Patrocina:

ANÁLISIS DEL CASO

GEM Corp. c. La República Federal de Occidente (RFO)

CONFIDENCIAL

Sexta Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión

Abril de 2019, Bogotá D.C.

Información importante sobre el Análisis del Caso

Por favor, recuerde que conforme al párrafo 1.7 del Reglamento de la Competencia, el contenido de este documento es estrictamente confidencial y bajo ninguna circunstancia debe estar a la disposición de los equipos participantes o entrenadores durante la Competencia. En caso de que los participantes, entrenadores, acompañantes u observadores se encontraran con este documento, deberán abstenerse de examinarlo o utilizarlo.

Los árbitros tienen la obligación de mantener la confidencialidad sobre todos los aspectos relacionados con el análisis del caso u otros documentos de la Competencia reservados a ellos. Si un árbitro es hallado compartiendo este documento con miembros de equipos participantes, tanto el árbitro como el equipo involucrado serán excluidos de la Competencia.

La organización de la Competencia de Arbitraje agradece cualquier comentario o sugerencia sobre este documento las que pueden ser dirigidas al siguiente correo electrónico: caii@uexternado.edu.co

Tabla de Contenido

I. Hechos 2

II. Derecho 4

A) Cuestiones de Jurisdicción 4

1) Jurisdicción en razón de la persona 4

2) Jurisdicción en razón de la materia 5

3) Denegación de Beneficios 6

4) Principio 'Achmea' 8

B) CUESTIONES DE FONDO 9

5) Expropiación 9

6) Trato Justo y Equitativo 10

Abreviaciones	
RFO	República Federal de Occidente
RP	República del Pacífico
Butanolandia	Reino de Butanolandia
GdO o el Proyecto	Gasoducto de Occidente
GdS	Gasoducto del Sur
SPV	Sociedad de propósito especial por sus siglas en ingés
GOSPA	Gasoducto de Occidente S.p.A.
GEM Corp.	Gas y Energía para el Mundo Corp.
GenerGas Inc.	Generadora de Gas Inc.
Sponsors	Oil Red Corp., Coal&Supplies Inc., y Gas Europe Inc.
AOMS	Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas de RFO
UE	Unión Europea
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

I. Hechos

Nota: Los hechos que constituyen la base para la presente competencia se encuentran en el Caso Hipotético. Sin perjuicio de ello, a continuación se resumen los principales hechos del caso

El Inversionista y su Inversión

1. En el año 1973, el Sr. Mássimo Manzini, nacional de la RP constituye la sociedad GEM Corp., con domicilio en la Avenida El Paso, 107865, en Mérida, RP. El objeto de la sociedad es la extracción, transporte, comercialización y exportación de gas. Hacia el año 1993, GEM Corp. construye el GdS, un gasoducto que sale desde la RP, pasa por Butanolandia y llega a RFO. Durante la primera década del siglo XXI este gasoducto comienza a presentar 2 problemas: (i) su capacidad instalada es pequeña para suplir la demanda de gas de RFO, y (ii) el paso obligado del gasoducto por Butanolandia generaba incertidumbre en cuanto al suministro de gas hacia RFO por conflictos contractuales y políticos entre Butanolandia y la RP.
2. Atraído por el incremento en la demanda de gas de RFO y con el deseo de lucarse por solucionar los 2 inconvenientes del GdS, en el año 2007 GEM Corp. estructura la construcción del GdO, un gasoducto que conectaría a la RP con RFO pasando por el Mar de la Discordia, cuyo costo asciende a US $13.000 millones.

Para construir el GdO, el 13 de julio de 2007 GEM Corp, constituye la sociedad GOSPA en las Islas de María, como SPV para el Proyecto, y a través de ella:

a. Suscribe un contrato de suministro y compra de gas con la empresa estatal de RFO "GenerGas Inc." en enero del 2008;

b. Entre enero y mayo de 2008 suscribe acuerdos de financiamiento con los sponsors del Proyecto, suscribe un contrato de crédito con el banco austríaco Bank of Well y emite bonos corporativos;

c. En septiembre de 2008 suscribe un contrato de Engineer, Procurement and Construction (EPC) con la empresa suiza Providers & Engineer.

3. En el año 2010 GEM Corp. también invierte en RFO a través de la compra de un 25% de las acciones de GenerGas Inc., movido por la importancia estratégica de GenerGas Inc. tanto en el mercado de generación de energía eléctrica de RFO como para el modelo corporativo de GEM Corp.

