por:



Patrocinadores:



Análisis del Caso

INVEX DEL ORIENTE
Demandante

c.

REPÚBLICA DEL PACÍFICO
Demandada

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

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

I. Relación de hechos

1. Invex del Oriente (demandante) es una sociedad constituida en la República del Oriente propiedad de un excéntrico multimillonario Leif Erikson. En 1981 Erikson le cedió la administración y el usufructo de Invex del Oriente a Martin Waldseemüller, ciudadano de la República de Guanahani.
2. Años después, Waldseemüller decidió constituir en Guanahani una filial 100% de propiedad de Invex del Oriente para la producción, procesamiento, comercialización y distribución de productos agrícolas a nivel mundial.
3. En el 2003, la República del Oriente y la República del Pacífico suscribieron un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) que disponía que en caso de una controversia relativa a una inversión entre un inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante, ésta podría someterse a arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siempre y cuando no existiese pronunciamiento de fondo por los tribunales del país demandado.
4. En 2008, la República del Pacífico, a través de su agencia de promoción de inversiones (Pacific Investment), invitó a Invex Holdings a invertir en el país como parte de una estrategia de promover la propiedad intelectual en el país que incluyó la presentación y aprobación de una ley de propiedad intelectual. En enero de 2008 Invex Holdings constituyó Invex del Pacífico, y en marzo de 2008, inauguró un centro de innovación y producción. En la inauguración la Presidente de la República del Pacífico, Isabel Ripoll, afirmó: “Invex Holdings es una gran empresa y conocemos bien de su liderazgo en innovación. En la República del Pacífico le ofrecemos reglas de juego estables y transparentes para el desarrollo de su actividad. Aquí no expropiamos”.
5. Durante sus primeros años de operación, Invex del Pacífico obtuvo patentes sobre plantas y variedades vegetales que con el tiempo ascendieron a 40% del valor de sus activos. La ley de propiedad intelectual del país permitía la obtención de patentes sobre productos o procedimientos que resultan de una actividad inventiva. Además, Invex del

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

Pacífico compraba el 60% de su producción de los excedentes agrícolas comúnmente disponibles en el mercado local.

6. En abril de 2011 Invex del Pacífico fue demandada en primera instancia ante el Tribunal Nacional por una ONG financiada en un 50% por dineros públicos y que pedía la anulación de patentes otorgadas a la compañía. En febrero de 2013, el Tribunal Nacional anuló las patentes de Invex del Pacífico por resultar de procesos esencialmente biológicos (i.e. no inventivos). Expertos en propiedad intelectual consideraron que el fallo del Tribunal Nacional era razonable bajo las leyes vigentes y los compromisos en la materia adquiridos por el país a nivel internacional incluyendo los del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC. Invex del Pacífico no apeló el fallo.
7. El 2 de abril de 2013, la Agencia Nacional de Salud de la República del Pacífico con ocasión del fallo del Tribunal Nacional abrió una investigación en contra de Invex del Pacífico para investigar si los productos que comercializaba representaban un peligro para los consumidores. Al día siguiente, como medida cautelar, la Agencia tomó posesión de las instalaciones de Invex del Pacífico, tomó muestras de sus productos y notificó la compañía de una suspensión obligatoria de sus actividades de 120 días que llegó a su fin cumplido dicho plazo.
8. Invex del Pacífico tomó medidas inmediatas para mitigar el impacto sobre su actividad incluyendo la de suplir órdenes de compra pendientes a través de centros de abastecimiento de Invex Holdings en otros países. En julio de 2013, tras la negativa de la República del Pacífico de sostener consultas y negociaciones, Waldseemüller decidió presentar una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI.

II. Relación de asuntos en controversia.

- A. ¿Es Invex del Oriente un “inversionista” bajo el APPRI?
- B. ¿Invex del Oriente ha invertido en la República del Pacífico?
- C. ¿La República del Pacífico ha violado la protección de Trato Justo y Equitativo bajo el APPRI?

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

- D. ¿La República del Pacífico ha violado la protección de Protección y Seguridad Plena bajo el APPRI?
- E. La República del Pacífico ha violado la protección contra la Expropiación ilegal bajo el APPRI?

III. Análisis de los asuntos en controversia.

A. ¿Es Invex del Oriente un “inversionista” bajo el APPRI (jurisdicción en razón de la persona)?

1. El APPRI entre la República del Pacífico y la República del Oriente en su Artículo I (1) dispone lo siguiente:

El término "inversionista" comprende toda persona física o jurídica de una Parte Contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

(a) Por "persona natural" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, toda persona física que tenga la nacionalidad de ese Estado de acuerdo con sus leyes.

(b) Por "persona jurídica" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, toda persona jurídica constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante y con sede en el territorio de esa Parte.

