

Opinión disidente del árbitro Profesor Francisco Orrego Vicuña

1. Habiendo examinado la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal, junto con coincidir en algunos aspectos del análisis debo también hacer presente mi disidencia respecto de otros aspectos que me llevan a la conclusión de que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer de la controversia.
2. Esta opinión se fundamenta principalmente en las amplias definiciones que contiene el Artículo 1 del APRI, tanto en lo que respecta a las exigencias para poder ser considerado inversor como aquellas que se relacionan con el concepto de inversión. El Laudo correctamente concluye que la calidad de inversor está directamente relacionada con la inversión realizada.
3. La mayoría ha considerado que el sentido del término “inversión” se refiere a un concepto que va más allá de la lista que indica el Artículo 1 del APRI, requiriéndose en particular una aportación, que esta se efectúe dentro de un plazo determinado y que el inversionista quede sujeto a un cierto riesgo. Desde luego cabe observar que la aportación en cuestión permite una amplia gama de modalidades que se ejemplifican en esa disposición, no mereciendo dudas que la aportación prevista por el inversionista cubre varios de esos ejemplos.
4. Las exigencias relativas a un período de tiempo determinado y a la existencia de un riesgo no se contienen en el APRI, correspondiendo más bien al enfoque del llamado “test” Salini, hoy ampliamente superado por la jurisprudencia y los propios tratados bilaterales de inversión. En todo caso, cabe observar que si la inversión no se pudo completar dentro de un período inicial no fue por desinterés del inversor sino por los obstáculos jurídicos y de hecho que surgieron a su materialización, prueba de lo cual son las controversias entre las partes sometidas a este arbitraje. Más evidente todavía resulta en este plano la existencia de un riesgo, pues todo el proyecto contemplado y concordado fracasó al corto andar.
5. La decisión de la mayoría llega enseguida a una conclusión que el suscrito no considera justificada en cuanto a la inexistencia de una relación contractual entre las partes. Es efectivo que si se busca un instrumento que se denomine solemnemente “contrato” este como tal no existe. Sin embargo, es bien sabido que el sentido de un contrato en el derecho civil no radica en su formalidad ni en su solemnidad sino en la concurrencia de voluntades normalmente expresada mediante una oferta seguida de una aceptación.

6. Dicha concurrencia de voluntades es manifiesta en este caso, como lo demuestra el hecho de la suscripción de instrumentos y la constitución de sociedades para materializar los encargos ofrecidos por el Estado huésped y aceptados por el inversor para la realización de cuantiosas obras públicas, incluyendo casas y fábricas, entre otros aspectos. Tanto es ello así que la Carta de Intenciones suscrita por las Partes el 16 de enero de 2008 contiene estipulaciones cuya obligatoriedad va mucho más allá de una mera expresión de intenciones, incluyendo la asignación de costos y ulterior financiamiento. La decisión de constituir una Sociedad Mixta (Industrias y Construcciones Guinea Ecuatorial S. A. o INCOGESA) siguió el 16 de octubre de 2008 con el fin específico de promover y explotar determinadas obras, previéndose nuevamente la manera como cada parte pagará su contribución a la sociedad, la distribución y suscripción de acciones, el monto máximo de la inversión a efectuarse, las ventajas de que se beneficiaría de acuerdo a la Ley de Inversiones de Capital Extranjero y otros aspectos.

7. Nada de lo anterior sería concebible si acaso no existiese una concurrencia de voluntades para llevar a cabo la inversión y la ejecución del proyecto, hasta el punto de que dos meses más tarde, el 19 de diciembre de 2008, se hace entrega y se reciben los proyectos encargados con el “alcance previsto en el contrato suscrito entre las partes el 16 de octubre de 2008” (énfasis agregado). La mayoría asigna a esa calificación contractual un sentido disminuido por tratarse en esa opinión de una mera referencia al Acuerdo societario del 16 de octubre anterior. Pero aun si ese fuese su alcance, que no lo es, el acuerdo societario no es un instrumento que se da en el vacío sino la expresión del propio consentimiento a que se ha hecho referencia.

8. Sobre la base de ese razonamiento la mayoría concluye que los derechos y obligaciones estipulados en el Acuerdo societario se encuentran supeditados a la celebración de contratos de obra con el Estado y a la constitución y efectivo funcionamiento de la Sociedad Mixta. El hecho de que no se hayan suscrito contratos de obra con el Estado y seguido los procedimientos previstos para ese fin en la legislación del Estado huésped descalificaría en esa opinión la existencia de la inversión. A mayor abundamiento concluye la mayoría que el hecho de no haberse pronunciado el Estado dentro de los plazos previstos en su legislación no conlleva que opere el silencio administrativo como expresión del consentimiento por no preverlo así la legislación que rige esas obras.

9. La realidad de esta controversia no parece avalar esas consideraciones. Si bien es efectivo que la constitución de la Sociedad prevista no llegó a traducirse en un funcionamiento adecuado, ello no significa que se pudiese prescindir enteramente de los derechos y

obligaciones estipuladas. La propia situación de ulterior disolución muestra que la sociedad existía y que por consiguiente era capaz de disponer de derechos o estar sujeta a obligaciones. La interrupción de la continuidad societaria no puede atribuirse a la voluntad del inversor pues éste tenía el evidente interés de llevar a cabo el proyecto, siendo esa interrupción consecuencia de las dificultades que gradualmente se fueron construyendo y que ahora están sometidas a este arbitraje.