Los países involucrados en el caso

a. La República Federal de Occidente (RFO): Estado receptor de la inversión. Inicia su ingreso a la Unión Europea en el 2005 e ingresa en agosto del 2008. Suscribe y ratifica el TCE. Es un país altamente dependiente del gas para la generación de energía eléctrica. La mayoría de sus importaciones de energía son suplidas por GEM Corp.

b. La República del Pacífico (RP): país donde se encuentra incorporado GEM Corp. Suscribe el TCE *pero nunca lo ratifica*. *El 10 de enero de 2017 se retira del TCE*. No es un Estado miembro de la UE. A raíz de una de las medidas adoptadas por RFO contra el inversionista, RP inicia una controversia en el marco de la OMC.

Las medidas y sus efectos en el Proyecto GdO

4. Las medidas discutidas y la forma en que afectan las inversiones de GEM Corp. son:

a. El 3 de septiembre de 2008, la Unión Europea adopta un Reglamento de sanciones económicas contra la RP por su intervención ilegal en territorio y asuntos internos de Butanolandia, que prohíbe transacciones comerciales con nacionales de RP en ciertos sectores, incluido el sector hidrocarburos. En virtud de dicho reglamento, la RFO como un Estado miembro de la UE suspende la importación de tuberías por GEM Corp. hacia su territorio para iniciar la construcción del gasoducto. Esto generó un retraso de 6 meses en el inicio del Proyecto. La emisión del Reglamento también prohíbe el financiamiento por uno de los sponsors;

b. El 2 de febrero de 2011 el presidente de RFO creó por decreto la contribución especial de energía renovable como desincentivo a la generación de energía a partir de fuentes no renovables. Esta medida afecta las condiciones de competencia entre empresas de generación de energía en RFO, y crea una situación onerosa para GenerGas Inc. que lo obliga a incumplir el contrato de suministro suscrito con GEM Corp. y se consolidan cuentas por pagar a GEM Corp. por un valor de US $5,000 millones. Esta situación también afecta el valor de las acciones de GenerGas Inc., en las cuales GEM Corp., tiene el 25%;

c. Fruto de investigaciones sobre libre competencia adelantadas por la Comisión Europea y por las autoridades de libre competencia de RFO, el 16 de mayo de 2016 RFO ordena a GEM Corp.: (i) vender su participación accionaria en el SPV, y (ii) cumplir con las reglas sobre acceso de terceros a la red de infraestructura de suministro de gas, dando aplicación del Derecho de la Unión Europea. Estas medidas afectan las capacidades de suministro de gas de GEM Corp., y ponen en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con diferentes compradores de gas. Adicionalmente, rompen el modelo de negocio de GEM Corp. en el sector del gas, pues pierde participación y control sobre el SPV que maneja el suministro.

d. El 15 de enero de 2017 la autoridad de libre competencia de RFO emitió una decisión por la cual encuentra que el contrato de suministro y compra de gas suscrito entre GOSPA y GenerGas Inc. contiene cláusulas abusivas y restrictivas de la competencia, y obliga a GEM Corp. a re-negociar el contrato, y a incluir un

mecanismo de compensación de todas las ganancias indebidas que GEM Corp. hubiera obtenido en aplicación de dichas cláusulas. Finalmente, el 15 de febrero de 2017 la autoridad de libre competencia de RFO impone sanciones del 20% de los ingresos semestrales de GEM Corp. por el incumplimiento de la orden de renegociar el contrato de suministro y compra de gas.

5. El 12 de marzo de 2017, GEM Corp. presenta su solicitud de arbitraje ante el CIADI bajo el artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía. El 10 de agosto de 2017 la República Federal de Occidente rechazó la jurisdicción del tribunal arbitral y rechazó todas las alegaciones de violación de Tratado de la Carta de la Energía y denegó los beneficios del tratado alegando la aplicación del artículo 17.2 del TCE