2. Sobre la interpretación de BITs con cláusulas como la que aquí nos ocupa, en que se atiende al lugar de incorporación y sede de la empresa, ha habido varias posturas de distintos tribunales arbitrales. Por una parte, en algunos casos los tribunales han concluido que “inversionista” es aquel que simplemente cumple con los requisitos del tratado de inversiones respectivo (aun cuando esté bajo el control efectivo de otra persona que no los cumple, incluyendo nacionales de terceros países o del mismo Estado receptor).¹

¹ Ver por ejemplo, *Saluka c. República Checa*, Laudo CNUDMI (Watts, Fortier, Behrens), 17 de marzo de 2006, párrs. 240-241: “The Tribunal has some sympathy for the argument that a company which has no real connection

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

3. En contraste, en al menos un caso reciente, un tribunal arbitral afirmó que inversionista es quién efectivamente “lleva a cabo la inversión, tomando la decisión de invertir o utilizando fondos propios o controlándola de manera directa y activa.”² Se puede opinar que junto con los criterios del respectivo BIT, los tribunales deben tomar en cuenta el art. 25 del Convenio CIADI, y así exigir un vínculo real (o económico) con el Estado cuya nacionalidad se invoca.³
4. En el caso que nos ocupa durante la audiencia las partes podrían enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Invex del Oriente)
1. Invex Holdings, compañía de la República independiente de Guanahani (y no parte al APPRI) y multinacional de la agroindustria, era la compañía matriz de Invex del Pacífico (la inversión). Fue también la compañía expresamente invitada por la República del Pacífico a invertir en el país y que invirtió indirectamente en la República del Pacífico. Waldseemüller, cabeza visible de Invex Holdings, “hijo pródigo” de Guanahani, fue quien visitó el país, se	1. El APPRI simplemente establece que “inversionista” es quien haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante. Invex del Oriente es una persona jurídica de la República del Oriente, y la República del Oriente es parte del APPRI. Invex del Oriente ha invertido en la República del Pacífico pues controla a Invex Holdings e indirectamente a Invex del Pacífico.

with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty. ...The parties had complete freedom of choice in this matter, and they chose to limit entitled “investors” to those satisfying the definition set out in Article 1 of the Treaty. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of “investor” other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.” Ver también *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Decisión de jurisdicción CIADI (Berman, Donovan, Lalonde), 18 de abril de 2008, párrs. 100, 110; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decisión de Jurisdicción CIADI (Weil, Bernardini, Price), 29 de abril de 2004, párrs. 40, 46-52.

² *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, Laudo CIADI (Park, Legum, Pryles) 2 de noviembre de 2012, párrs. 230, 250: “[P]rotection of the UK-Tanzania BIT requires an investment made by, not simply held by, an investor...“to benefit from Article 8(1)’s arbitration provision, a claimant must demonstrate that the investment was made at the claimant’s direction, that the claimant funded the investment or that the claimant controlled the investment in an active and direct manner.”

³ Vid., por ejemplo, el voto disidente de Prosper Weil al caso *Tokiós Tokeles v. Ukraine*, *cit.*

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

reunió con la Presidenta Ripoll, inauguro la inversión y directamente tomó la decisiones. Por lo tanto, Invex del Oriente no ha “realizado” estrictamente la inversión. 2. Junto con el BIT hay que aplicar el Convenio CIADI, cuyo objeto y fin no admite que empresas registradas y establecidas para meros fines formales puedan beneficiarse de la protección del BIT. 3. El demandante está abusando del derecho de presentar reclamaciones bajo el BIT, porque en realidad, “levantando el velo corporativo”, el inversor extranjero en la República del Pacífico es Invex Holdings, una empresa de Guanahani.	2. La cláusula del BIT, que habla del lugar de registro y sede del inversionista, debe ser interpretada de forma literal, conforme con la Convención de Viena de 1969. 3. El BIT ha de aplicarse de manera preferente sobre el Convenio CIADI, al ser ley especial para el presente caso. 4. Invex del Oriente estaba registrada en la República del Oriente mucho antes de adoptarse el BIT en 2003, e Invex Holding también había sido creada antes, en 2001, por lo cual no se puede decir que sus gerentes hayan diseñado su estructura empresarial para aprovecharse meramente de la protección convencional disponible. 5. También el accionista que tiene el 100% de las acciones de Invex del Oriente, Leif Erikson, es ciudadano de la República del Oriente desde el año 1979.
---	--

B. ¿Invex del Oriente ha invertido en la República del Pacífico (jurisdicción en razón de la materia)?

5. El APPRI entre la República del Oriente y la República del Pacífico, en su Artículo I (2) dispone lo siguiente:

El término "inversión" significa todo tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, entre otros....

