

OPINIÓN CONCURRENTE Y DISIDENTE

DEL

JUEZ CHARLES N. BROWER

1. Coincido plenamente con el Laudo Preliminar sobre Jurisdicción (“Laudo”), con excepción de su fallo¹ de que “El Tribunal carece de jurisdicción respecto de la presente controversia que involucra al Demandado y...AES Solar España Finance S.L., AES Solar España I B.V. y CIA S.C. y La Solana S.L. 1 a La Solana S.L. 60 (60 entidades)”, es decir, los 62 de los 88 Demandantes constituidos en España pero controlados por nacionales de otras Partes Contratantes del Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”).

2. Cabe recordar que el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”) requiere prestar primaria atención no sólo “al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”, como hace el Laudo al concentrarse en la letra de los artículos 1(7)(a)(ii), 26(1) y 26(7), sino, de manera más amplia, a tales “términos... *en el contexto de estos* y teniendo en cuenta [el] objeto y fin [del tratado]”². Extraordinariamente, el TCE señala su objetivo en el artículo 2 intitulado “OBJETIVO DEL TRATADO”:

El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta³.

El Preámbulo del TCE que, tal como se indica más adelante, la CVDT incluye expresamente como “contexto”, es quizá más esclarecedor. Así, cabe notar este segundo considerando del Preámbulo del TCE: “Vista la Carta Europea de la Energía, aprobada en el Documento Final de la Conferencia de La Haya sobre la Carta Europea de la Energía, firmado en esa misma ciudad el 17 de diciembre de 1991”⁴, que es tres años antes al día de firma del TCE mismo, cuyo Documento Final, en el “TÍTULO II: PUESTA EN PRÁCTICA”, incluía, en el listado

¹ Laudo ¶ 375(b).

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(1), abierta a la firma el día 23 de mayo de 1969 (en vigencia desde el día 27 de enero de 1980) 1155 STNU 331 (énfasis añadido).

³ Tratado sobre la Carta de la Energía, Art. II, Lisboa, 17 de diciembre de 1994, 2080 STNU 95.

⁴ *Íd.* (Preámbulo).

de puntos, el “fomento y *protección* de las inversiones”⁵. Por lo tanto, cabe concluir que uno de los objetivos y fines del TCE era brindar protección legal a las inversiones extranjeras.

3. “Contexto” está definido en el artículo 31(2) de la CVDT de la siguiente manera:

Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado⁶.

4. Es de lamentarse que ninguna de las Partes haya presentado al Tribunal dato alguno sobre el contexto con respecto al TCE fuera del propio Tratado, razón sin duda por la cual el Laudo tampoco le hace referencia. Creo que todo tribunal debe asegurarse especialmente de no exceder el ámbito de su competencia ni de dejar de ejercerla cuando le corresponde por derecho hacerlo. Por consiguiente, me tomo la tarea de explicar aquí el contexto del TCE conocido públicamente. La definición de “contexto” del artículo 31(2)(a) de la CVDT claramente incluye todo el “Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía”, que en su Parte III “aprobó el texto del” TCE (como Anexo 1) y las “Decisiones respecto a éste” (como Anexo 2), y en su Parte IV “se comprometieron a adoptar [22] acuerdos sobre el Tratado”⁷. El Acuerdo 3, “con respecto al apartado 6) del artículo 1” del Tratado, se refiere al significado de “Inversión” y, en consecuencia, está particularmente vinculado al artículo 26(7) del TCE⁸. El mismo lee como sigue:

En aras de una mayor claridad en cuanto a si una inversión realizada en el territorio de una de las Partes Contratantes está controlada directa o indirectamente por un inversor de otra de las Partes Contratantes, control de una inversión significa control de hecho, determinado tras un análisis de las circunstancias reales de cada situación. En dicho análisis se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los siguientes aspectos relativos al inversor:

⁵ Documento Final de la Conferencia de La Haya sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía de fecha 17 de diciembre de 1991, Título II (énfasis añadido).

⁶ Convención de Viena, Art. 31(2).

⁷ Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía de fecha 17 de diciembre de 1994, Partes III, IV. Muchos comentaristas coinciden en que los Acuerdos “son relevantes para la correcta interpretación de las disposiciones del TCE” [traducción libre]. Crina Baltag, “The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor”, *International Arbitration Law Library*, Vol. 25, pág. 20, nota al pie 94 (2012) (también citando a Wälde, quien escribió que “la aplicación de las disciplinas de inversión del TCE es incompleta si no se tienen en cuenta los... ‘Acuerdos’” [traducción libre]).

⁸ El artículo 1(6) establece la definición de “Inversión” según el Tratado.

- a) su interés financiero, incluido su interés de capital, en la inversión;
- b) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la gestión y el funcionamiento de la inversión, y
- c) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la selección de los integrantes del consejo de administración o de cualquier otro órgano de gestión.

En caso de dudas sobre si un inversor controla, directa o indirectamente, una inversión, el inversor que afirme ejercer tal control tendrá que demostrarlo.

5. Cabe destacar que el Acuerdo 3 no hace mención o siquiera referencia alguna al artículo 26(7). Por el contrario, es de aplicación general al TCE. Seguramente, se habría aludido al artículo 26(7) si se hubiera interpretado que este excluía del arbitraje CNUDMI y CCE a los inversores nacionales del Estado receptor bajo control extranjero. Su lenguaje amplio e irrestricto sólo es compatible con los inversores controlados por entidades extranjeras teniendo igual acceso a arbitraje CNUDMI, CCE y CIADI. ¿Por qué otra razón habría un Acuerdo 3 del mayor alcance posible si el artículo 26 no contemplara la jurisdicción sobre reclamaciones de sociedades constituidas en el Estado receptor pero controladas por extranjeros, sin importar si el arbitraje se inicia en el marco del CIADI, el Reglamento de la CNUDMI o la CCE? Considerar el Acuerdo 3 como contexto del apartado 7 del artículo 26 confirma que los 62 Demandantes bajo control extranjero encuadran en la definición de “Inversor” del Tratado.

6. De hecho, esto es consistente con la explicación del Acuerdo 3 del difunto Profesor Thomas Wälde, un especialista en el Tratado sobre la Carta de la Energía y autor de varios artículos y libros sobre el TCE⁹:

un inversor en virtud del Tratado es ya sea una persona física que posea la nacionalidad o tenga residencia permanente en una parte contratante o una empresa constituida en una parte contratante... [e]l inversor necesita “controlar” la inversión; [el Acuerdo 3] recomienda tener en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo capital, influencia sustancial y facultades de designación [traducción libre]¹⁰.