II. Derecho

A) Cuestiones de Jurisdicción

1) Jurisdicción en razón de la persona

Problema: GEM Corp. es una empresa de RP, un Estado que firmó el TCE, nunca lo ratificó, y después de surgida la controversia, terminó la aplicación provisional del tratado. ¿Puede GEM Corp. considerarse un '*inversionista de otra* ***Parte Contratante'*** según lo requiere la cláusula de arbitraje del TCE?	
Normas Aplicables	
Artículo 25 Convenio CIADI	Jurisdicción del CIADI
Artículo 26 TCE	Consentimiento a la jurisdicción del CIADI para arbitrar disputas con un "*inversionista de otra* ***Parte Contratante***"
Artículo 1(2) TCE	Definición de Parte Contratante
Artículo 45(3)(b) TCE	Aplicación Provisional del TCE. Para el Estado que termina la aplicación provisional del tratado, éste continúa surtiendo efectos.
Artículo 50 TCE	El texto del TCE en sus 6 idiomas es igualmente auténtico.
Artículo 33 CVDT 1969	Cuando hay contradicción entre los textos auténticos de un tratado, se debe adoptar la interpretación más conciliadora.

Posturas de las Partes

Demandante (GEM Corp.) Argumenta que la terminación de la aplicación provisional del TCE por parte de RP no le quita la calidad de "inversionista de una Parte Contratante"	**Demandada (RFO)** Argumenta que GEM Corp. es un nacional de un Estado que no es "Parte Contratante" del TCE dado que RP terminó la aplicación provisional del TCE.
1. GEM Corp. es un "inversionista de una Parte Contratante" como lo exige el artículo 26 del TCE pues RP firmó el TCE. 2. A pesar de que RP terminó la aplicación provisional del TCE, el artículo 45 prevé un período de supervivencia que le permite expresamente a empresas como GEM Corp. presentar la reclamación ante el CIADI. 3. Aunque existan diferencias de redacción entre los distintos textos auténticos del artículo 45, el texto en español es claro en que el periodo de supervivencia también aplica a los propios nacionales del Estado que termina la aplicación provisional del tratado. 4. Para zanjar cualquier incongruencia entre los textos auténticos, los *trabajos preparatorios* del artículo 45(3) del TCE revelan que la redacción del	1. GEM Corp. es un nacional de RP, un Estado que no es, ni nunca fue "Parte Contratante" del TCE. 2. Si bien el TCE se aplicó provisionalmente a RP, éste decidió terminar dicha aplicación provisional el 10 de enero de 2017, convirtiendo a RP en un 'Tercer Estado'. 3. Aunque el artículo 45 del TCE dice que cuando un Estado termina la aplicación provisional algunas obligaciones perviven por un período, esta supervivencia sólo aplica para los extranjeros y no respecto de los nacionales. 4. Para zanjar las incongruencias entre los distintos textos auténticos del artículo 45 del TCE, los *trabajos preparatorios* del artículo 45(3) muestran que cuando se propuso por primera vez dicha disposición, la delegación de Estados Unidos advirtió que la cobertura de la cláusula de supervivencia a

citado artículo no fue propuesta inicialmente en idioma español, sino que fue Japón quien la propuso por primera vez en el borrador de enero 18 de 1993[1], lo cual indica que la intención de las Partes del TCE siempre fue garantizar que el período de supervivencia se aplicara tanto a extranjeros como a nacionales[2]	nacionales y extranjeros debía ser aplicable para casos de denuncia, no de terminación de la aplicación provisional del tratado[3].

2) Jurisdicción en razón de la materia

Problema: ¿Un contrato de suministro de gas es una "Inversión" de acuerdo con el artículo 1(6) del TCE?	
Normas aplicables	
Artículo 25 Convenio CIADI	Jurisdicción del CIADI
Artículo 26 TCE	Incorpora el elemento de la *territorialidad de la inversión*
Artículo 1(6) TCE	Definición de "Inversión". Se incorpora un listado no taxativo. Se agrega que es inversión "*toda inversión* relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía"

Posturas de las Partes

Demandante (GEM Corp.) Argumenta que el TCE incorpora expresamente los contratos de suministro como 'Inversión'	**Demandada (RFO)** Argumenta que no tiene sentido proteger como 'Inversión' una operación meramente comercial
1. Un contrato de suministro de Gas es una Inversión pues encaja perfectamente en las inversiones enunciadas en los literales (c) y (f) del artículo 1(6) del TCE.[4] 2. Adicionalmente, el contrato de suministro y compra de gas suscrito entre GOSPA y GenerGas Inc. es una inversión pues se encuentra asociado a la	1. Un contrato de suministro o de compra y venta de gas o de cualquier otro producto energético no es *en sí mismo* una "Inversión" de acuerdo con el artículo 1(6) del TCE, sino que se requiere algo más que denote compromisos de capital, tiempo, riesgo y contribución al desarrollo. Este elemento adicional no existe en el caso concreto[5].

