

Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión
Washington, D.C. - Marzo 17-21 de 2016

Caso Hipotético

ButanoOne Corp. c. República de Butanolandia

I. Los Hechos

1. OilOne Inc. es una compañía petrolera constituida bajo las leyes del Estado de Megaoil. OilOne se especializa en la exploración, extracción, refinamiento y transporte de petróleo y gas a nivel mundial. Después de un exhaustivo análisis de potenciales mercados petroleros y gaseros, OilOne decidió invertir en el Estado de Butanolandia debido a que es el segundo país más rico del mundo en petróleo y gas y debido a sus recientes reformas legislativas sobre estos recursos. Estas reformas liberalizaron su mercado de hidrocarburos como último eslabón de los numerosos cambios al régimen de hidrocarburos habidos en la corta historia moderna del país.
2. Butanolandia es un país organizado con un régimen federal de gobierno. De acuerdo con la Constitución de Butanolandia, todos los recursos naturales pertenecen a la Nación y el Gobierno Federal tiene la autoridad exclusiva para regular las condiciones para la exploración, extracción y producción de los recursos naturales del país. Además, de acuerdo con la Constitución, sólo el Gobierno Federal puede otorgar concesiones al sector privado.
3. En el año 2011, Butanolandia decidió privatizar algunas de las empresas de propiedad estatal en este sector con el fin de modernizar su industria y generar nuevos empleos.
4. Para llevar a cabo las privatizaciones, Butanolandia adoptó varias medidas para atraer la inversión extranjera, incluyendo una nueva Ley de Hidrocarburos en febrero de 2011. Esta Ley de Hidrocarburos otorgaba al Ministerio de Energía la competencia reguladora sobre las actividades de exploración y explotación llevadas a cabo por todas las compañías privadas titulares de concesiones de petróleo y gas. El Ministerio de Medio Ambiente recibía la competencia de supervisar la correcta aplicación de la ley. Adicionalmente, la nueva ley otorgaba considerables beneficios fiscales a los concesionarios y les cobraba regalías relativamente bajas respecto del retorno generado por las concesiones. Por último,

de acuerdo con la nueva ley, cada provincia de Butanolandia obtuvo la competencia exclusiva para otorgar y revocar los permisos que permitieran la comercialización de los yacimientos de petróleo y gas ubicados en sus respectivos territorios.

5. Asimismo, Butanolandia mejoró su marco normativo para ofrecer un entorno más favorable a los inversores extranjeros. Como parte de este programa, durante el año 2011, el país concluyó veinticinco tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras (“TBI”) con países desarrollados y en vías de desarrollo. Además, en este año ratificó varias convenciones internacionales, como el Convenio Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”), el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) (“Convenio MIGA”) y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Todos estos tratados entraron en vigencia entre los meses de junio y diciembre de 2011.
6. Con este nuevo marco normativo, Butanolandia anunció en junio de 2011 su intención de otorgar varias concesiones en el sector del petróleo y gas. Ansiosa de invertir, ese mismo mes de junio, OilOne Inc. envió un equipo directivo de primer nivel para llevar a cabo una evaluación de debida diligencia del clima de inversiones del país. Posteriormente, participó en una licitación y, el 20 de octubre de 2011, recibió una concesión por un período de 30 años para explorar y explotar el petróleo y gas de la provincia de Masaya.
7. De acuerdo con las condiciones de la concesión, OilOne Inc. transfirió todos sus derechos a ButanoOne Corp. (“BOC”), una sociedad constituida bajo las leyes de Butanolandia, pero bajo el control de OilOne Inc. Pocos meses después de la transferencia, y para maximizar sus beneficios tributarios, OilOne Inc. cedió el control directo y la administración de BOC a una de sus empresas subordinadas, Offshore Exploration Inc. (OffShore). OffShore estaba constituida en el Estado de las Islas Paraíso y operaba bajo las leyes de ese país. Las Islas Paraíso no tenían relaciones diplomáticas con Megaoil y Butanolandia. Conforme a lo solicitado por la oferta, BOC llevó adelante todos los pasos necesarios para iniciar la fase de exploración de la concesión. Bajo el contrato de concesión, se acordó que la fase de exploración durase tres años. Sin embargo, también se acordó que, en vistas del tamaño del área a explorar, este plazo podría ampliarse. La concesión no especificó los términos y condiciones para la obtención de la prórroga.
8. Para la fase de exploración, BOC importó equipos costosos y sofisticados con alta tecnología para ser utilizados en el área de exploración. BOC pagó inicialmente los impuestos de importación a Butanolandia, conforme con el régimen general para este tipo de importaciones. En este país, las tarifas que tienen que pagar todas las empresas – nacionales y extranjeras – por importar equipos de alta tecnología usados en el sector de