6. En el derecho internacional de las inversiones hay posiciones encontradas en torno a la *forma* en que se efectúa la inversión. Por una parte, un número importante de tribunales en el pasado ha considerado que la inversión puede efectuarse y controlarse

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

de forma indirecta.⁴ Sin embargo, dos tribunales han desestimado recientemente reclamos al no hallar evidencia de un vínculo directo del capital y el riesgo inherente en la inversión con el presunto inversionista.⁵

7. En el caso que nos ocupa, durante la audiencia las partes podrían enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandada (República del Pacífico)	Demandante (Invex del Oriente)
1. La actuación de Invex del Oriente en la República del Pacífico no ha contribuido al desarrollo económico del país (tal como exige el Convenio CIADI). Más bien al contrario, lo ha empobrecido, al haber privado a la población de los derechos de propiedad intelectual sobre las plantas que hay en sus territorios, al registrarlos como exclusivos de Invex.	1. Una interpretación literal del APPRI simplemente establece que “inversión” es “todo tipo de activo” sin distinguir la forma en que se debe efectuar la misma. Si las partes al APPRI hubiesen querido limitar las inversiones a través de terceras personas lo pudieron haber hecho. Es normal y frecuente en el mundo de la inversión extranjera que los inversionistas canalicen

⁴ Ver por ejemplo *Tza Yap Shum c. República del Perú* Decisión de jurisdicción CIADI (Kessler, Otero, Fernández-Armesto), 19 de junio de 2009: párrs. 95-101, 106-111: “Sin embargo, una lectura pausada de estos casos, permite advertir que la preocupación principal de los tribunales era la de dilucidar la nacionalidad de los inversionistas y no la de vehículos societarios a través de los cuales se había canalizado la inversión. En otras palabras, para efectos de afirmar su jurisdicción en razón a su materia, esos tribunales han entendido como su labor primaria la de identificar la inversión, no en cuanto a la forma en que fue canalizada, sino a su vínculo efectivo con inversionistas que cumplen con los requisitos de nacionalidad bajo el Convenio CIADI y los AAPRI respectivos.” Ver también *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV., et. al. and Bolivarian Republic of Venezuela*, Decisión de jurisdicción CIADI, párr. 165; *CEMEX Caracas Investments B.V. et. al. v Venezuela*, Decisión de jurisdicción CIADI, 30 de diciembre de 2010 párrs. 151-157.

⁵ *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan*, Laudo CIADI (Böckstiegel, Griffith, Hossain) 5 de junio 5 de 2012, párrs. 355, 455: “The Tribunal agrees with Claimant that, subject to express provisions to the contrary, the origin of capital used to make an investment is immaterial for jurisdiction purposes. However, there still needs to be some economic link between that capital and the purported investor that enables the Tribunal to find that a given investment is an investment of that particular investor.... From the above considerations it follows that, even if Devincci Hourani acquired formal ownership and nominal control over CIOC, no plausible economic motive was given to explain the negligible purchase price he paid for the shares and any other kind of interest and to explain his investment in CIOC. No evidence was presented of a contribution of any kind or any risk undertaken by Devincci Hourani. There was no capital flow between him and CIOC that contributed anything to the business venture operated by CIOC.” Ver también *KT Asia Investment Group c. Kazakhstan*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Glick, Thomas), 17 de octubre de 2013, párrs. 205, 206.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

2. No hay vínculo directo y efectivo entre Invex del Oriente como inversionista y una contribución o el riesgo a la misma en la inversión protegida; es decir, los actos de Invex del Pacífico pueden calificarse como inversión bajo el APPRI pero no los de Invex del Oriente. La definición de inversión en el APPRI exige que el activo haya sido “invertido” y en este caso Invex del Oriente ha tenido un papel enteramente pasivo.	sus inversiones a través de empresas registradas en terceros países por razones tributarias e incluso para valerse de tratados de protección de inversiones (siempre y cuando anteceda el surgimiento de una controversia). 2. Las máximas instancias políticas de la República del Pacífico habían invitado a la demandante con mucho entusiasmo. En todo momento las autoridades hablaban de que el grupo empresarial de Invex hiciera una “inversión”. 3. Las autoridades públicas concedieron una autorización al grupo de empresas de Invex con gran rapidez para que se estableciera en la Zona Franca del Pacífico, que confirma que se trataba de una inversión.
--	---

C. ¿La República del Pacífico ha violado la protección de Trato Justo y Equitativo bajo el APPRI?

8. El APPRI entre la República del Oriente y la República del Pacífico, en su Artículo II (3) dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plena.

9. El Trato Justo y Equitativo protege a la inversión de todo tipo de medidas atribuibles al Estado (incluyendo las legislativas, judiciales y administrativas). Sin embargo, en el derecho internacional general solo pueden impugnarse los actos de las autoridades judiciales como denegación de justicia una vez agotados los recursos judiciales a nivel interno. En el derecho internacional de inversiones esta aproximación ha sido adoptada en algunos casos.⁶ Pero en un caso reciente el tribunal arbitral consideró que dicho

⁶ Ver por ejemplo *Jan de Nul c. Egipto*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Mayer, Stern), 6 de noviembre de 2008, párrs 257, 258: “The Parties have conflicting views with respect to the issue of exhaustion of remedies. In substance, for the Claimants it is not a necessary requirement, while the Respondent assesses the contrary. The

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

agotamiento no era necesario cuando la medida de la autoridad judicial podía vulnerar otras disposiciones del tratado (e.g. expropiación ilegal).⁷

10. Bajo este entendido, en términos generales, el Trato Justo y Equitativo es un estándar de protección de la inversión amplio y flexible pero que exige de los árbitros un análisis de los hechos en cada caso frente a las expectativas legítimas y razonables del inversionista.⁸ Por eso, la violación de estándar puede manifestarse de muchas formas incluyendo como resultado de la inobservancia del debido proceso, de conducta arbitraria, injustificada, desproporcionada, discriminatoria, desproporcionada, de mala fe o abusiva.⁹

Tribunal considers that the respondent State must be put in a position to redress the wrongdoings of its judiciary. In other words, it cannot be held liable unless “the system as a whole has been tested and the initial delict remained uncorrected.” Ver también *Loewen c. EEUU*, Laudo CIADI-MA (Mason, Mivka, Mustill), 26 de junio de 2003, párr. 475.