[1] European Energy Charter Conference Secretariat, Document 3/93 Annex VI, BA-32, january 18, 1993. Ver BANIFATEMI, Y. (2011), "Provisional Application of the Energy Charter Treaty: the negotiating history of article 45" en COOP, G. (ed) *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*, Juris, pp. 191-210.

[2] El texto del primer borrador decía: "The provisions of this Agreement shall continue to be effective for a period of twenty years from the date when the withdrawal of a Contracting Pary takes effect, in respect of Investments and Returns acquired prior to such date in the Domain of the Contracting Party by investors of other Contracting Parties and in the Domains of other Contracting Parties by investors of that Contracting Party" (Subrayado fuera de texto)

[3] European Energy Charter Conference Secretariat, 74/93, CONF-82, December 20, 1993.

[4] *Energoalians SARL v. the Republic of Moldova*, UNCITRAL, Laudo del 23 de octubre de 2013 (Savranski, Volcinski, Pellew [disidente]) ¶ 186 y ss; Fallo de la Corte de Casación Francesa del 28 de marzo de 2018, p. 2; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. C. República Popular de Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("BAPEX"), Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, Casos CIADI No. ARB/10/11 y ARB/10/18, Decisión de Jurisdicción del 19 de agosto de 2013 (J. Paulsson, C. A. McLachlan, M. Schneider), ¶358, 359.

[5] *Energoalians SARL c. la República de Moldavia*, UNCITRAL (Savranski, Volcinski, Pellew). Opinión disidente del presidente del tribunal del 25 de octubre de 2013, ¶¶ 3, 4, 5: "Specifically, I disagree that Claimant's right to payment against Moldtranselectro arising in connection with Contract No. 24/02 is an "Investment" for the purposes of the ECT. In my view, this dispute does not concern an "Investment" at all, and thus, the Tribunal has no jurisdiction".

actividad económica del sector de la energía consistente en el transporte por tierra, la distribución y comercialización de un producto energético como es el gas.	2. El contrato de suministro suscrito entre GOSPA y GenerGas Inc. no implica más que la *compra y venta* de un bien, lo cual es una operación comercial y no de inversión, puesto que no involucra la destinación de recursos de capital al territorio del Estado receptor. 3. Adicionalmente, el artículo 26(1) establece que se pueden arbitrar las controversias "*relativa[s] a una inversión […]* ***en el territorio de la [otra Parte Contratante]***". El elemento de la *territorialidad de la inversión* no se encuentra en este caso.

3) Denegación de Beneficios

Problema: ¿Puede la República del Pacífico dar aplicación al numeral 2 del artículo 17 del TCE respecto de GEM Corp.?	
Normas aplicables	
Artículo 17(2) TCE	Denegación de los beneficios de la Parte III del TCE cuando no hay relaciones diplomáticao se adoptan medidas que prohíben transacciones con inversionistas de un Tercer Estado en el cual se encuentra incorporado quien realmente controla la inversión.
Artículo 26 TCE	Consentimiento a arbitrar controversias sobre el "incumplimiento […] **de una obligación derivada de la Parte III** relativa a una inversión […]"

Posturas de las Partes

Demandante (GEM Corp.) Argumenta que RFO no puede aplicar el artículo 17(2) del TCE, porque la denegación por RFO se hizo de manera tardía, porque que ella no abarca el acceso al CIADI y porque GEM Corp. no es un inversionista de un "Tercer Estado"	**Demandada (RFO)** Argumenta que RFO tiene derecho a aplicar el artículo 17(2) del TCE porque los beneficios solo se pueden denegar una vez de reclaman
1. RFO no puede aplicar el artículo 17(2) del TCE porque GEM Corp. no es "inversionista de un Tercer Estado" como lo exige dicha disposición, sino que es un nacional de RP, un Estado que continúa vinculado por las disposiciones del TCE en virtud de la cláusula de supervivencia del artículo 45(3)(b).	1. RFO puede denegar los beneficios del TCE a GEM Corp. bajo el artículo 17(2) pues GEM Corp. es un nacional de RP, Estado que ya no es parte del TCE.