los hidrocarburos ascienden al 80% de su valor de adquisición. En este caso, las tarifas que pagó BOC ascendieron a US \$25.3 millones. La empresa pagó estas cantidades porque el gobierno le había anunciado a BOC que a la vista de la relevancia estratégica de su inversión adoptaría una excepción para la empresa y le devolvería las cantidades pagadas en concepto de “devolución de adelantos por régimen temporal”.

9. Siguiendo la excepción acordada entre el gobierno y BOC, la empresa solicitó oportunamente el reembolso de todas las tarifas pagadas por la importación de su nuevo equipo y maquinarias. En enero de 2012, las autoridades fiscales de Butanolandia concedieron el reembolso, pero cuatro meses más tarde revocaron la decisión y exigieron la devolución de los impuestos reembolsados. Las autoridades argumentaron que no era posible efectuar reembolsos o devoluciones a compañías que no se dedicaban a actividades de manufactura en Butanolandia.
10. En abril de 2012, BOC identificó un yacimiento de gas en la provincia de Masaya (el “yacimiento de Masaya”). De acuerdo con los términos de la concesión, BOC tenía el derecho de iniciar la explotación del yacimiento de Masaya pero necesitaba obtener un permiso de las autoridades de la provincia con el fin de producir y comercializar el gas. Las autoridades provinciales otorgaron el permiso de producción y comercialización por veinte años. Los términos del permiso requerían que BOC presentara informes financieros anuales y que cumpliera con las normas ambientales de la provincia. De conformidad con los términos de la concesión, en ese momento, BOC también estaba obligada a iniciar un programa de inversiones por un monto de US \$40 millones.
11. En abril de 2014, se produjo una crisis financiera en los mercados internacionales y al mes siguiente se celebraron elecciones presidenciales en Butanolandia. Durante la campaña presidencial, el principal candidato de la oposición, el Sr. Calvo, criticó las concesiones de petróleo y gas otorgadas por el gobierno. Según el Sr. Calvo, las concesiones se obtuvieron mediante corrupción. También argumentó que las concesiones violaban los derechos soberanos del país ya que el petróleo y el gas eran parte del valioso patrimonio nacional de todos los butanenses y no podían ser cedidos a entidades extranjeras cuyo único interés era la explotación de los recursos naturales no renovables de Butanolandia para su propio enriquecimiento.
12. Al mismo tiempo surgieron en la provincia movimientos sociales contrarios a los intereses de BOC. Estos movimientos consistieron en manifestaciones en lugares públicos y ante las oficinas de BOC. En algunas ocasiones, estos eventos impidieron al personal de BOC el acceso a sus lugares de trabajo. Las manifestaciones eran incitadas por grupos ambientalistas que argumentaban que los trabajos de exploración fueron desarrollados de una manera perjudicial para el medio ambiente y las comunidades indígenas asentadas en las cercanías. De hecho, en mayo de 2014, la Secretaría del Medioambiente de

Butanolandia, autoridad técnica en la materia, advirtió de la incipiente pero creciente degradación de humedales y recomendó que se ordenara la suspensión de actividades productivas con base en el principio precautorio. También se presentaron frecuentemente acusaciones que afirmaban que la concesión y el permiso habían sido otorgados como resultado de un desequilibrio en el poder negociador de las partes y métodos corruptos.