⁷ *Saipem c. Bangladesh*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Schreuer, Otton), 30 de julio de 2009, párr. 181: “While the Tribunal concurs with the parties that expropriation by the courts presupposes that the courts' intervention was illegal, this does not mean that expropriation by a court necessarily presupposes a denial of justice. Accordingly, it tends to consider that exhaustion of local remedies does not constitute a substantive requirement of a finding of expropriation by a court.”

⁸ Ver por ejemplo *Total S.A. c. La República Argentina*, Laudo CIADI (Sacerdoti, Alvarez, Marcano), Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010: “The legal issue for the Tribunal is thus to determine whether the fair and equitable treatment standard of Article 3 of the BIT, in particular as far as it includes the “protection of legitimate expectations” of the foreign investor, has been breached by the unilateral changes of legislation and regulation effected by Argentina and challenged by Total.” Ver también *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Laudo CIADI (Orrego-Vicuña, Lalonde, Rezek), 12 de mayo de 2005, párrs. 277-279; *Tecmed c. México*, Laudo CIADI-MA (Grigera Naón, Fernández, Bernal). Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 154.

⁹ Ver por ejemplo *Paushok et al v. Mongolia*, Laudo de jurisdicción CNUDMI (Lalonde, Grigera Naón, Stern), 28 de abril de 2011, para. 253: “That expression, in the present case, cannot be interpreted as being limited to the protection of legitimate expectations and non-discrimination but covers a number of other principles which have been mentioned in a number of arbitral awards. The Rumeli award¹⁴⁷, for example, lists the following principles to be applied: transparency, good faith, conduct that cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, lacking in due process or procedural propriety and respect of the investor's reasonable and legitimate expectations.” Ver también *RDC. C. Guatemala*, Laudo CIADI (Sureda, Eizenstat, Crawford), 29 de junio de 2012, párr. 219.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

11. En ausencia de un compromiso particular del Estado frente al inversionista (e.g. contrato, cláusulas de estabilización), existen posiciones encontradas en torno a si el Estado puede crear legítimas expectativas cuyo incumplimiento resulte en la violación de esta protección. Por un lado, algunos tribunales han hallado que el Estado puede crear legítimas expectativas a través de declaraciones o promesas generales sobre el clima de inversiones (e.g. estabilidad y predictabilidad) o las condiciones de inversión.¹⁰ Por otro lado, los tribunales han exigido que las promesas o declaraciones se hagan con especificidad y a través de instrumentos jurídicos concretos.¹¹
12. Dicho esto, la medida cuestionada debe en todo caso ser de tal gravedad que constituya una violación de una obligación internacional.¹² Una violación del derecho interno del país receptor por sí sola no es suficiente para violar dicha protección.¹³

¹⁰ Ver por ejemplo *Electrabel c. Hungría*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), Laudo de jurisdicción, 30 de noviembre de 2012, párr. 7.78: “While specific assurances given by the host State may reinforce the investor’s expectations, such an assurance is not always indispensable.” Ver también *PSEG et. al. c. Turquía*, Laudo CIADI (Orrego Vicuña, Fortier, Kaufmann-Kohler), 19 de enero de 2007: “Stability cannot exist in a situation where the law kept changing continuously and endlessly, as did its interpretation and implementation. While in complex negotiations, such as those involved in this case, many changes will occur beyond the control of the government, as was particularly the case with the increased costs, the issue is that the longer term outlook must not be altered in such a way that will end up being no outlook at all. In this case, it was not only the law that kept changing but notably the attitudes and policies of the administration.”

¹¹ Ver por ejemplo, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Laudo CIADI (Bernardini, Rovine, Derains) párr. 217: “Salvo el caso en que el Estado hiciera promesas o declaraciones específicas al inversionista, el segundo no podrá confiar en un tratado bilateral de inversiones como una suerte de póliza de seguros contra el riesgo de cualquier cambio en el marco jurídico y económico del Estado receptor de la inversión. Dicha expectativa no sería legítima ni razonable.” Ver también *Ulysseas, Inc. c. Ecuador*, Laudo CNUDMI (Bernardini, Pryles, Stern), 12 de junio de 2012, párr. 272. Ver también *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo CIADI (Sacerdoti, Veeder, Nader), 5 de septiembre de 2008, párr. 261: “the specificity of the undertaking allegedly relied upon which is mostly absent here, considering moreover that political statements have the least legal value, regrettably but notoriously so.”