⁹ Un resumen del CV del Profesor Wälde y de su experiencia en disputas internacionales sobre inversiones y energía está disponible en <http://www.transnational-dispute-management.com/about-author-a-z-profile.asp?key=6>.

¹⁰ Thomas Wälde, “International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors Within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries”, en *THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE* 251, 274 (Thomas Wälde ed., 1996).

7. No puedo evitar pensar que la interpretación que se hace del artículo 26(7) en el Laudo conduce a un resultado que es en efecto absurdo¹¹. Mi punto de vista ha sido desde siempre que la correcta aplicación del artículo 31 debería llevar a resultados que no son absurdos, que la irracionalidad de una interpretación potencialmente derivada de la sola aplicación de este artículo debería, en lo posible, rechazarse en favor de una que no sea absurda. Este es un estándar distinto al estándar de “manifiestamente absurdo o irrazonable” del artículo 32¹². En mi opinión, una disposición de resolución de controversias como la del TCE, que distingue a los demandantes con respecto a su acceso al arbitraje conforme a distintos conjuntos de reglas, no tiene nada de razonable. Desde luego, es lugar común señalar que cada uno de los cuatro conjuntos de reglas que contempla el TCE tiene diferencias de los otros. Cada demandante potencial debe acatar las reglas tal como son. No obstante, no hay disposición alguna en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en ninguna de sus versiones) o en el del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que determine la jurisdicción *ratione personae*. Esta se determina más bien mediante los tratados bilaterales o multilaterales para la promoción y protección de inversiones como el TCE. No tiene sentido pensar que el TCE, al garantizar expresamente el cumplimiento del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, haya tenido la intención implícita de excluir de los mismos beneficios a los demandantes que optaran por el Reglamento de la CNUDMI o de la CCE, requiriéndoles así que tengan que iniciar, en su caso, arbitrajes paralelos independientes o desistir de este proceso y reiniciarlo en cualquier otro lado. Si no tiene sentido, ¿pudo haberse tenido esa intención? No lo creo¹³. Curiosamente, lo que dice el Laudo sobre la “exclusión de Svalbard” (“*Svalbard exception*”) pareciera imponer el resultado contrario:

Sería extraordinario que un componente esencial del Tratado, como un arbitraje inversor-Estado, no se aplicara entre un número considerable de las Partes Contratantes sin que los redactores del Tratado abordaran esta

¹¹ La fuente terminológica de mayor disponibilidad, www.dictionary.com, define “absurdo” (“*absurd*”) como “absolutamente u obviamente carente de sentido, ilógico o incorrecto; contrario a la razón o al sentido común; ridículo o falso” [traducción libre] (“*utterly or obviously senseless, illogical, or untrue; contrary to reason or common sense; laughably foolish or false*”). El origen de la palabra se indica como “latín de 1550-60 *absurdus* disparatado, vulgar, ridículo” [traducción libre] (“*absurdus out of tune, uncouth, ridiculous*”).

¹² Sin embargo, en el párrafo 10 *infra* de esta opinión, considero al fin que la conclusión del Laudo tras la aplicación del artículo 31 de la CVDT es, en verdad, “manifiestamente absurd[a] o irrazonable”.

¹³ El Laudo subraya, en relación con el trato que confiere a la excepción del Demandado a la “acumulación de procesos”, que la disposición del artículo 26(3) del TCE de que “las Partes Contratantes consienten *incondicionalmente* en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional” (sujeto a dos excepciones que no se aplican en este caso) es “relevante” en la aplicación del artículo 31 de la CVDT. Laudo ¶ 98 (énfasis añadido). No parecería que fuera menos importante para la interpretación del artículo 26(7).

exclusión. De acuerdo con la opinión del Tribunal, interpretar que el Tratado contiene una cláusula de desconexión intra-UE tácita es contrario a su sentido corriente¹⁴.

Del mismo modo, ¿cómo podría ser compatible con el sentido corriente del Tratado la exclusión de subsidiarias españolas de propiedad exclusiva de nacionales de otros Estados Contratantes en caso de que opten por acogerse al Reglamento de la CNUDMI o de la CCE en lugar del Convenio y el Reglamento del CIADI^{15 16}?

8. Las Partes —en realidad sólo una parte, el Demandado— ofrecieron un único extracto de los *travaux préparatoires* del TCE, que creo que el Laudo ha malinterpretado. En aras de evitar toda duda, procuraré ser más claro: creo que la interpretación correcta del artículo 26(7) del TCE —con la aplicación solo del artículo 31— nos da jurisdicción respecto de los 62 Demandantes excluidos por el Laudo. El propio Laudo se basa sólo en el artículo 31 y no habría efectuado un análisis conforme al artículo 32 de la CVDT de no ser porque el Demandado lo hizo y el Demandante respondió. Dado que el Laudo abordó la cuestión, yo también debo analizarla ya que considero que el Laudo se equivoca también en este aspecto. Para esclarecer este punto, insertaré aquí el texto completo del párrafo 272 del Laudo:

¹⁴ Laudo ¶ 183.

¹⁵ El párrafo 280 del Laudo discrepa en este punto sobre la base de que mientras el Demandado aquí abogó por una “cláusula de desconexión intra-UE tácita”, la cuestión del artículo 26(7) es “exactamente la contraria, dado que el Tribunal se enfrenta a una disposición expresa” y debe determinar su efecto interpretativo, en su caso, en el TCE, mirando al TCE en su totalidad. Al igual que el Laudo —con en que estoy de acuerdo en este punto—no puede concluir en función de la “exclusión de Svalbard” que los redactores del tratado tuvieron la intención de que se deduzca algo tan importante como una cláusula de desconexión intra-UE, tampoco puedo concluir que al incorporar el párrafo 7 en el artículo 26, los redactores hayan tenido la intención de obligar a todo demandante bajo control extranjero constituido jurídicamente en Estados demandados a proceder solamente ante el CIADI y a negarle acceso a los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI y del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