13. En julio de 2014, el Sr. Calvo fue elegido Presidente de Butanolandia. Él impulsó la sanción de una ley, adoptada en agosto de 2014, para dar estabilidad a la economía del país y luchar contra la inseguridad generada por la crisis económica existente (“Ley de Estabilización de 2014”). La Ley de Estabilización de 2014 eliminó algunos de los beneficios regulados en la Ley de Hidrocarburos de 2011. En particular, se eliminaron los beneficios fiscales concedidos a las compañías concesionarias de petróleo y gas. Asimismo, aumentó considerablemente las regalías que debían pagar dichos concesionarios. El gobierno necesitaba los ingresos para modernizar las fuerzas de seguridad y contratar a más personal en la Administración de Justicia.
14. En agosto de 2014, el gobierno creó una compañía estatal, llamada Butanolandia S.A., para la exploración y explotación de petróleo y gas dentro del país. A partir de ese momento, todas las concesiones del yacimiento de Masaya fueron otorgadas exclusivamente a Butanolandia S.A. Asimismo, las autoridades de Masaya concedieron un permiso de 20 años a Butanolandia S.A. para la comercialización de un yacimiento de gas dentro de la provincia. El permiso no estaba sujeto a ninguna condición. Adicionalmente, el gobierno federal, a través del Ministerio de Minas, se abocó a la tarea de adquirir las concesiones privadas otorgadas durante la administración anterior. En este contexto, el Ministro de Minas contactó a BOC y, en respuesta, ésta notificó al gobierno que no estaba interesada en la venta de los derechos adquiridos en virtud de la concesión.
15. Durante los siguientes meses, el gobierno del Sr. Calvo llevó a cabo cambios importantes respecto a las inversiones extranjeras, pues calificaba a la política existente como “un enfoque muy liberal a favor de los inversionistas extranjeros”. En este sentido, el 31 de diciembre de 2014, Butanolandia notificó a la Secretaría del CIADI su decisión de denunciar el Convenio CIADI. El gobierno también hizo público que el país podría revisar y modificar su programa de tratados bilaterales de inversión.
16. El 3 de octubre de 2014, BOC recibió una carta del Ministerio de Minas indicando que si la compañía quería ampliar el plazo de tres años concedido inicialmente para continuar con sus trabajos de exploración en la provincia de Masaya, BOC debía solicitar la prórroga de dicho plazo dentro de los dos meses siguientes. Para ello, BOC debía presentar un programa detallado indicando el trabajo de exploración realizado hasta la fecha dentro del área de concesión, el tipo de trabajo que la compañía pretendía llevar adelante dentro de

los próximos cinco años y una actualización detallada de su programa de inversión.

17. Aunque BOC había localizado solamente un yacimiento de gas, se mostró confiada en que podría identificar otros yacimientos en vista del tamaño de la zona de concesión. En consecuencia, decidió solicitar la extensión y envió, dentro de la fecha límite, la información solicitada por el Ministerio de Minas.

18. En diciembre de 2014, BOC presentó su informe anual financiero a las autoridades provinciales como era requerido por los términos del permiso de comercialización. El 1 de febrero de 2015, las autoridades provinciales enviaron una carta a BOC indicando que:

“ [p]or la presente denegamos la extensión del permiso de comercialización solicitado ya que el procedimiento utilizado por la compañía en sus operaciones de exploración ha creado serios riesgos a la salud de los habitantes de la provincia de Masaya así como a la flora y fauna de la zona. Dichas actividades constituyen una violación de la legislación nacional y provincial vigente sobre la protección de la salud de sus habitantes y del medio ambiente”.

19. Durante ese mismo período, las autoridades locales iniciaron acciones legales contra la administración del gobierno saliente, así como contra el gerente director de BOC. En sus denuncias, las autoridades locales alegaron que en julio de 2011 representantes de OilOne Inc. habían celebrado una gran cena para celebrar la llegada de la compañía al país y a la que asistieron representantes del Estado y del sector privado. Durante la cena, y por el mero hecho de asistir a la misma, todos los asistentes participaron en la rifa de un paquete turístico que incluía traslado, hospedaje y viáticos al casino Gran Lisboa en Megaoil. El afortunado ganador fue el Presidente de la Asociación Nacional de Hidrocarburos, quien bajo la Ley de Hidrocarburos emite informes no vinculantes sobre las empresas que participan en las licitaciones. En agosto de 2015, tras un proceso, la autoridad competente en única instancia falló a favor de las autoridades locales hallando que la conducta de OilOne Inc. tuvo como fin obtener el favor de funcionarios del gobierno. OilOne presentó un recurso extraordinario de tutela ante la Corte Constitucional. La Corte Constitucional suele elegir para revisión menos del 5% de los fallos y únicamente cuando involucren conductas que socavan la legitimidad de las instituciones públicas, atentan contra la sociedad, el orden moral y la justicia. A la fecha la Corte no se ha pronunciado sobre si revisará el fallo.