¹² Ver por ejemplo *AES et. al. c. Hungría*, Laudo CIADI (Werner von Webeser, Stern, Rowley), 23 de septiembre de 2010, para. 9.3.40: “The Tribunal has approached this question on the basis that it is not every process failing or imperfection that will amount to a failure to provide fair and equitable treatment. The standard is not one of perfection. It is only when a state’s acts or procedural omissions are, on the facts and in the context before the adjudicator, manifestly unfair or unreasonable (such as would shock, or at least surprise a sense of juridical

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

13. En el caso que nos ocupa durante la audiencia, las partes podrían enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandante (Invex del Oriente)	Demandada (República del Pacífico)
1. La República del Pacífico violó la protección de Trato Justo y Equitativo bajo el APPRI como resultado de la conducta de los órganos del Estado. Invex del Pacífico fue invitada a invertir en la República del Pacífico por Pacific Investment (agencia de promoción de inversiones) que indicó que el país ofrecía “las mejores condiciones.” Adicionalmente, la Presidente personalmente aseguró que el país ofrecía reglas de juego estables y transparentes y no expropiaba inversiones. 2. La República del Pacífico vulneró las legítimas expectativas del inversionista a través de la conducta de sus autoridades administrativas. Por una parte conociendo la actividad del inversionista, el Estado le prometió estabilidad a través de normas legales que habían adoptado para hacer posible esa inversión (ley de propiedad intelectual) y a través de sus instituciones (Oficina Nacional de Propiedad Intelectual). Además, una vez surgida una controversia ante el Tribunal Nacional, no apoyó la posición del inversionista. 3. Por otra parte, sin tener razón justificada para ello, la Agencia Nacional de Salud arbitrariamente inició una investigación en torno a la salubridad de los	1. La conducta del Tribunal Nacional no constituye denegación de justicia; la decisión pudo ser apelada e Invex del Pacífico optó por no hacerlo. 2. La República del Pacífico no violó la protección de Trato Justo y Equitativo bajo el APPRI pues cumplió con las legítimas expectativas del inversionista. Tanto Pacific Investment como la Presidente, hicieron declaraciones generales sobre el clima de inversiones del país que no se tradujeron ni en regulación particular ni en cláusulas de estabilización en favor del inversionista. Además, dichas declaraciones fueron hechas a representantes de Invex Holdings y no del Demandante (Invex del Oriente). Por último, las legítimas expectativas del Inversionista no pueden sustituir el deber de debida diligencia del inversionista pues el APPRI requiere que las inversiones se lleven a cabo de acuerdo al régimen legal del país receptor. 3. La República del Pacífico no violó las legítimas expectativas del inversionista. El gobierno promovió y logró la aprobación de una ley de propiedad intelectual bajo la cual le fueron otorgadas patentes al inversionista durante 5 años. Sin embargo una vez presentada una controversia ante la rama judicial, el gobierno no podía interferir, en respeto del principio

propriety...that the standard can be said to have been infringed.” Ver también *Biwater Gauff c. Tanzania*, Laudo CIADI (Born, Landau, Hanotiau), 24 de julio de 2008, párrs. 597-599.

¹³ Ver por ejemplo, *Iberdrola c. Guatemala*, Laudo CIADI (Zuleta, Oreamuno, Derains), 17 de agosto de 2012, párr. 356: “Para el Tribunal es evidente que la controversia planteada por la Demandante en este arbitraje versa sobre derecho nacional guatemalteco y que la simple mención del Tratado y la calificación de las actuaciones de Guatemala que hace Iberdrola, conforme a los estándares de ese Tratado, no basta para que la controversia se convierta en una sobre “cuestiones reguladas” por el Tratado.”

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

productos agrícolas. Casi de forma inmediata y sin notificación previa, cerró además el centro de producción de Invex del Pacífico por un periodo desproporcionado de 120 días causándole un daño (principio de proporcionalidad).	de separación de poderes. 4. Por último, la Agencia Nacional de Salud puede adoptar medidas cautelares por periodos prudenciales para proteger la importancia de la salud pública y el daño irreversible a la salud de los consumidores. De hecho, tras 120 días la medida de cierre finalizó (principio de proporcionalidad).
--	---

Protección y Seguridad Plena

14. El APPRI entre la República del Oriente y la República del Pacífico, en su Artículo II (3) dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plena.

15. La Protección y Seguridad Plena es una protección a la inversión que impone sobre el Estado una obligación de vigilancia y cuidado y que se cumple mediante la diligencia debida frente a los daños que pueda sufrir el inversionista y su inversión.¹⁴ La debida diligencia del Estado debe entenderse como el deber del Estado de adoptar las medidas razonables dentro de sus posibilidades para evitar daños previsibles.¹⁵

16. En el derecho internacional general, la protección y seguridad plena generalmente se limitan a la protección física de la inversión. Conforme con el derecho internacional de

¹⁴ *Ulysseas, Inc. c. Ecuador*, Laudo CNUDMI (Bernardini, Pryles, Stern), 12 de junio de 2012, párr. 272: “Este estándar impone una obligación de vigilancia y cuidado por parte del Estado conforme al Derecho internacional, lo que incluye un deber de diligencia debida para impedir que los terceros causen daños ilícitos a las personas o a los bienes de extranjeros en su territorio o, si no logra impedirlo, para reprimirlos y castigarlos por tales daños.”

