

VI Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión
Bogotá, Colombia

INDICE

| | |
|---------------------------------|----|
| LISTADO DE REFERENCIAS..... | i |
| LISTADO DE ABREVIACIONES | vi |
| EXPOSICIÓN DE LOS + (& + 2 6 « | |
| ARGUMENTOS LEGALES..... | O |

A. Argumentos sobre Jurisdicción

| | |
|---|----|
| 1. GEM Corp. es sujeto legitimado para actuar ante el CIADI como parte demandante.. | 1 |
| a) GEM Corp. es nacional de la República del Pacífico..... | 1 |
| b) GEM Corp. es inversionista conforme el TCE..... | 1 |
| 2. Existencia de una inversión protegida..... | 2 |
| a) Existencia de una inversión conforme el artículo 1 (6) del TCE..... | 2 |
| · No es un requisito esencial que la inversión se haya realizado conforme a las leyes de RFO..... | 5 |
| · La existencia de una inversión relacionada con una actividad económica en el sector de energía de acuerdo al TCE..... | 5 |
| b) Existencia de una inversión bajo el artículo 25(1) del Convenio CIADI y la controversia es de naturaleza jurídica..... | 6 |
| 3. Las inversiones realizadas por GEM. Corp. no quedan desprotegidas por la terminación de la aplicación provisional del TCE..... | 7 |
| 4. Inaplicabilidad de la cláusula de denegación de beneficios..... | 9 |
| a) Improcedencia de la denegación de beneficios como objeción en materia jurisdiccional..... | 9 |
| b) El efecto prospectivo del ejercicio del derecho a la denegación de beneficios frente la inversión..... | 10 |
| c) Tercer Estado como Estado no parte..... | 11 |
| (iv) (Los elementos del artículo 17 Q R V H Y H Q F R Q I L J X U D G R V H Q H O S U | |
| a) No se configuran los elementos del artículo 17 (1)..... | 12 |
| b) No se configuran los elementos del artículo 17 (2)..... | 13 |

5. El consentimiento de las partes de acudir al CIADI (jurisdicción *ratione voluntatis*).14

B. Cuestiones de Fondo de la Controversia.....16

1. RFO ha violado la obligación del artículo 13(1) TCE sobre la prohibición de expropiación..... .16

 a) La inversión de GEM Corp. está protegida por el artículo 13(1) del
 7 & (« « «

 b) Las medidas adoptadas por RFO han resultado en la expropiación indirecta del GdO.....18

 c) Violación de las legítimas expectativas de GEM Corp.....20

 d) La gravedad del impacto de las medidas adoptadas por la RFO a GEM Corp..22

 e) El carácter de las medidas tomadas por la RFO.....23

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

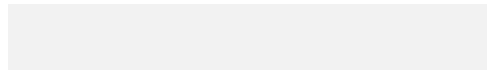
 ii. La RFO pudo actuar de manera menos gravosa.....24

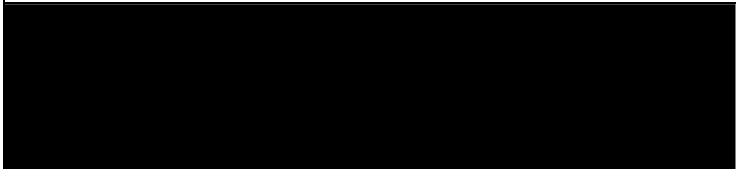
 iii. Las medidas tomadas por la RFO son desproporcionadas.....24

2. Violación del estándar de Trato Justo y Equitativo bajo el TCE..... 39

C.

I. LISTADO DE REFERENCIAS



| | |
|--|--|
| <p>http://www.arbitration-icca.org/media/4/43096502954185/media012223892171920damages_in_the_international_arbitration_paper.pdf</p> | |
| <p>CMS c. Argentina, (Caso CIADI núm. ARB/01/8) Decisión sobre Jurisdicción (17 de julio de 2003, párrafo. 27)</p> | <p>Citado en: 39</p> |
| <p>Holiday Inns c. Marruecos. (Caso del CIADI No. ARB/72/1). Decisión sobre Jurisdicción (12 de mayo 1974).</p> |  |
| <p>Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Reino de España, Caso Cámara de Comercio de Estocolmo núm. 153/2013, Laudo de 12 de julio de 2016.</p> | <p>Citado en: 128</p> |
| <p>Petrobart Limited c. República Kirguisa, Caso Cámara de Comercio de Estocolmo núm. 126/2003, Laudo del 29 de marzo</p> <p>G H ‡ 3 H W U</p> | |

Middle East Cement Shipping and
Handling Co. c. Arab Republic of
Egypt, (Caso CIADI núm.