¹⁶ La correcta aplicación de la CVDT ha sido frecuentemente objeto de mi estudio. Véase *HICEE B.V. c. República de Eslovaquia*, Caso CPA 2009-11, Laudo Parcial de fecha 23 de mayo de 2011; Opinión Disidente del Juez Charles N. Brower de fecha 23 de mayo de 2011, *HICEE B.V. c. República de Eslovaquia*, Caso CPA 2009-11; *Daimler Financical Services AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1, Laudo de fecha 22 de agosto de 2012; Opinión Disidente del Juez Charles N. Brower de fecha 15 de agosto de 2012, *Daimler Financical Services AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/05/1; *Austrian Airlines c. República de Eslovaquia*, Laudo de fecha 9 de octubre de 2009; Opinión Separada de Charles N. Brower de fecha 9 de octubre de 2009, *Austrian Airlines c. República de Eslovaquia*; *Renta 4 S.V.S.A. et al. c. Federación Rusa*, Laudo sobre Excepciones Preliminares de fecha 20 de marzo de 2009; Opinión Separada de Charles N. Brower de fecha 20 de marzo de 2009, *Renta 4 S.V.S.A. et al. c. Federación Rusa*; Charles N. Brower & Anke Meier, “The Unsound ‘Plama Principle’ and Other Errors in Application of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en *CONTEMPORARY ISSUES IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION: THE FORDHAM PAPERS 2010* (Arthur W. Rovine ed. 2011); Charles N. Brower & Epaminontas E. Triantafilou, “Three Cautionary Notes for Investor State Arbitrators on the Vienna Convention on the Law of Treaties”, en *ARBITRATORS’ INSIGHTS: ESSAYS IN HONOUR OF NEIL KAPLAN* (C. Bao & F. Lautenschlager eds. 2012).

El presente informe responde a las preguntas de la Delegación japonesa relativas al artículo [26]. Las preguntas se indican abajo por separado, seguidas de nuestras respuestas.

[...]

1. ¿Por qué este párrafo hace referencia exclusivamente al Convenio y al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI?
2. La interpretación y aplicación del Convenio CIADI, que es independiente del Tratado, no puede ser determinada de manera unilateral por el Tratado. Por lo tanto, aun cuando este párrafo (7) prevea la definición de “Ciudadano nacional de otro Estado Contratante”, cuyo contenido es algo diferente de la del artículo 25(2) del Convenio CIADI, no tiene sentido desde el punto de vista jurídico.
3. Sin embargo, consideramos que el contenido de esta disposición es importante a efectos de la protección y promoción de la inversión. Entonces, nos gustaría proponer el siguiente texto:

“En caso de que cualquier Inversor que no sea persona física que haya realizado una Inversión en una Parte Contratante esté controlado por Inversores de otra Parte Contratante en la fecha en que el primer Inversor presente una solicitud ante la primera Parte Contratante a fin de someter la controversia a conciliación o a arbitraje de conformidad con las disposiciones de este artículo, el primer Inversor será tratado, a los efectos de las disposiciones de este artículo como un Inversor de otra Parte Contratante”.

Comentarios:

Como se reconoce, la cuestión concierne sólo al Convenio CIADI y al reglamento del Mecanismo Complementario (MC). El artículo 25(2) del Convenio CIADI y el artículo 1(6) del reglamento MC son casos especiales y el párrafo (7) corresponde exclusivamente a dichos artículos. El párrafo (7) no difiere de manera substantiva del lenguaje del artículo 25(2) del Convenio CIADI o del artículo 1(6) del MC. No creemos que el lenguaje propuesto sea necesario [Traducción del Tribunal].

Francamente, no resulta del todo clara la idea de la consulta japonesa. El párrafo 2 refleja que hubo cierta inquietud respecto de que el “contenido [del artículo 26(7)] es algo diferente [del contenido] del artículo 25(2) del Convenio CIADI” y sobre eso versaba el “Comentario” del Subgrupo Legal de la conferencia del tratado al manifestar que el “párrafo (7) [del artículo 26 del TCE] no difiere en forma sustancial de la redacción del artículo 25(2) [del Convenio] CIADI ni de la del artículo 1(6) del [Mecanismo Complementario del CIADI]”. Fuera de eso, el citado diálogo oculta más de lo que muestra. Es una lectura muy pobre, en su caso, para justificar la conclusión a la que llegó el Laudo con respecto a la correcta interpretación del artículo 26(7) del TCE.

9. En realidad, el Tribunal tuvo ante sí el texto completo del Informe del Subgrupo Legal del día 2 de mayo de 1994, que comprendía un total de seis preguntas (A-F) de la Delegación japonesa acerca de la actual interpretación del artículo 27 del TCE¹⁷. Es evidente que el esfuerzo japonés tenía por objeto llenar ciertas lagunas que la Delegación estimaba que, si no se eliminaban, podrían generar una desigualdad de trato para los Estados Contratantes del TCE. Así, como resultado de su Pregunta A acerca del artículo 27(5)(a), logró conseguir del Subgrupo Legal lo que actualmente es el artículo 27(5)(a)(iii), que garantiza el cumplimiento del requisito de “acuerdo escrito” del Reglamento de la CNUDMI, pero se la disuadió de abordar la misma cuestión respecto del Reglamento de la CCE porque, según se le informó, este Reglamento no contemplaba dicho requisito. Con su Pregunta B, la Delegación japonesa se aseguró de que la referencia del artículo 26(5)(b) al Convenio de Nueva York, en combinación con el artículo 26(8), resultase en la ejecución general. La Pregunta C de la Delegación claramente tenía por objeto confirmar que el artículo 26(6) del TCE no autorice a los tribunales arbitrales a ajustar indebidamente la correcta aplicación de cualquiera de los cuatro conjuntos de normas arbitrales elegidos por un demandante. La Pregunta E de la Delegación se desvió un poco del rumbo de las preguntas anteriores (A-D), ya que buscaba confirmar que el artículo 26(8) no exigiese al Estado Contratante del TCE que contara ya con un sistema eficaz y en buen funcionamiento para la ejecución de laudos arbitrales a “reinventar la rueda”. Con su Pregunta F, la Delegación buscó, y recibió del Subgrupo Legal, la confirmación de que se dejaba el proceso de implementación del TCE al sistema constitucional particular de cada Estado Contratante, siempre sujeto a la regla de *pacta sunt servanda*. En este contexto, se podría concluir que la consulta de la Delegación japonesa con respecto al artículo 26(7) buscaba asegurarse que se estuviera utilizando el lenguaje apropiado para dar cumplimiento al artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI (y la disposición relacionada de su Mecanismo Complementario). El Subgrupo Legal le aseguró que el lenguaje del artículo 26(7) era adecuado para tal fin advirtiéndole que el CIADI y su Mecanismo Complementario son “casos especiales” y que el párrafo (7) “corresponde exclusivamente a dichos artículos [del Convenio CIADI y del Mecanismo Complementario]”. Es por eso que este breve fragmento de los extensos *travaux préparatoires*, en mi opinión, dista mucho de establecer que los redactores del TCE tuvieron la intención de legislar un acceso independiente para cada una de las cuatro alternativas arbitrales.