¹⁵ Ver por ejemplo, *El Paso c. Argentina*, Laudo CIADI (Caflisch, Bernardino, Stern), 31 de octubre de 2011, párr. 523: “En realidad, por lo general esta obligación se entiende como el deber del Estado de adoptar las medidas razonables dentro de sus posibilidades para evitar los daños o al menos debería saber que existe riesgo de que se produzca un daño. El grado preciso de cuidado, de lo que es “razonable” o “debido” depende en parte de las circunstancias.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

las inversiones, los primeros tribunales así parecieron entenderlo cuando fallaron casos en los que las instalaciones de la inversión fueron invadidas o atacadas durante conflictos armados o revueltas.¹⁶ Incluso algunos han simplemente optado por estudiar la conducta atribuible al Estado (y no a terceros) bajo la protección de Trato Justo y Equitativo.¹⁷

17. Sin embargo, en casos posteriores, algunos tribunales concluyeron que la Protección y Seguridad Plena puede ir más allá e incluir hostigamiento o el ejercicio abusivo del poder de policía por parte del Estado¹⁸ o incluso abarcar la estabilidad del marco jurídico de la inversión.¹⁹ Otros tribunales arbitrales han precisado que la seguridad

¹⁶ Ver por ejemplo, *Wena Hotels c. Egipto*, Laudo CIADI (Leigh, Fadlallah, Wallace), 8 de diciembre de 2000; *AMT c. Zaire*, Laudo CIADI (Sucharitul, Golsong, Mbaye), 21 de febrero de 1997; *AAPL c. Sri Lanka*, Laudo CIADI (El-Kosheri, Goldman, Asante), 27 de junio de 1990.

¹⁷ Ver por ejemplo *El Paso c. Argentina*, Laudo CIADI (Caflich, Bernardino, Stern), 31 de octubre de 2011, párr. 524:

“El Paso no especificó o determinó la obligación de actuar contra un tercero que supuestamente violó la Argentina conforme al TBI: todos los actos impugnados que supuestamente violan el estándar de plenas protección y seguridad son directamente atribuibles al GA, y no a ningún tercero. En la especie, ninguna de las medidas impugnadas por El Paso fueron adoptadas por un tercero; provinieron todas del Estado mismo. Por consiguiente, estas medidas sólo deberán evaluarse a la luz de los demás estándares del TBI, y no se pueden analizar desde el ángulo de las plenas protección y seguridad.” Ver también *Gemplus et. al. c. México*, Laudo CIADI (Fortier, Magallón, Veeder), junio 16 de 2010, Parte IX, párr. 9-12.

¹⁸ Ver por ejemplo, *Saluka c. República Checa*, Laudo CNUDMI (Watts, Fortier, Behrens), 17 de marzo de 2006, párrs. 494-496: “According to the Claimant, these police actions were illegal and violated Nomura’s fundamental rights to the inviolability of privacy and home, to the protection against unauthorised interference with its privacy and unauthorised gathering of data, and to the protection of ownership rights....Consequently, having been granted the relief petitioned for, the Claimant can no longer be aggrieved. The Tribunal, without going into the relevance of the distinction between Nomura and Saluka in this context, therefore finds that, on this account also, the Czech Republic cannot be found to have violated its Treaty obligation to accord “full protection and security” to Saluka’s investment.” Ver también *Vivendi c. Argentina*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Bernal, Rowley), 20 de agosto de 2007, párr. 7.4.17: “Por lo tanto, la protección y plena seguridad (o protección y seguridad plenas) puede aplicarse con un alcance más amplio que la seguridad física de un inversor o sus bienes, puesto que cualquiera de ellos podría verse sujeto a un acoso, sin sufrir un daño físico o ser secuestrado.

¹⁹ Ver por ejemplo, *Biwater Gauff Ltd c. Tanzania*, Laudo CIADI (Born, Landau, Hanotiau), 24 de julio de 2008, párr. 729: “The Arbitral Tribunal adheres to the Azurix holding that when the terms “protection” and “security” are

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

física de la inversión debe también incluir el derecho a gozar de los mecanismos o acciones legales necesarias para obtener una reparación por el daño físico ocasionado.²⁰

18. En el caso que nos ocupa durante la audiencia, las partes podrían presentar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandante (Invex del Oriente)	Demandada (República del Pacífico)
1. La Protección y Seguridad Plena no sólo protege al inversionista y a su inversión ante cualquier daño físico, sino también contra el abuso del poder de policía (Ver el asunto <i>Saluka c. República Checa</i>).	1. La República del Pacífico no ha vulnerado la Protección y Seguridad Plena pues la seguridad física del inversionista y de su inversión no han sido objeto de daño alguno por parte de terceros o por parte de las autoridades del Estado.
2. La Protección y Seguridad Plena exige que se proporcionen mecanismos o acciones legales para proteger y reivindicar los derechos del inversionista y su inversión. La Agencia Nacional de Salud tomó la decisión de cerrar la planta de producción de Invex del Pacífico sin permitirle que expresara su posición, sin que pudiese pedir la adopción de otras medidas menos gravosas, y sin tener la posibilidad de ofrecer	2. Ni la integridad física del inversionista ni de la inversión estuvieron en peligro físico por parte del Estado, sino simplemente sujetos a los efectos propios y razonables de la actividad regulatoria del Estado en materia de salud pública.
	3. Invex del Pacífico (el inversionista) tuvo oportunidad