10. De no ser ello así no haría sentido que el inversor preparase los Proyectos técnicos para la realización de las obras, que estos fueran evaluados y en definitiva recibidos por el Estado huésped, todo ello, como se ha indicado, en los términos del contrato suscrito entre las partes el 16 de octubre de 2008.

11. Es un hecho que el capital societario no fue aportado desde un primer momento, pero también es un hecho que la incertidumbre creada por la política que el Estado decidió seguir no habría contribuido a la estabilidad necesaria para ese fin, siendo esta precisamente una manifestación del riesgo que la opinión de la mayoría considera insatisfactoriamente presente en el contexto de la inversión.

12. Debe igualmente tenerse presente que si bien el inversor aportó una cantidad de dinero para suscribir el capital social, éste fue retirado posteriormente, salvo en una cantidad menor que permaneció en una cuenta corriente. En la opinión de la mayoría el riesgo de expropiación invocado por el inversor no justificaría tal medida ni hay prueba de la existencia de tal riesgo. Sin embargo, ya sea que se perciba un riesgo de expropiación, esencialmente subjetivo, o uno de otra naturaleza que amenace la vida del proyecto, como era evidentemente el caso, no parece razonable concluir que el inversor deba dejar el capital ingresado en una situación altamente vulnerable.

13. Tampoco parece apropiado concluir, como lo hace la opinión de la mayoría, que la sociedad INCOGESA, si bien fue constituida, nunca fue integrado su capital social, por lo que igualmente apuntaría a una deficiente actuación del inversor. Esta sociedad era el vehículo de ejecución del proyecto y al no disponerse de un camino apropiado conducente a este fin por las dificultades explicadas no parecería tampoco razonable que se deba proceder con una etapa que ya no correspondía a una colaboración real entre ambas partes.

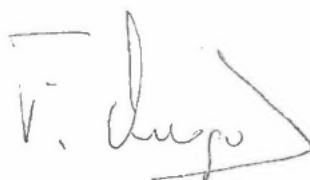
14. Esta disidencia manifiesta su completo desacuerdo con la opinión de que el inversor evidencia su falta de conocimiento del derecho interno aplicable, con el resultado de llevar a cabo un accionar negligente. Aparte de tratarse de imputaciones inapropiadas pareciera de toda

evidencia que si el inversor está contratando con el Estado, es éste que tiene la obligación de exigir que se adopten todos los pasos requeridos por su legislación, lo que ciertamente no ocurrió durante la etapa de materialización inicial del proyecto, siendo estos argumentos recién planteados en este arbitraje como parte de una estrategia litigiosa.

15. Las consideraciones relativas a aquella parte del proyecto que se refiere a las obras de Oyala no son demasiado diferentes de las anteriores. Existió a este respecto una adjudicación (énfasis agregado), otorgada por iniciativa del propio gobierno del Estado huésped a favor del inversor, la que posteriormente se ha procurado desvirtuar con el argumento de que era meramente provisional, que no se perfeccionó contractualmente y que no siguió los procedimientos administrativos adecuados. Esas argumentaciones, sin embargo, no logran opacar el hecho de que había aquí un reconocimiento expreso de la existencia del inversor y de una inversión destinada a la ejecución de nuevas obras cuantiosas, como tampoco opacan el hecho de que el no seguimiento de las medidas administrativas internas se debió en esencia al propio actuar del Estado. El concepto de adjudicación conlleva igualmente una manifestación de la voluntad de concertar derechos y obligaciones precisas, representando una nueva instancia de iniciativa contractual.

16. Si la inversión efectuada fue importante o menor, si los gastos preparatorios fueron grandes o pequeños, o si las expectativas de obtener las utilidades apropiadas se frustraron o no, son todas materias que pertenecen al fondo de la controversia y a la cuantificación eventual de daños. Mediante una decisión sobre jurisdicción cuya justificación no puede ser compartida, el inversor fue privado de la oportunidad de probar los aspectos relativos a responsabilidad y daños que son de la esencia de su derecho a acceder a la justicia.

Respetuosamente presentada,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "F. Orrego". The signature is stylized with a large, sweeping flourish on the right side.

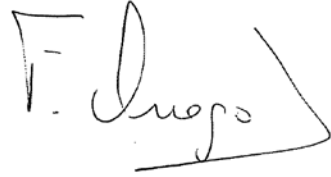
Francisco Orrego Vicuña

Fecha:

24 de julio de 2015

Adenda de la Opinión Disidente del árbitro Francisco Orrego Vicuña:

El suscrito debe también hacer presente que en su opinión la parte demandada debería ser condenada a pagar todas las costas del procedimiento, incluidos los honorarios profesionales, por haber reiteradamente incurrido en desacato respecto de las decisiones del Tribunal y las instrucciones de la Secretaría del CIADI en cuanto a su contribución a los gastos, en ocasiones comunicando información que resultó no ser veraz y que es por consiguiente incompatible con la conducta que cabe exigir a las partes en un arbitraje.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Orrego', with a large, sweeping flourish extending to the right.

Francisco Orrego Vicuña
17 de noviembre de 2015