¹⁷ Informe del Subgrupo Legal de la Conferencia de la Carta de la Energía de fecha 2 de mayo de 1994 (RL-30) (adjunto a esta opinión como **Anexo A**).

10. Si uno refiere en efecto al artículo 32 de la CVDT, el mismo establece lo siguiente:

Artículo 32: Medios de interpretación complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable¹⁸.

El término “medios... complementarios” es entonces mas bien ilimitado, señalando una lista no exhaustiva en la que se “[incluyen] los trabajos preparatorios del tratado y ... las circunstancias de su celebración”. El único fragmento del “trabajo preparatorio” del TCE al que se nos llamó la atención, se abordó arriba. El sentido ilimitado de “medios... complementarios” así como la referencia específica a “las circunstancias de [la] celebración [del TCE]” parecen abrir el debate para considerar los escritos de quienes tuvieron mayor participación en la creación y administración del TCE. Esto es así tanto si se pretende, como hago yo, “confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31” a mi entender, o bien, como lo veo en su defecto, “para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31... conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”¹⁹.

11. Hay unanimidad entre los expertos más cercanos al TCE para afirmar que la interpretación hecha del artículo 26(7) del TCE no es defendible. Un estudio de más de 20 artículos y capítulos²⁰ demuestra un entendimiento universal de que el párrafo 7 fue incluido

¹⁸ Convención de Viena, Art. 32.

¹⁹ Lo mismo ocurre si se estima que la “determinación [sic] de conformidad con el artículo 31... deje ambiguo u oscuro el sentido”, un resultado que también considero como una alternativa posible al fallo negativo del Laudo.

²⁰ Para la preparación de esta opinión disidente, se consultaron las siguientes fuentes de doctrina sobre el artículo 26 y el arbitraje conforme al TCE: CRINA BALTAG, *THE ENERGY CHARTER TREATY: THE NOTION OF INVESTOR*, *International Arbitration Law Library*, Tomo. 25 (2012); Thomas Roe y Matthew Happold, *SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES UNDER THE ENERGY CHARTER TREATY* (James Dingemans QC, ed. consultor, 2011); Stanimir A. Alexandrov, “Renewed questions in ECT investment arbitration”, en *ENERGY DISPUTE RESOLUTION: INVESTMENT PROTECTION, TRANSIT AND THE ENERGY CHARTER TREATY* 357 (Graham Coop y Clarisse Ribeiro, eds., 2011); Stephen Jagusch y Jeffrey Sullivan, “Arbitration under the Energy Charter Treaty: recent decisions and a look to the future”, en *ENERGY DISPUTE RESOLUTION: INVESTMENT PROTECTION, TRANSIT AND THE ENERGY CHARTER TREATY* 67 (Graham Coop y Clarisse Ribeiro eds., 2011); Kaj Hobér, “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, 1(1) *J INT. DISP. SETTLEMENT* 153 (2010); Graham Coop, “Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?”, 27 *J. ENERGY & NAT. RESOURCES L.* 404 (2009); Craig S. Bamberger, “The negotiation of the Energy Charter Treaty”, en *INVESTMENT PROTECTION AND THE ENERGY CHARTER TREATY* xxxix (Graham Coop y Clarisse Ribeiro eds., 2008); Juliet Blanch, Andy Moody y Nicholas Lawn, “Access to dispute

para garantizar que todos los inversores tuvieran acceso a todas las opciones de arbitraje contempladas por el TCE. Esta interpretación se desarrolla en los trabajos de destacados doctrinarios y expertos en el área, entre ellos: el Profesor Thomas Wälde, quien fue un especialista en derecho internacional de las inversiones, asesor de entidades en materia de gas y petróleo y editor de varias publicaciones sobre derecho energético; Graham Coop, uno de los expertos más destacados a nivel mundial en el Tratado sobre la Carta de la Energía, quien ha sido por siete años Asesor Jurídico de la Secretaría de la Carta de la Energía (la organización responsable del Tratado sobre la Carta de la Energía)²¹; Craig Bamberger, antiguo Asesor Jurídico de la Agencia Internacional de la Energía de París, quien se desempeñó como Presidente del Comité Asesor Legal para las negociaciones del Tratado sobre la Carta de la Energía²²; y el Profesor Adnan Amkhan, que durante cuatro años fue Director del Departamento de Asuntos Legales de la Secretaría de la Carta de la Energía²³.

resolution mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty”, *en* INVESTMENT PROTECTION AND THE ENERGY CHARTER TREATY 1 (Graham Coop y Clarisse Ribeiro eds., 2008); Lucy Reed y Lucy Martinez, “The Energy Charter Treaty: An Overview”, 14 ILSA J. INT’L & COMP. L. 405 (2007-2008); Adnan Amkhan, “Consent to Submit Investment Disputes to Arbitration Under Article 26 of the Energy Charter Treaty”, *en* INVESTMENT DISPUTES TO ARBITRATION Int. A.L.R. 65 (2007); Philippe Pinsolle, “The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty”, INVESTMENT DISPUTES TO ARBITRATION INT. A.L.R. 82” (2007); Emmanuel Gaillard, “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, *en* INVESTMENT ARBITRATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY 54 (Clarisse Ribeiro ed., 2006); Andrea Giardina, “International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse”, 5 LAW & PRAC. INT’L CTS. & TRIBUNALS 29 (2006); Thomas Wälde, “Energy Charter Treaty-Based Investment Arbitration”, TDM 3 (2004); Craig Bamberger, Jan Linehan & Thomas Wälde, “The Energy Charter Treaty”, *en* ENERGY LAW IN EUROPE: NATIONAL, EU AND INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 171 (Martha M. Roggenkamp ed., 2001); Craig Bamberger, Jan Linehan y Thomas Wälde, “Energy Charter Treaty in 2000: in a New Phase”, 18 J. ENERGY Y NAT. RESOURCES L. 331 (2000); Thomas Wälde, “International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries”, *en* THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 251 (Thomas Wälde ed., 1996); Craig Bamberger, “An Overview of the Energy Charter Treaty”, THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 1 (Thomas Wälde ed., 1996); Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, *en* THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 422 (Thomas Wälde ed., 1996); Kenneth J. Vandavelde, “Arbitration Provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty”, *en* THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 409 (Thomas Wälde ed., 1996); Thomas Wälde, “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation”, 12 ARBITRATION INT’L, Edición 4 (Kluwer Law International 1996); Asesor Jurídico de la Agencia Internacional de la Energía, “The Energy Charter Treaty: A Description of its Provisions” (1995); Julia Dore y Robert De Bauw, THE ENERGY CHARTER TREATY: ORIGINS, AIMS AND PROSPECTS (Real Instituto de Asuntos Internacionales 1995); Thomas Wälde, “European Energy Charter Conference: Final Act, Energy Charter Treaty, Decisions and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects”, 33 I.L.M. 360 (1995).