Tambien: *Corte de Apelaciones de París, fallo RG N°13/22531 del 12 de abril de 2016*, pág. 6; *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award of March 29, 2005 (Bring, Smets, Danelius), pág. 76; *Caratube International Oil Company LLP c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Laudo del 5 de junio de 2012 (Gavan Griffith, Kamal Hossain, Karl-Heinz Böckstiegel), ¶ 344-350; *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for the Annulment of the Award (Dimolitsa, Dossou, Giardina), November 1, 2006, ¶ 27; *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Laudo del 26 de noviembre de 2009 (Rubins, Molfessis, Manitlla-Serrano), ¶177, 242, 243; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Laudo del 14 de julio de 2010 (van Houtte, Lévy, Gaillard), ¶110; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 31, 2001 (Cremades, Fadlallah, Briner); *Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction of August 6, 2004 (Laurence Craig, Weeramantry, Orrego Vicuña), ¶49-50.

2. Aunque se cumpliera el requisito anterior, RFO denegó tardíamente los beneficios del TCE a GEM Corp. y su denegación no puede tener efectos retroactivos[6]. La RFO siempre conoció la nacionalidad de GEM Corp. y aun así no ejerció su derecho sino hasta último momento cuando ya fue demandado. 3. La denegación de beneficios de la Demandada es ineficaz, pues no abarca el acceso al mecanismo del arbitraje establecido en el artículo 26 del TCE, por lo que la solicitud de la Demandada debe ser rechazada[7].	2. RFO denegó los beneficios oportunamente cuando GEM Corp. reclamó los beneficios a través de su notificación de arbitraje[8]. 3. El TCE no establece un tiempo límite para denegar los beneficios. Mal haría el tribunal en imponer un requisito no pactado por los Estados 4. Aunque la denegación se realiza después de surgida la controversia con GEM Corp., ésta no defrauda la confianza legítima del inversor, ya que el TCE no fue un factor determinante para que GEM Corp. realizara su inversión. 5. Aunque el TCE dispone que la denegación sólo abarca la Parte III del tratado, no tendría sentido que un inversor pueda acudir a arbitraje, pero que en dicho foro no pueda presentar ninguna reclamación relacionada con la Parte III del tratado. Por ello, el sentido útil de la denegación obliga a que abarque también el sistema de solución de disputas.

[6] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 Decision on Jurisdiction, February 8, 2005* (Van den Berg, Veeder, Salans), ¶161 ["The covered investor enjoys the advantages of Part III unless the host state exercises its right under Article 17(1) ECT; and a putative covered investor has legitimate expectations of such advantages until that right's exercise. A putative investor therefore requires reasonable notice before making any investment in the host state whether or not that host state has exercised its rights under Article 17(1) ECT […] It is difficult to see how any retrospective effect is consistent with this "long-term" purpose of the ECT"]; *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd.*, *UNCITRAL, PCA Case No. 2011-09*, *Decision on Jurisdiction, 25 July 2012* (Fortier, Hanotiau, D. Williams), ¶¶417-424; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Award of June 22, 2010* (Hobér, Crawford, Böckstiegel), ¶¶225-230; *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*, *ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 February 2016* (Yves Fortier, C. MacLachlan, F. Orrego Vicuña), ¶¶143, 146-156.

[7] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, Caso SCC 116/2010, Award of December 19, 2013* (Haigh, Lebedev, Böckstiegel), ¶745 ["Respondent's argument that Ascom falls within the denial of benefits provision in Art. 17 ECT is not relevant in the present context. Article 17 ECT, as clearly indicated by its introductory words "of this part", only applies to Part III of the ECT, leaving unaffected the dispute resolution provision in Part V with Art. 26 ECT"]

[8] *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Laudo del 31 de enero de 2014* (Júdice, Conthe, Vinuesa), ¶¶376-378 ["el Tribunal está de acuerdo con que la denegación puede ser y normalmente será utilizada cuando un inversionista decida invocar uno de los beneficios del TBI. Será en esa ocasión que el Estado demandado analizará si se cumplen las condiciones objetivas para la denegación y, en ese caso, decidirá si ejerce su derecho de denegar los beneficios comprendidos en el TBI al momento de la presentación de su contestación de la demanda."]; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decisión de Jurisdicción del 1 de junio de 2012* (Guido Santiago Tawil, Brigitte Stern, V.V. Veeder), ¶4.83; *Ulysseas, Inc. c. la República del Ecuador, UNCITRAL, Laudo de 12 de junio de 2012* (Michael Pryles, Brigitte Stern, Piero Bernardini) ¶¶172 y ss.