qualified by “full”, the content of the standard may extend to matters other than physical security. It implies a State’s guarantee of stability in a secure environment, both physical, commercial and legal. It would in the Arbitral Tribunal’s view be unduly artificial to confine the notion of “full security” only to one aspect of security, particularly in light of the use of this term in a BIT, directed at the protection of commercial and financial investments.” Ver también *Azurix c. Argentina*, Laudo CIADI (Sureda, Lalonde, Martins), 14 de julio de 2006, párr. 408; *CME c. República Checa*, Laudo parcial SCC (Kuhn, Schwebel, Handl), 13 de septiembre de 2001, párr. 613.

²⁰ Ver por ejemplo, *Frontier Petroelum c. República Checa*, Laudo CNUDMI (Williams, Alvarez, Schreuer), 12 de noviembre de 2010, párr. 263: “But, there are also authorities which show that the principle of full protection and security extends beyond protection against physical violence to legal protection for the investor. Contrary to Respondent’s assertions, it is apparent that the duty of protection and security extends to providing a legal framework that offers legal protection to investors – including both substantive provisions to protect investments and appropriate procedures that enable investors to vindicate their rights.” Ver también *AWG Group c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 173; *Suez et. al. c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 173; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tajikistan*, Laudo Parcial SCC (Hertzfeld, Happ, Zykin), 8 de junio de 2010, párr.246; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Laudo CIADI (Lew, Lalonde, Levy), 11 de septiembre de 2007, párrs. 360,361.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

cumplimiento voluntario que no impactara la continuidad de sus operaciones.	de discutir la decisión del Tribunal Nacional de anular las patentes y el cierre de su planta de producción. Solo era una medida cautelar de duración limitada que no se había notificado al inversionista con antelación para no comprometer su efectividad.
---	---

Expropiación ilegal

19. El APPRI entre la República del Oriente y la República del Pacífico, en su Artículo III (1) dispone lo siguiente:

Ninguna Parte Contratante expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, o tomará medidas equivalentes en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, salvo que sea:

(a) por causa de utilidad pública;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) con apego al principio de legalidad y al debido proceso; y

(d) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización.

20. En términos generales, la protección contra la expropiación ilegal (directa o indirecta), protege al inversionista contra la privación sustancial del valor o de la viabilidad de su inversión sin el cumplimiento de requisitos del tratado de inversiones respectivo.²¹ En otras palabras, bajo el derecho internacional de inversiones no está prohibida la expropiación, sino aquella que no cumple con las garantías mínimas para la propiedad

²¹ Ver por ejemplo *Burlington Resources c. Ecuador*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), 14 de diciembre de 2012, párr. 396: “When assessing the evidence of an expropriation, international tribunals have generally applied the sole effects test and focused on substantial deprivation.” Ver también *AWG Group c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 134; *Suez et. al. c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 134; *Tecmed c. México*, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 115.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

establecidas en el derecho internacional, en particular, el BIT. En algunos casos, los tribunales arbitrales han estudiado reclamos sobre la totalidad de la inversión,²² mientras que otros han aceptado reclamos sobre parte de la misma.²³

21. La determinación de la privación (“*taking*”) es objetiva y puede abarcar tanto el impacto de la medida sobre la inversión como su duración.²⁴ Bajo este entendido, y salvo que el tratado de inversiones lo exija (e.g. CAFTA-DR), un número importante de tribunales ha hallado que la expropiación puede presentarse incluso en ausencia de intención expropiatoria (la llamada “*sole effects doctrine*”).²⁵

22. Dicho lo anterior, una vez concluido que existe la expropiación, algunos tribunales han analizado si la medida expropiatoria está justificada bajo el derecho internacional en el poder de policía o regulatorio de un Estado, particularmente en materia impositiva, de

²² Ver por ejemplo *Telenor v. Hungary*, Laudo CIADI (Goode, Allard, Marriott), 13 de septiembre de 2006, párr. 67: “The Tribunal considers that, in the present case at least, the investment must be viewed as a whole and that the test the Tribunal has to apply is whether, viewed as a whole, the investment has suffered substantial erosion of value.”

²³ Ver por ejemplo, *Waste Management v. Mexico*, Laudo CIADI (MA), 30 April 2004, paras. 141: “It is open to the Tribunal to find a breach of Article 1110 in a case where certain facts are relied on to show the wholesale expropriation of an enterprise but the facts establish the expropriation of certain assets only.”