20. El 21 de marzo de 2015, BOC recibió también una carta del Ministro de Minas negándole la extensión de la fase de exploración, principalmente debido a que:

“[e]l peticionario no cumplió con los requisitos necesarios en virtud de las normas federales de medio ambiente y no ha cumplido con el programa de inversión de acuerdo con los términos de la concesión”.

En su carta, el Ministro de Minas solicitó a BOC que retirara toda su maquinaria y equipos y que devolviera el yacimiento de Masaya al gobierno.

21. El 28 de marzo de 2015, BOC notificó a Butanolandia la existencia de una controversia entre ambas partes y de su intención de iniciar negociaciones para solucionar esta controversia de acuerdo con el Tratado Bilateral de Inversión Megaoil-Butanolandia de 2011. BOC no recibió respuesta alguna del gobierno.
22. El 29 de junio de 2015, BOC presentó una solicitud de arbitraje contra Butanolandia bajo el Convenio CIADI por presuntas violaciones al TBI.

II. La Ley aplicable al arbitraje

23. En el año 2011, Megaoil y Butanolandia concluyeron un Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI Megaoil-Butanolandia”), que entró en vigencia el 1 de junio de 2011. Este Tratado (Anexo) define las nociones de inversionista (artículo I.3), inversión (artículo I.4), los estándares de protección de las inversiones (artículos II, III y IV), una cláusula de orden público (artículo V) y el mecanismo de solución de controversias entre inversor y Estado (artículo IX).
24. En el momento de otorgamiento de la concesión, ambos países eran partes del Convenio CIADI. Sin embargo, el 31 de diciembre de 2014, Butanolandia denunció el Convenio CIADI.

III. El procedimiento arbitral

25. El 1 de agosto de 2015, el CIADI registra la solicitud de arbitraje entablada por BOC en contra de Butanolandia sin perjuicio de los poderes que el tribunal arbitral tiene bajo el Artículo 41 del Convenio CIADI. El 11 de noviembre de 2015, se constituye 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.
26. El 10 de diciembre de 2015, el árbitro propuesto por la demandante, Pedro Pérez López, remite un escrito a las partes y a los demás miembros del tribunal informando que el despacho de abogados para el que trabaja, Abogados Asociados, acaba de anunciar su

fusión con otro despacho de prestigio internacional, llamado Lawyers United LLP. Pérez López manifiesta al respecto que sólo en el momento en que se produjo el anuncio de la fusión supo que en la nueva firma habían tres profesionales que estaban trabajando como abogados consejeros en otros dos arbitrajes entablados por otra empresa en contra de Butanolandia. Uno de ellos bajo el Convenio CIADI y el otro conforme al Reglamento CNUDMI. El árbitro Pedro Pérez López afirma rotundamente que esta nueva circunstancia no va a tener ningún impacto sobre su capacidad de servir con plena independencia e imparcialidad en el presente caso. Butanolandia sin embargo, expresa seguidamente su deseo de objetar la imparcialidad e independencia del árbitro.

27. El tribunal emite la Orden Procesal No. 1, en que invita a las partes a presentar, a más tardar el 10 de diciembre de 2015 (demandante) y el 30 de enero de 2016 (demandada), sus observaciones sobre los siguientes puntos:

- a) Posición de las partes sobre la declaración del árbitro acerca de la fusión de su despacho con Abogados Unidos, LLP.
- b) Efectos de la denuncia del Convenio CIADI sobre la competencia del tribunal.
- c) Efectos de los procesos judiciales domésticos sobre la competencia del tribunal.
- d) La existencia de una inversión en el sentido de las normas aplicables a este caso.
- e) 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.
- f) 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.