²¹ Para mayor información sobre Graham Coop, visite <http://www.voltterrafietta.com/vf.coop.asp>.

²² Para mayor información sobre Craig Bamberger, visite <http://www.transnational-dispute-management.com/about-author-a-z-profile.asp?key=295>.

²³ El Prof. Amkhan ha presentado dictámenes jurídicos ante la Corte Internacional de Justicia, la Cámara de Comercio Internacional y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Para más

12. La consideración más detallada del párrafo 7 es el artículo del Prof. Amkhan “Consentimiento para someter arbitrajes en materia de inversiones al arbitraje conforme al artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía” [traducción libre] que ofrece un resumen y un análisis, párrafo por párrafo, del artículo 26²⁴. Con respecto al párrafo 7, escribe lo siguiente:

El objetivo principal de este párrafo es reunir las condiciones que exigen el Art. 25(2)(b) del Convenio CIADI y el Art. 1(6) del Reglamento del Mecanismo Complementario. Estos dos artículos establecen que toda persona jurídica (inversor) que tenga la nacionalidad de la parte contratante demandada y esté sometida al control de una entidad extranjera de nacionalidad de otra parte contratante se encuentra legitimada para iniciar un proceso de arbitraje o conciliación ante el CIADI. En el Convenio del CIADI, el ejercicio de este derecho está sujeto al acuerdo de ambos Estados. El párrafo 7 contempla expresamente dicho acuerdo entre todas las partes contratantes del TCE. No obstante, si bien este párrafo fue redactado en relación con el CIADI y su Mecanismo Complementario, hay indicios en los antecedentes de las negociaciones de que el principal objetivo de este párrafo era:

“...permitir al Inversor recurrir a la resolución de controversias en nombre de una sociedad en la que tiene algún tipo de participación o control pero que se encuentra constituida de acuerdo con las leyes y normas de la Parte Contratante con la que se pretende resolver la controversia”.

Por lo tanto, el principio establecido en el párrafo 7 es aplicable a todos los foros de arbitraje.

Cabe destacar, sin embargo, que el párrafo 7 aplica sólo a aquellos inversores que sean personas jurídicas en los términos del Art. 1(7)(a)(ii) del TCE. Las personas físicas, a las que no se aplica el concepto de control, quedan excluidas.

Si una persona jurídica con nacionalidad de la parte contratante demandada esté controlada por un inversor de otra parte contratante es una condición objetiva es una cuestión que debe determinar el tribunal arbitral [sic]⁴⁸.

⁴⁸ El Acuerdo 3 relativo al Art. 1(6) del TCE enuncia algunos de los factores que deben tenerse en cuenta al decidir si una inversión se encuentra controlada, de manera directa o indirecta, por un inversor²⁵ [traducción libre].

13. Cabe destacar que el Prof. Amkhan, luego de haber consultado los antecedentes de la negociación del TCE, concluyó que “el principio establecido en el párrafo 7 es aplicable a

información sobre su trayectoria y experiencia, visite <http://www.menchambers.com/people/adnan-amkhan-bayno/>.

²⁴ Adnan Amkhan, “Consent to Submit Investment Disputes to Arbitration Under Article 26 of the Energy Charter Treaty”, *INVESTMENT DISPUTES TO ARBITRATION* Int. A.L.R. 65, 70 (2007). Esta es la única fuente de doctrina que comenta, párrafo por párrafo, el artículo 26.

²⁵ *Íd.*

todos los foros de arbitraje”. Notablemente, remitiendo al Acuerdo 3, subraya que “[s]i una persona jurídica con nacionalidad de la parte contratante demandada esté controlada por un inversor de otra parte contratante es una condición objetiva es una cuestión que debe determinar el tribunal arbitral [sic]”²⁶. Por ende, según el Prof. Amkhan, el párrafo 7 no limita el acceso de determinados inversores a las instituciones de arbitraje, sino que, por el contrario, garantiza que *todos* los inversores, en los términos del Acuerdo 3, tengan acceso a *todas* las cuatro opciones arbitrales aprobadas por el TCE.

14. Otros artículos y libros acerca del Tratado apoyan esta conclusión. Al describir los tipos de inversiones e inversores amparados por el TCE, el Prof. Emmanuel Gaillard escribe:

Cabe destacar que el TCE ha previsto la situación en que una persona jurídica que se define como un “inversor” conforme al artículo 1(7) posea, en realidad, la nacionalidad del Estado receptor. *En el supuesto de que dicho ente decidiera entablar una reclamación en virtud del Convenio de Washington [CIADI], debe cumplir el requisito del artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington según el cual debe ser considerado nacional de otro Estado Contratante.* Esta situación se resuelve con arreglo al TCE mediante el artículo 26(7), que dispone que cualquier persona jurídica constituida en el Estado receptor será tratada como ciudadano nacional de otro Estado Contratante a los efectos del artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington si está controlada por inversores de otro Estado Contratante²⁷ [traducción libre].

15. Según Gaillard, la “situación” que el párrafo 7 resuelve es el posible problema de que algunos inversores no tengan acceso al arbitraje CIADI; él señala correctamente que el párrafo 7 ofrece la referencia necesaria al artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI de modo que dichos inversores no se vean excluidos del CIADI. Al momento de resolver la “situación”, no se hace referencia a la limitación de la elección del inversor exclusivamente a las Reglas del CIADI, sino que, en su lugar, se acepta que el párrafo 7 haya sido incluido a los efectos de “establecer la jurisdicción de ‘diversidad’ respecto de un tribunal arbitral constituido en virtud de las Reglas del CIADI o del Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI”²⁸. En forma similar, en “El Tratado sobre la Carta de la Energía: La noción del inversor” [traducción libre] de Crina Baltag, el Capítulo 3 incluye una sección titulada “Inversores de

²⁶ *Id.* Todos los signatarios del Acta Final adoptaron los Acuerdos con respecto al tratado y se les “debería atribuir considerable importancia” ya que “reflejan las opiniones contemporáneas de todos los signatarios al momento de la adopción del texto del Tratado” [traducción libre]. THOMAS ROE & MATTHEW HAPPOLD, SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES UNDER THE ENERGY CHARTER TREATY 21 (James Dingemans QC, ed. consultor, 2011).