²⁴ Ver por ejemplo, *Glamis Gold c. EEUU*, Laudo CNUDMI (Young, Caron, Hubbard), 8 de junio de 2009, para. 356: “In the case of an indirect taking or an act tantamount to expropriation such as by a regulatory taking, however, the threshold examination is an inquiry as to the degree of the interference with the property right. This often dispositive inquiry involves two questions: the severity of the economic impact and the duration of that impact.” Ver también

Telenor c. Hungría, Laudo CIADI (Goode, Allard, Marriott), 13 de septiembre de 2006, párr. 70.

²⁵ Ver por ejemplo, *Vivendi c. Argentina*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler Bernal, Rowley), 20 de agosto de 2007, párr. 5.3.24: “Las Demandantes alegan que para establecer si una privación de propiedad constituye una expropiación es especialmente importante examinar el efecto que haya suscitado ese acto en los derechos de los inversionistas. Los efectos constituyen un factor decisivo, y es un principio firmemente establecido que la intención o falta de intención de expropiar que tenga el Gobierno no es un factor fundamental.” Ver también *Tecmed c. México*, Laudo CIADI-MA (Grigera Naón, Fernández, Bernal). Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 116.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

salud o del medio ambiente.²⁶ Algunos tribunales han ido más allá precisando que el poder de policía o regulatorio del Estado sólo justifica la medida expropiatoria si es ejercida legítimamente.²⁷

23. En el caso que nos ocupa durante la audiencia las partes podrían enfocar sus argumentos de la siguiente manera:

Demandante (Invex del Oriente)	Demandada (República del Pacífico)
1. La República del Pacífico violó la protección contra la expropiación ilegal de inversiones bajo el APPRI como resultado de la conducta de los órganos del Estado. Invex del Pacífico era una compañía cuya ventaja comparativa era la investigación y desarrollo de productos agrícolas resistentes a plagas y enfermedades sobre los cuales obtuvo patentes. La anulación de sus patentes por el Tribunal Nacional no obstante las promesas del Estado sobre la coherencia de su actividad empresarial en el régimen legal interno, redujo sus activos en 40% de un día para otro.	1. La inversión del inversionista no incluía sólo las patentes anuladas, sino Invex del Pacífico. Las patentes anuladas por el Tribunal Nacional sólo comprendían el 40% de la inversión. La gran mayoría de sus activos (60%) no fueron afectados por la decisión del Tribunal Nacional. 2. Invex del Pacífico no sólo producía, sino también comercializaba y distribuía productos agroindustriales. Para ello, compraba el 60% de su producción de los excedentes agrícolas generalmente disponibles en el mercado local. Por esta razón el cierre de su centro de

²⁶ Ver por ejemplo *Burlington Resources c. Ecuador*, Laudo CIADI (Kaufmann-Kohler, Stern, Orrego Vicuña), 14 de diciembre de 2012, párr. 506: “Burlington argues that the takeover of the Blocks constituted a direct expropriation of its investment. Ecuador does not object to reviewing the takeover under the standard applicable to direct expropriation and the Tribunal agrees. Accordingly, a State measure constitutes expropriation under the Treaty if (i) the measure deprives the investor of his investment; (ii) the deprivation is permanent; and (iii) the deprivation finds no justification under the police powers doctrine. Ver también *Chemtura c. Canadá*, Laudo CNUDMI (Kaufmann-Kohler, Brower, Crawford), 2 de agosto de 2010, párr. 147; *AWG Group c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 147; *Suez et. al. c. Argentina*, Laudo CIADI (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), 30 de julio de 2010, párr. 147; *Saluka c. República Checa*, Laudo CNUDMI (Watts, Fortier, Behrens), 17 de marzo de 2006, párr. 255.

²⁷ *Tza Yap Shum c. Perú*, Laudo CIADI (Kessler, Otero, Fernández-Armesto), 7 de Julio de 2011, párr. 145: “Aun cuando se presenta la privación total o sustancial, no siempre resulta en el deber de compensar al inversionista. Las fuentes de derecho internacional han concluido frecuentemente que no ha lugar la responsabilidad del Estado cuando actúa en ejercicio de su poder de policía y de forma razonable y necesaria para la protección de la salud, la seguridad, la moral o el bienestar público.” Ver también *Tecmed c. México*, Laudo, 29 de mayo de 2003, párrs. 119, 120.

CONFIDENCIAL

Análisis del Caso – Documento Exclusivo para Árbitros

2. El cierre injustificado de su planta de producción por razones arbitrarias impidió la operación de la compañía durante 6 meses, comprometiendo su viabilidad operativa y destruyendo su reputación en un mercado altamente competitivo. 3. Las acciones de la República del Pacífico no son justificables a la luz del estado de necesidad, tal como viene siendo contemplado en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, adoptados por la CDI en 2001.	producción no impactó toda su operación particularmente la de intermediar y distribuir los excedentes en el mercado local. 3. La medida de cierre de sus operaciones fue temporal, y durante ese tiempo la compañía pudo mitigar los daños supliendo las órdenes de compra pendientes a través de centros de abastecimiento de Invex Holdings en otros países. 4. La protección de la salud pública nacional constituye un interés general que amerita su protección con medidas excepcionales, conforme con las reglas sobre el estado de necesidad reconocidas en derecho internacional.
--	---