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

| | |
|--|--------------------------|
| <p>SANTOS DÁVALOS, Oswaldo (2014) Introducción a la Evaluación de Daños con Aplicación al Arbitraje, Revista Ecuatoriana de Arbitraje.</p> | <p>Citado en: 128</p> |
| <p>CHRISTOPH H. SCHREUER with LORETTA MALINTOPPI, AUGUST REINISCH, ANTHONY SINCLAIR. (2009). THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States . United Kingdom: Cambridge University Press.</p> | <p>Citado en: 132</p> |
| <p>Amado, J. y Amiel, B. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras.</p> <p>Álvarez, GreW⁹BO gb4axla3 ()TJE</p> | <p>Citado en: 47, 90</p> |

THE ICSID CONVENTION: A
COMMENTARY A Commentary
on the Convention on the
Settlement of Investment Disputes
between States and Nationals of
Other States . United Kingdom:
Cambridge University Press.

| | |
|---|------------------|
| Law (2008). | |
| Reyes, Mario (2005) El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos | Citado en: 1 y 8 |
| Pérez, Yaritza (2012) Objeciones A La Jurisdicción Arbitral Del Ciadi | Citado en 2 y 5 |
| Alexandrov, Stanmir y Durán, Carolina (2014) El Tratado De La Carta De Energía: Un Modelo Exitoso De Acuerdo Multilateral Para La Protección De Inversiones | Citado en 14 |

(Schreuer, C., Binder. C.,

| | |
|---|----------------|
| Inversión Internacional para el Desarrollo | |
| Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo Y del Consejo de 23 de Abril de 2009 Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo Y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado inte 0.48 ref9 r TJE5(g7(mn el)tural | Citado en: 117 |

II. LISTADO DE ABREVIACIONES

| Abreviatura | Definición |
|-------------|---|
| AOMS | Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas |

III. EXPOSICIÓN DE HECHOS

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

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

3. El 13 de julio de 2007 GEM Corp. constituyó la sociedad de propósito especial Gasoducto de Occidente S.p.A. (GOSPA), con un capital de US \$10.000 millones. A través de GOSPA, GEM Corp. negoció un contrato de suministro del gas con la principal empresa generadora de energía eléctrica de RFO Generadora de Gas Inc.

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

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

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

8. El 15 de marzo de 2016, la Comisión de Regulación de Competencia, emitió una notificación que solicitaba a GEM Corp. vender su participación accionaria en GOSPA por tener

X Q D ‡ S R V L F L y Q G R P L Q D Q W H · H Q H O P H U F D G R D V t F R
Gasoducel quñ.04q0.00000912 0 612 79 0 0 1 72 6F1 culmin04q 72 6F1 culmin04q 72 6F1 culmin04q 72 6F1 c

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

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

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

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

A. Argumentos sobre Jurisdicción

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

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

6. (O D U W t F X O R E G H O & R Q Y H Q L R & , \$ ' , G H I L que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este & R Q Y H Q L R S R U H V W D U V R P H W L G D V D F R Q W U R O H [W U D

7. Por su parte, el artículo 7 (2) del TCE define al inversor, en cuanto a las personas jurídicas, F R P R † O D H P S U H V D X R W U D R U J D Q L] D F L y Q n F a R a c e V W L W X L & R Q W U D W D Q W H .

8. 6 H J ~ Q " O Y D U H] " Y L O D † F X D O T X L H U S H U V R Q D M de las partes sea nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte a la diferencia, podrá presentar una solicitud de arbitraje . S X H V H O † F R Q Y H Q L R Q R L Q G L F D Q D F L R Q D O L G D G G H X Q D S H U V R Q D M X U t G L F D . * D CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DEL CIADI. Diciembre 12, 2018, de UNAM).

9. La nacionalidad de una persona jurídica puede ser determinada de varias maneras, pero el criterio constante, usual y tradicional es aquel que se refiere al lugar donde ha sido constituida la sociedad. Ejemplo efectivo de esto es el caso de SOABI c. Senegal, dónde el tribunal estipula lo V L J X L H Q W H E X Q † (O K D R E V H U Y D G R T X H O D & R Q Y H Q F L y Q deja a cada Estado la facultad de determinar si una compañía es poseedora de su nacionalidad o no. Como regla general, el Estado aplica cualquiera de los criterios de oficina principal (casa

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

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

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

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

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

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

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

18. 1

21.

24. (O DUWtFXOR GHILQH XQD LQYHUVLyQ FRPR †F
GLUHFWD R LQGLUHFWDPHQWH SRU XQ LR

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

33.