²⁷ Emmanuel Gaillard, “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, en INVESTMENT ARBITRATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY 54, 69 (Clarisse Ribeiro ed., 2006) (énfasis añadido).

²⁸ Kaj Hobér, “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”, 1(1) J INT. DISP. SETTLEMENT 153, 154 (2010) (énfasis añadido).

una Parte Contratante controlados por inversores de otra Parte Contratante” [traducción libre], que analiza el párrafo 7. Baltag comienza la sección destacando que “[c]on frecuencia, se requiere que los inversores realicen sus inversiones mediante sociedades constituidas localmente” [traducción libre] y explica el papel que el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI desempeña en garantizar el acceso al arbitraje CIADI para las personas jurídicas sujetas a control extranjero²⁹. Después de brindar ejemplos sobre la manera en que diversos Tribunales arbitrales han interpretado el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, Baltag explica lo siguiente:

El artículo 26(7) del TCE contiene el acuerdo de las Partes Contratantes en el sentido de tratar a una persona jurídica ‘que tenga la nacionalidad de una Parte Contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito... y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y dicha Parte Contratante, esté controlado por inversores de otra Parte Contratante’, como ciudadano nacional de otro Estado Contratante, *a los efectos* del artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. Esta disposición permite la aplicación del test del control al momento de determinar la nacionalidad de una persona jurídica *en el contexto de un arbitraje iniciado en virtud del Convenio del CIADI*, además del test de la constitución previsto en el artículo 1(7) del TCE. En consecuencia, las personas jurídicas que, por lo común, serían tratadas como ciudadanos nacionales de la Parte Contratante receptora y, por ende, se verían impedidas de plantear una controversia en contra de esta Parte Contratante con arreglo al artículo 26 del TCE, están autorizadas a hacerlo si son controladas por Inversores de otra Parte Contratante³⁰ [traducción libre].

Según Baltag, el propósito del párrafo 7 consiste en garantizar que el test del control pueda aplicarse en el caso de los arbitrajes que se hayan iniciado al amparo del CIADI. De ningún modo sugiere que el párrafo 7 se haya incluido a fin de limitar a determinados tipos de inversores exclusivamente al arbitraje en virtud de las Reglas del CIADI³¹.

16. Asimismo, el comentario sobre el artículo 26 y el arbitraje en virtud del TCE confirma que el párrafo 7 fue incluido a fin de ajustarse a los requisitos específicos de las

²⁹ CRINA BALTAG, *THE ENERGY CHARTER TREATY: THE NOTION OF INVESTOR*, International Arbitration Law Library, Vol. 25, 112 (2012) (énfasis añadido).

³⁰ *Id.*, 109.

³¹ *Id.*, 115, nota al pie 209. Hay que admitir que Baltag muestra cierta confusión cuando sugiere que: “En cuanto a la importancia del artículo 26(7) del TCE, cuando los Inversores optan por arbitraje de conformidad al Reglamento de la CCE o de la CNUDMI, esta disposición parece ser inaplicable” y que “[a]lgunos autores consideran que podría haber lugar para que los tribunales CCE o CNUDMI apliquen la disposición conforme al Art. 26(7) del TCE” [traducción libre]. Baltag sugiere que un camino más prudente para los inversores sujetos a control extranjero sería que “los propietarios o accionistas de una sociedad constituida localmente pudieran considerar plantear la controversia en nombre propio, invocando, en su lugar, las disposiciones del artículo 1(6) del TCE relativo a la definición de ‘Inversión’” [traducción libre]. Sin embargo, dado que numerosos individuos son titulares de las 62 inversiones sujetas a control extranjero, lo que dificulta la adopción de este enfoque, los Demandantes no han seguido esta opción.

Reglas del CIADI. Los principales expertos en el TCE coinciden en que el artículo 26 “le brinda al inversor la *opción* de someter una controversia sin resolver, tras la imposibilidad de resolver la controversia por vía de negociación” al CIADI, a la CNUDMI, a la SCC y a otros foros³², dado que es “política del TCE favorecer a los inversores”³³ [traducción libre]. Estos expertos en ningún momento sugieren que el párrafo 7 pueda limitar la elección de algunos inversores a las Reglas del CIADI.

17. En cambio, todos los comentarios sobre el artículo 26 del TCE hacen énfasis en la *elección del inversor*. Craig Bamberger, quien presidió el Comité de Asesoramiento Jurídico de las negociaciones de la Carta de la Energía, escribe lo siguiente:

El importante artículo 26 prevé la resolución de controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante “relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera” “respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III...” [nota al pie omitida]. Le brinda al inversor la *opción* de someter una controversia sin resolver, tras la imposibilidad de resolver la controversia por vía de negociación: a los foros del Estado receptor; de conformidad con algún otro procedimiento acordado previamente; o, *a efectos del arbitraje vinculante*, a la *preferencia del inversor entre* el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), foro establecido con arreglo al reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o un procedimiento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo³⁴ [traducción libre].

18. Bamberger también escribió “El Tratado sobre la Carta de la Energía: una descripción de sus disposiciones” [traducción libre], publicado por la Representación Legal de la Agencia

³² Craig Bamberger, Jan Linehan & Thomas Wälde, “The Energy Charter Treaty”, en *ENERGY LAW IN EUROPE: NATIONAL, EU AND INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS*, 171, 184 (Martha M. Roggenkamp ed., 2001). En otra publicación, los mismos autores han escrito asimismo que “[t]al vez el aspecto más importante del régimen de inversión del TCE es el hecho de que el Tratado prevea el arbitraje obligatorio en contra de los gobiernos a elección de los inversores extranjeros, en el caso de supuestos incumplimientos de las protecciones a las inversiones contenidas en el Tratado, sin necesidad de un ‘*compromis*’ arbitral específico. El artículo 26 prevé la resolución de controversias... [y] le brinda al inversor la elección” [traducción libre] de los foros a que someterá la controversia. Craig Bamberger, Jan Linehan & Thomas Wälde, “Energy Charter Treaty in 2000: in a New Phase”, 18 *J. ENERGY & NAT. RESOURCES L.* 331, 334-35 (2000); véase también Lucy Reed & Lucy Martínez, “The Energy Charter Treaty: An Overview”, 14 *ILSA J. INT’L & COMP. L.* 405, 427-28 (2007-2008) (que, en su descripción general del arbitraje TCE, destaca que “[e]l inversor plantea una reclamación en virtud del TCE mediante la presentación de una Solicitud del Arbitraje. *El inversor tiene las opciones de instituciones arbitrales* y puede *elegir* entre el CIADI (o el Mecanismo Complementario si el Estado demandado ha ratificado el TCE, pero no el Convenio del CIADI, lo que es cierto, por ejemplo, en el caso de Polonia), el arbitraje *ad hoc* CNUDMI o la Cámara de Comercio de Estocolmo” [traducción libre] (énfasis añadido).