4) Principio 'Achmea'

Problema: ¿Carece de competencia el tribunal arbitral para pronunciarse sobre las medidas adoptadas por la RFO en razón de su íntima relación el Derecho de la Unión Europea?	
Normas aplicables	
Artículo 26 TCE	Sistema de Solución de Controversias
Artículo 16 TCE	Relación con otros tratados. Si dos Estados parte del TCE suscriben un tratado internacional relacionado con lo que regula el TCE, no se entiende derogado el TCE a menos que el otro tratado suscrito sea más favorable para el inversor extranjero.
Artículos 267 y 344 TFUE	Competencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y obligación de no someter controversias sobre la aplicación del Derecho de la UE a otro tribunal diferente del TJUE

Postura de las Partes

Demandante (GEM Corp.)	Demandada (RFO)
1. El tribunal es competente para conocer las medidas adoptadas por RFO, pues el TCE no limita el tipo de medidas que pueden constituir una violación del tratado. 2. Por otro lado, el tribunal no deriva su competencia del Derecho de la UE, sino del TCE. Mal haría en declinar su competencia con base en un tratado diferente del que le otorga la competencia respectiva. 3. Además, no existe incompatibilidad alguna entre el Derecho de la Unión y el TCE, ya que a la Unión Europea como organización internacional es parte del TCE[9], y el mismo Derecho de la Unión le da primacía a los tratados concluidos por la Unión sobre legislación secundaria de la misma UE[10].	1. El tribunal no es competente para conocer las medidas adoptadas por RFO pues éstas resultan de la aplicación del Derecho de la Unión, y su control de legalidad es una función reservada al Tribunal de Justicia de la UE. 2. Por otro lado, cuando RFO accedió a la UE, se entendía terminado o derogado cualquier tratado incompatible con el Derecho de la UE, y el artículo 26 del TCE es incompatible con los artículos 267 y 344 del TFUE[12]. 3. Si el tribunal arbitral fallara a favor de GEM Corp., estaría reconociendo como ilícita bajo derecho internacional una conducta del Estado que no sólo es lícita bajo el Derecho de la UE, sino que además se

[9] *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Laudo del 4 de mayo de 2017* (S. Alexandrov, C. McLachlan, J. Crook), ¶ 203-207 ["el Artículo 344 [del TFUE] no está implicado aquí. Este caso no implica ninguna controversia entre Estados Miembros de la UE, ni aborda la asignación de jurisdicción entre la UE y sus miembros"]; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decisión de Jurisdicción del 6 de junio de 2016* (R. Volterra, P. Nikken, A. Pellet), ¶71; *Charanne and Construction Investments v. Spain*, *SCC Case No. V 062/2012, Laudo del 21 de enero de 2016* (G. S. Tawil, C.V. Wobeser, A. Mourre), ¶ 440.

[10] *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction of 6 June 2016, ¶ 72, nota 66, c.fr. Sentencia del 10 de septiembre de 1996 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Caso C-61/94 (*Commission v. Germany*).

[12] "**Artículo 344.** Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos." *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Gran Sala), de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16*, ¶40-42, 60 ["los artículos 267 TFUE y 344 TFUE […] se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del TBI, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones

5. Tampoco es posible decir que el acceso de RFO a la UE reemplaza, sustituye o deroga el TCE, pues normalmente ese tipo de consecuencias tan protuberantes se pactan expresamente[11].	adopta en cumplimiento de compromisos bajo el Derecho de la UE.

B) CUESTIONES DE FONDO

5) Expropiación

Problema: ¿existe una violación al artículo 13 del TCE por parte de RFO?	
Normas aplicables	
Artículo 13 TCE	Expropiación
Artículo 6 TCE	Libre Competencia
Directiva 2009/73/CE	Libre Competencia en el sector energético en la Unión Europea

Posturas de las Partes

Demandante (GEM Copr.)	Demandada (RFO)
1. RFO expropió la inversión de GEM Corp. al obligarlo a vender su participación accionaria en GOSPA, lo que significa una pérdida material de la propiedad y el control de la inversión y una interferencia absoluta en sus derechos. 2. RFO debe a GEM Corp. Un valor de US $5,000 millones por suministros de gas no pagados. Esto constituye el 38% del costo de la construcción del gasoducto. Si a ello se suman los sobrecostos incurridos por GEM Corp. al inicio de la construcción y el financiamiento del gasoducto por hechos	1. RFO no ha expropiado la inversión de GEM Corp. pues la decisión sobre la venta de su participación accionaria en el SPV "GOSPA" es una medida regulatoria que busca proteger un fin legítimo de interés público protegido expresamente por el TCE[14]. 2. Además, la venta de la participación de GEM Corp. en GOSPA se adoptó en cumplimiento de una obligación bajo el Derecho de la Unión Europea[15], y ello constituye una excepción de política pública legítima bajo el TCE y el Derecho Internacional[16].

realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro."]