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

37. Para que una disputa surja directamente de una inversión, la conducta supuestamente injusta del gobierno no tiene por qué ser dirigida contra la propiedad física del inversionista. El UHTXLVLR μGLUHFWR ¶ VHFXP SOH VL OD GLV SXWD VX de su inversión, como en el presente caso. (Tokios Tokeles c. Ukraine, párrafo. 91)

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

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

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

43. (O D U W t F X O R G H O D V 5 H J O D V G H O & , \$ ' , H V W D E acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho L Q W H U Q D F L R Q D O S U L Y D G R \ D T X H O O D V Q R U P D V G H G I

44. (O D U W t F X O R G H O 7 & (V H x D O D ‡ (Q Y L U W X G decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho , Q W H U Q D F L R Q D O D S O L F D E O H V .

45. (Q H O F D V R . D U G D V V R S R X O R V F * H R U J L D H O W internacional, este Tribunal debe decidir los asuntos en disputa entre las Partes de conformidad con las leyes y principios de derecho internacional aplicables. Es esencial en este punto citar las disposiciones relevantes de la Convenio CIADI, el TCE y TBI los que son claros y prescriptivos.

« 1 R K D \ G X G D G H T X H O D H r o d i b a f p b r y a Q P a r t e s , y a C e d e n X Q D O H FROM X Q W R F R Q X Q D O H \ Q D F L R Q D O R S R U V t V R O D (Kardassopoulos c. Georgia, párrafo 144 y 145, p. 37)

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

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

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

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

49. (O D U W t F X O R D G L V S R Q H ‡ & X D O T X L H U V L . provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al Depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte Contratante en el Tratado. La terminación de la aplicación provisional por parte de cualquier signatario surtirá efecto transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que el Depositario reciba la mencionada F R P X Q L F D F L y Q .

50. Sin embargo, con el objetivo de que mantener la protección acordada en el TCE sobre las L Q Y H U V L R Q H V U H D O L] D G D V G X U D Q W H O D Y L J H Q F L D H O caso que un signatario dé por terminada su aplicación provisional con arreglo a la letra a) del apartado 3), la obligación del signatario en virtud del apartado 1) de aplicar las Partes III y V a toda inversión efectuada en el territorio de dicho signatario por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante con anterioridad a la fecha en que surta efecto la terminación de la aplicación provisional, durante un período de veinte años a partir de dicha fecha, salvo disposición contraria F R Q D U U H J O R D O D O H W U D F .

51. Según Alexandrov y Durán, en este tipo de situación el TCE tiene como objetivo que se protejan y se respeten de manera retroactiva las inversiones hechas antes de la cancelación de la aplicación provisional del tratado, y esto aplica también para la solución de controversias. Esta G L V S R V L F L y Q ~~subsección~~ O O D P D G D ‡

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

53. El tribunal en el caso *Yukos v. Federación Rusa* fue inequívoco al establecer que el *sunset provision* se aplica no solo a las protecciones sustantivas, sino también a las disposiciones del Tratado, las obligaciones relacionadas con las inversiones, incluida la obligación de arbitrar las disputas relacionadas con las inversiones bajo la Parte V del Tratado, permanecen en vigor por un período de 20 años a partir de la fecha de vigencia de la terminación de la aplicación provisional. En el caso de la Federación Rusa, esto significa que cualquier inversión realizada en Rusia antes del 19 de octubre de 2009 seguirán beneficiándose de las protecciones del Tratado por un período de 20 años.

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

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

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

- c) La discusión sobre tercer estado como Estado no parte del TCE: En *Libananco c. Turquía* el tribunal realizó una interpretación en virtud de la CVDT para poder decidir sobre la disyuntiva de si un tercer Estado era referido o no por los redactores como un Estado parte o no parte del TCE. El tribunal, luego de considerar la declaración testimonial de un experto que había tenido participación en las negociaciones del TCE y de realizar una interpretación de la expresión en cuestión, llegó a la misma conclusión que el tribunal en *Yukos c. Federación Rusa* O D H [S U H V L y Q ‡ W H U F H U (V W D G R & R Q W U D W D Q W H V .

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

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

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

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

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

72. GEM Corp. es una empresa incorporada desde 1973 con su domicilio en Mérida, RP. GEM

77. El primer supuesto del artículo 17(2) no se ve configurado en el caso en cuestión pues tanto el Estado de la nacionalidad de GEM Corp. como RFO mantienen relaciones diplomáticas. La imposición de sanciones económica adoptadas por el Consejo de la Unión Europea contra la RP

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

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

87. De acuerdo a los criterios doctrinarios, un inversionista extranjero puede alegar que las acciones del Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan priva G R G H O E H Q H I L F L R H F R Q y P L F R T X H U D] R C su derecho a una expectativa razonable, económicamente viable e internacionalmente aceptada. (Amado, J. y Amiel, B., página 65).