³³ Philippe Pinsolle, “The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty”, *INVESTMENT DISPUTES TO ARBITRATION Int. A.L.R.* 82, 83 (2007).

³⁴ Craig Bamberger, “An Overview of the Energy Charter Treaty”, en *THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE* 1, 15 (Thomas Wälde ed., 1996) (énfasis en el original).

Internacional de la Energía. Similar al fragmento transcrito arriba, la publicación no incluye comentario alguno sobre el párrafo 7 en específico, pero su resumen del artículo 26 resalta una elección de “la preferencia del inversor entre” [traducción libre] las diversas instituciones y Reglas de arbitraje. Las únicas excepciones al “consentimiento incondicional al arbitraje CIADI, CNUDMI o de Estocolmo” [traducción libre] analizada por Bamberger es el 26(3)(b), que concierne a la falta de consentimiento al arbitraje cuando la controversia se haya sometido previamente a otras cortes o tribunales³⁵.

19. Otros expertos han llegado a la misma conclusión y, al igual que Bamberger, ninguno menciona el párrafo 7 al momento de analizar las excepciones a la elección del inversor en el contexto del arbitraje en virtud del artículo 26. A modo de ejemplo, Thomas Wälde escribió que “[l]os inversores, y sólo los inversores, pueden optar por los tribunales nacionales, un procedimiento de resolución de controversias acordado previamente, o el arbitraje en virtud de las reglas de arbitraje del CIADI, de la CNUDMI o de la Cámara de Comercio de Estocolmo”³⁶ [traducción libre]. Notablemente, Wälde restringe esta declaración mediante una nota al pie que reconoce que “[h]ay algunas limitaciones” [traducción libre], pero luego analiza sólo los artículos 26(3)(c) y 26(4)³⁷. Su análisis de las “limitaciones” no hace referencia alguna al artículo 26(7). Seguramente, si Wälde hubiera percibido que el párrafo 7

³⁵ Representación Legal de la Agencia Internacional de la Energía, “The Energy Charter Treaty: A Description of its Provisions” (1995).

³⁶ Thomas Wälde, “International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries”, *en* THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 251, 305 (Thomas Wälde ed., 1996). En sus escritos, Wälde enfatizó insistentemente el punto relativo a la elección del inversor. Por ejemplo, en otra publicación, escribió que el hecho de recurrir o no al arbitraje era “la elección del inversor (exclusivamente)” y que “[c]ada parte contratante (a saber, Estados y la CE) prestan ‘consentimiento incondicional a la sumisión de una controversia al arbitraje internacional’ y se considera que este consentimiento, prestado mediante la firma del Tratado, cumple con los requisitos de estas cuatro opciones arbitrales” [traducción libre]. Thomas Wälde, “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation”, 12 ARBITRATION INT’L, Issue 4, 429, 449 (Kluwer Law Int’l 1996).

³⁷ Thomas Wälde, “International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries”, *en* THE ENERGY CHARTER TREATY: AN EAST-WEST GATEWAY FOR INVESTMENT AND TRADE 251, nota al pie 202 (Thomas Wälde ed., 1996). Wälde continúa: “Hay algunas limitaciones: en virtud del artículo 26(3)(c), los países pueden optar por no someterse al arbitraje obligatorio en materia de inversión en el caso de controversias relativas a la ‘santidad del contrato’ - que se presume se tratan principalmente de concesiones minerales. No sorprende que Noruega, Canadá y Australia hayan ejercido esta opción de exclusión, como se describe en el Anexo IA. Los países del Anexo ID – el Anexo nombra diecisiete – no permitirán que un inversor que se haya embarcado en un arbitraje previsto en el contrato o en un proceso judicial ante los tribunales nacionales se pase al arbitraje en materia de inversión conforme al artículo 26(4)” [traducción libre]. *Id.*

restringe la elección del inversor a determinadas reglas o instituciones de arbitraje, entonces habría incluido esta circunstancia en su análisis de las demás limitaciones³⁸.

20. Por lo tanto, la conclusión del Laudo en cuanto al artículo 26(7) del TCE, en mi opinión, es simplemente errónea, sea que se lo interprete exclusivamente de conformidad con el artículo 31 de la CVDT o que, en su lugar, se recurra al artículo 32 de la CVDT, y es contraria al proceso hermenéutico aplicado en relación con la “exclusión de Svalbard”³⁹.

³⁸ *Id.*

³⁹ En aras de evitar toda duda, mi concurrencia o acuerdo se extiende al rechazo por parte del Laudo del argumento NMF planteado por los Demandantes.

Fecha: 10 de octubre de 2014

Charles N. Brower

Charles N. Brower

Anexo A

A I E

AGENCIA INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA

2.5.1994

A I E

AGENCIA INTERNACIONAL

DE LA ENERGÍA

2 rue André-Pascal

75775 París Cedex 16

Francia

Telefax: 19-32-2-296.6261.

A la atención de: Lise Weis.

Compañía/gobierno: Secretaría de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía.

Ciudad y país: Bruselas, Bélgica.

Remitente: Craig Bamberger.

Teléfono: 4524.9492.

N.º de páginas (incluida la portada): 4.

Adjuntas respuestas finales a las preguntas
de Japón respecto al Art. 30. [manuscrito]

| |
|------------------------------------|
| CARTA EUROPEA DE LA ENERGÍA |
| SECRETARÍA DE LA CONFERENCIA |
| FECHA/N.º: 2.5.94/2678 |
| ATRIBUTO: TCE |
| PARA INFORMACIÓN: LW/LKE/W/VS |

33 1 45 24 90 32

TELEFAX AIE:

33 1 45 24 99 88

2 de mayo de 1994

**Informe del Subgrupo Legal:
Artículo 30**

El presente informe responde a preguntas de la Delegación japonesa relativas al artículo 31. Las preguntas se indican abajo por separado, seguidas de nuestras respuestas.

A. *Párrafo (5)*

El apartado (i) hace referencia exclusivamente al “consentimiento escrito” en las resoluciones de controversias en el marco del Convenio CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario, aunque el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el procedimiento arbitral al amparo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo también prevén el “consentimiento escrito”. Por ende, solicitamos aclaración respecto del motivo por el cual sólo se mencionan el Convenio CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario en dicho apartado y del objetivo de dicho apartado.