[11] *Eastern Sugar B.V. vs. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award of March 27, 2007* (Volterra, Gaillard, Karrer), ¶¶ 117, 130-139, 142 ["Neither the Europe Agreement nor the Accession Treaty provide *expressly* that the BIT is terminated. […] Thus, one cannot say that the Europe Agreement or Accession Treaty by their terms expressly *superseded* the BIT. Neither does the BIT itself expressly provide that it might be replaced if both its parties became members of the same REIO."]; *Achmea B.V. vs. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010* (van den Berg, Veeder, Lowe), ¶ 177

[14] **Artículo 6. Competencia.** 1. Las Partes Contratantes se esforzarán por disminuir las distorsiones del mercado y los obstáculos a la competencia en Actividades Económicas en el Sector de la Energía. 2) Las Partes Contratantes garantizarán que dentro de su jurisdicción exista y se aplique la legislación necesaria y adecuada para hacer frente a toda conducta anticompetitiva unilateral y concertada en Actividades Económicas en el Sector de la Energía.

[15] Directiva 2009/73/CE. **Artículo 9. Separación de las redes de transporte y de los gestores de red de transporte.** 1. Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: […] b) una misma persona o personas no tengan derecho: i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de producción o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte […]".

[16] *AES Sumnit Generation Ltd and AESTisza Erömü Kft v Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award of 23 September 2010*, ¶ 7.6.9 ["Had Hungary been motivated to reintroduce price regulation with a view to addressing the EC's state aid concerns, there is no doubt that this would have constituted a rational public policy measure. However, the Tribunal notes that as

imputables a RFO, así como la imposición de RFO a GEM Corp. de renegociar el contrato de suministro suscrito con GenerGas Inc., el Proyecto GdO se tornó inviable económicamente y ese efecto es equivalente a una expropiación indirecta[13]. 3. Por otro lado, RFO expropió la inversión que GEM Corp. había adquirido en GenerGas Inc. (participación accionaria del 25%), al adoptar la contribución especial de energías renovables, pues dicha acción de RFO hizo que el valor de la acción se desplomara por debajo de un 50%.	3. En relación con el resto de medidas, no existe un impacto económico equivalente a una expropiación, pues los suministros no pagados no impiden la operación del gasoducto al no sumar ni la mitad del monto invertido, y los sobrecostos incurridos eran un riesgo de GEM Corp. cuando se aventuró a construir el GdO[17]. 4. En cuanto a la obligación de renegociar la tarifa de venta del gas bajo el contrato y el desplome de las acciones de GEM Corp., esto no afecta suficientemente la inversión como para decir que hay una expropiación[18].

6) Trato Justo y Equitativo

Problema: ¿Existe una violación a las obligaciones contenidas en el artículo 10.1 del TCE por parte de RFO?	
Normas aplicables	
Artículo 10(1) TCE	Trato Justo y Equitativo

Posturas de las Partes

Demandante (GEM Corp.)	Demandada (RFO)
1. RFO violó la obligación de actuar de manera transparente e inequívoca de cara a GEM Corp. y de conservar un marco legal estable y predecible en los aspectos fundamentales que permitieron la realización de la inversión, al apoyar inicialmente la operación y construcción del GdO y posteriormente pedirle que vendiera su participación en GOSPA para cumplir con el Derecho de la UE. [19]	1. RFO respetó la obligación de crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para la inversión de GEM Corp., pues el inversionista siempre supo que RFO era un país que se encontraba en un proceso de transición y de ingreso a la UE. 2. El contrato de suministro suscrito entre GEM Corp. y GenerGas no es una licencia para incumplir el

long as the Commission's state aid decision was not issued, Hungary had no legal obligation to act in accordance with what it believed could be the result of the decision and to start a limitation of potential state aid"].

[13] *Metalclad v. Mexico, (ICSID Case No. ARB (AB)/97/1); TECMED v. Mexico, (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2), 29 May 2003*.