88. Resulta preciso resaltar que constituye una expropiación regulatoria, ya a la vez indirecta,

‡ F X D Q G R V H W R P D X Q D P H G L G D F R Q I L Q H V U H J X O D W

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

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

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

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

93. En cuanto

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

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

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

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

98. Por igual, el motivo por el cual la CRC estaba realizando la investigación era porque según la RFO, GEM Corp. estaba teniendo una práctica monopólica, lo cual no es así, puesto que GEM Corp. únicamente se encargaba de la construcción y funcionamiento de la línea del GdO. Sin

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

100. Por todo lo anterior se evidencia que la RFO expropió indirectamente al proyecto del GdO

104. ¿Las medidas de regulación regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto (Véase el caso de *Lucas*, Estados Unidos vs. México, H Q W H párrafo 115).

105.

109. Los tribunales arbitrales del CIADI, en los casos Santa Elena y Metalclad, han sostenido sobre la doctrina *sole effect* que $\ddagger > F @ X D Q G R \quad V H \quad H [S U R S L D \quad X Q D \quad S U R$ ambientales, ya sea nacional o internacional, la obligación del Estado de pagar una indemnización $V L J X H \quad D$ Santa Elena S.A.Rc: Costa Rica, párrafo 71) $\backslash \quad T X H \quad \ddagger > H @ O \quad 7 U L E X Q D$ $G H F L G L U \quad Q L \quad F R Q V L G H U D U \quad O D \quad P R W L Y D F L y Q \quad R \quad O D \quad L Q$ (Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos., párrafo 111).

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

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

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

c) La RFO pudo actuar de manera menos gravosa.

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

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

115. Este Tribunal debe declarar que la RFO no tomó las medidas menos gravosas frente al caso debido a que pudo comportarse de otra manera sin limitar el disfrute a GEM Corp. de sus derechos

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

126.

‡ (O (V W D G R G H E H W H Q H U O D S R V L E L O L G D G G H U H
 las circunstancias y no se puede inferir que haya aceptado un congelamiento de la
 evolución de su sistema jurídico. De hecho, así lo reconoció el tribunal en CMS,
 pero esencialmente como una declaración general de principios sin efectos
 prácticos a los fines de la resolución del caso: ³ (O S U R E O H P D Q R H V T X H V H D Q
 congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a
 los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco
 por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido
 contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha
 sido desarrollado con el objetivo específico de ~~dejar~~ esos efectos jurídicos
 adversos S i U U D I R Q ~ P H U R

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

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

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

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

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

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

141.

‡ > V @ L Q H P E D U J R H O G H M X Q L R G H F X D Q G R O

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

147. Al final podemos ver, que la RFO cambió su interés desde el momento en que aprobó la nueva Ley de Impulso a la Energía Renovable y el señor Oliver Atomic ganó las elecciones presidenciales. Luego de estos hechos, el Estado se dedicó no solo a favorecer a los proyectos de inversión de energía renovable, pero a desfavorecer de forma directa a los proyectos de inversión de energía no-renovable mediante el artículo 29 (habilitando la creación de mecanismos de desincentivo) discriminando la inversión hecha por GEM Corp., que consistía en este tipo de

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

150. / D V Q R U P D V G H G H U H F K R L Q W H U Q D F L R Q D O O H U H T

5 HS ~ E O L F D G H \$ U J H Q W L Q D . H O W U L E X Q D O D S O L F y H O
 estándar del Trato Justo y Equitativo (Global Arbitration Review, p. 91), como efectivamente
 sucede en el presente caso.

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

156. El método de la reparación integral establecido en Chorzów fue acogido de los Arts. sobre
 Responsabilidad del Estado por los Hechos Internacionalmente Ilícitos emitida por la Comisión
 G H ' H U H F K R , Q W H U Q D F L R Q D O G H O D V 1 D F L R Q H V 8 Q L G D
 responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho
 internacionalmente ilícito. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado
 S R U H O K H F K R L Q W H U Q D F L R Q D O P H Q W H L O t F L W R G H O
 ‡ Y L R O D F L y Q G H M Q D F R R Q D J O D F G L H y Q (L V Q W D H G R . \$ U W E G
 comportamiento de la RFO tuvo como consecuencia la violación al estándar de Trato Justo y
 Equitativo incorporado en el TCE así como también al artículo 13 sobre expropiación el cual obliga
 ad H P i V D O D 5) 2 D O S D J R G H X Q D L Q G H P Q L] D F L y Q ‡ U i

157. % D M R H O P L V P R G R F X P H Q W R L Q W H U Q D F L R Q D O H
 responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a
 restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida
 en que esa restitución no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente
 desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de uacn,ETQq0.00000912 0 612 792 reWñBT/F

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

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

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

161. La reparación integral también ha sido incorporada en los Principios Unidroit, de modo

TXH HO \$UW HVWDEOHFH TXH ‡ > O @ D S D U W H S H
daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada
K D \ D R E W H Q L G R D O H Y L W D U J D V W R V R G D x R V \ S H U M X

162. Por los motivos expuestos anterior

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. PETICIONES

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

1)

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