Comentarios:

Si bien no hubo consenso en el Subgrupo en cuanto a la necesidad de incluir una disposición semejante, no estaría de más agregarle al párrafo 5(a) un nuevo apartado (iii) que disponga lo siguiente:

(iii) “que las partes en un contrato hayan acordado por escrito” para los fines del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

La Secretaría de la Carta ya ha incluido una disposición de tal naturaleza en CONF-98, sobre la base de un borrador de esta opinión.

No se necesita una disposición equivalente para el Instituto de Arbitraje de Estocolmo, dado que su Reglamento no especifica ni el consentimiento escrito ni el acuerdo previo de las partes en la controversia.

B. *Párrafo 5(a)(ii)*

No entendemos concretamente qué tipo de requisitos deben ser cumplidos en relación con este apartado. En consecuencia, solicitamos aclaración a tal efecto.

En este aspecto, algunas personas afirmaron en el curso de las negociaciones que este apartado pretendía garantizar la ejecución de laudos arbitrales al hacer referencia a “el Convenio de Nueva York”. Sin embargo, las Partes Contratantes del Tratado no siempre serán Partes Contratantes del Convenio de Nueva York. Por lo tanto, solicitamos aclaración respecto de lo siguiente: ¿Qué efectos tendrá este apartado para los países que no sean Partes Contratantes del Convenio de Nueva York? Si “el Convenio de Nueva York” debe mencionarse a fin de garantizar la ejecución de un laudo arbitral, ¿cómo se garantizará su ejecución en el territorio de las partes no contratantes del Convenio?

Comentarios:

Creemos que la pregunta de Japón debería haber hecho referencia al párrafo 5(b).

- 2 -

Si una parte en la controversia solicita que la controversia sea sometida a arbitraje en un Estado sujeto al Convenio de Nueva York, entonces, incluso cuando ni la Parte Contratante del inversor ni la Parte Contratante que sea parte en la controversia es parte en el Convenio de Nueva York, las disposiciones del Convenio serán aplicables a la ejecución del laudo contra los activos de las partes en la controversia en el Estado en que el arbitraje tenga lugar. Asimismo, el laudo será reconocido y ejecutado en otros Estados parte del Convenio de Nueva York. Esto no elimina el requisito según el cual el Estado parte en la controversia deba cumplir con el laudo aun si se somete a arbitraje en un Estado ajeno al Convenio de Nueva York: véase párrafo (8) del artículo 30.

C. *Párrafo (6)*

Creemos que este párrafo es innecesario porque: (a) cada procedimiento de arbitraje enumerado en el párrafo (3) es legalmente independiente del Tratado y no puede verse influido por el Tratado; y (b) cada procedimiento debería poder determinar las leyes aplicables a la controversia conforme a su propio procedimiento.

Comentarios:

(a) El Tratado puede modificar la aplicación de los acuerdos de resolución de controversias a las controversias conforme al Tratado si las partes en la negociación así lo desean.

(b) No es inusual ofrecer orientación a futuros árbitros de esta manera. En el caso particular de los arbitrajes con arreglo a este artículo, es importante asegurarse de que los árbitros entiendan que el derecho que ha de aplicarse es el derecho establecido por el Tratado sobre la Carta, así como otro derecho internacional pertinente y no, por ejemplo, el derecho nacional de la Parte Contratante en contra de la cual se ha iniciado el arbitraje.

D. *Párrafo (7)*

1. ¿Por qué este párrafo hace referencia exclusivamente al Convenio y al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI?

2. La interpretación y aplicación del Convenio CIADI, que es independiente del Tratado, no puede ser determinada de manera unilateral por el Tratado. Por lo tanto, aun cuando este párrafo (7) prevea la definición de "Ciudadano nacional de otro Estado Contratante", cuyo contenido es algo diferente de la del artículo 25(2) del Convenio CIADI, no tiene sentido desde el punto de vista jurídico.

3. Sin embargo, consideramos que el contenido de esta disposición es importante a efectos de la protección y promoción de la inversión. Entonces, nos gustaría proponer el siguiente texto:

“En caso de que cualquier Inversor que no sea persona física que haya realizado una Inversión en una Parte Contratante esté controlado por Inversores de otra Parte Contratante en la fecha en que el primer Inversor presente una solicitud ante la primera Parte Contratante a fin de someter la controversia a conciliación o a arbitraje de conformidad con las disposiciones de este artículo, el primer

- 3 -

Inversor será tratado, a los efectos de las disposiciones de este artículo como un Inversor de otra Parte Contratante”.

Comentarios:

Como se reconoce, la cuestión concierne sólo al Convenio CIADI y al reglamento del Mecanismo Complementario (MC). El artículo 25(2) del Convenio CIADI y el artículo 1(6) del reglamento MC son casos especiales y el párrafo (7) corresponde exclusivamente a dichos artículos. El párrafo (7) no difiere de manera substantiva del lenguaje del artículo 25(2) del Convenio CIADI o del artículo 1(6) del MC. No creemos que el lenguaje propuesto sea necesario.

E. *Párrafo (8)*

Nos gustaría que la secretaría o el Subgrupo Legal confirmaran por escrito el significado de “adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos [los laudos] en su Dominio”. Entendemos que los países que ya cuentan con un sistema jurídico eficaz a efectos de la ejecución de laudos arbitrales pueden cumplir con su obligación estipulada en la tercera oración de este párrafo mediante la adopción de las medidas necesarias de conformidad con su legislación nacional, conforme a lo previsto en el Convenio de Nueva York. De otro modo, no podemos aceptar este apartado.

Comentarios:

El entendimiento de la Delegación japonesa coincide con el del Subgrupo Legal, es decir, un país que ya cuenta con un procedimiento jurídico eficaz a efectos de la ejecución de laudos arbitrales cumple con el Tratado.

F. *Declaración Ministerial relativa al Art. 30(2)(a)*

Solicitamos aclaración respecto del significado de esta declaración. ¿Pretende esta declaración asegurarse de que cada Parte Contratante pueda determinar la manera de implementar el Tratado dentro de su marco jurídico y que no siempre es necesario que una Parte Contratante adopte medidas legislativas a fin de implementar el Tratado? En caso afirmativo, aceptamos esta declaración.

Comentarios:

Cada Parte Contratante puede implementar el Tratado en la forma apropiada conforme a su constitución, teniendo en cuenta la regla de pacta sunt servanda. La Declaración Ministerial no impone limitación alguna al respecto.