[17] *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of September 16, 2003* (Eugen Salpius, Jürgen Voss, Jan Paulsson), ¶20.30 ["The fact that an investment has become worthless obviously does not mean that there was an act of expropriation; investment always entails risk. Nor is it sufficient for the disappointed investor to point to some governmental initiative, or inaction, which might have contributed to his ill fortune"].

[18] *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, SCC*, Award of December 16, 2003* (Bjørn Haug, Rolf A. Schütze, Johan Gernandt), ¶ 4.3.1. Primer caso que se decidió bajo el TCE. Se dijo que una disminución en el precio de la energía vendida equivalente al 125% no equivalía a una situación lo suficientemente grave como para ser considerada una expropiación.

[19] *CMS-Gas Trasmission Company v The Argentine Republic, Award of 12 may 2005, ICSID case no. AR/01/8. ¶ 277. "*It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse legal effects." *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, párr. 382: "the Tribunal concludes that Article 10(1)'s obligation to accord fair and equitable treatment necessarily embraces an obligation to provide fundamental stability in the essential characteristics of the legal regime relied upon by investors in making long-term investments. This does not mean that

2. Así mismo, RFO adquirió compromisos contractuales específicos que crearon en GEM Corp. la expectativa legítima de conservar los términos del contrato intactos. Sin embargo, RFO violó esas expectativas legítimas al obligar a GEM Corp. a modificar algunas cláusulas contractuales[20]. 3. RFO actuó de manera arbitraria y abiertamente discriminatoria respecto de GEM Corp. al extenderle la aplicación de la legislación de la UE sobre competencia en el sector energético sin un fundamento jurídico razonable. 4. RFO violó la obligación de otorgar a GEM Corp. unas condiciones estables respecto del proyecto GdO, al cambiar de manera fundamental el marco jurídico relacionado con el acceso a las redes de transporte de gas. 5. Adicionalmente, en un trato abiertamente discriminatorio, el subsidio a energías renovables de RFO hizo que el precio de la energía vendida por las centrales térmicas fuera un 40% más caro que el de las renovables, y eso afectó el valor de GenerGas Inc., sociedad en la cual GEM Corp. había invertido comprando un 25% de sus acciones.	Derecho de la UE. Además, en él no se pactó una cláusula de estabilidad, por lo que las disposiciones del contrato no se encontraban abstraídas del marco legal de RFO, y sus normas de derecho imperativo eran aplicables al contrato de suministro[21]. 3. RFO trató de manera justa y equitativa a GEM Corp. al extenderle la aplicación de la legislación sobre competencia en el mercado del gas, pues se trataba de la aplicación de una medida de carácter general e impersonal que se aplicaba a todos los actores que participaran en el mercado de RFO. 4. Las medidas tomadas sobre el mercado de las energías renovables fueron aplicadas de manera general y sin hacer distinción entre ninguna empresa en especial, por lo que la medida no fue discriminatoria. Además, la medida obedece a un objetivo legítimo de interés público, que era lograr los compromisos en reducción de emisiones de CO2 bajo la Unión Europea. 5. Además, RFO estaba induciendo a GEM Corp. a la ruptura contractual de sus compromisos take-or-pay bajo el contrato de suministro de gas suscrito con GenerGas Inc. al imponerle obligaciones onerosas como el acceso de terceros a la red de transporte del gas. Esto constituye una conducta contraria a la buena fe y la transparencia.

regulatory regimes cannot evolve. Surely they can. [...] However, the Article 10(1) obligation to accord fair and equitable treatment means that regulatory regimes cannot be radically altered as applied to existing investments in ways that deprive investors who invested in reliance on those regimes of their investment's value

[20] *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID case No. ARB/03/24. Inbídem* "With regard to the protection of legitimate expectations, the Tribunal observes that these include the "reasonable and justiciable, expectations that were taken into account by the foreign Investor to make the Investment. 31 These should, therefore, include the conditions that were specifically offered by the State to the Investor when making the Investment and that were relied upon by the Investor to make its Investment. These expectations would equally include "the observation by the host State of such well-established fundamental standards as goodfaith, due process, and non-discrimination."

[21] *BG Group Plc. c. República Argentina, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007 ¶ 298; Micula c. Rumania, ¶ 666* "[E]l estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria per se. El estado tiene un derecho a regular, y los inversores deben esperar que la legislación cambiará, si no existe una cláusula de estabilización u otra garantía específica que genere una expectativa legítima de estabilidad". *Eiser v Reino de España. CIADI ARB/13/36.parágrafos 362-363*.