

EL PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO DE LAS INVERSIONES Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

GABRIEL BOTTINI
Abogado*

El planeamiento estratégico de las inversiones y la jurisdicción internacional

Los tratados de protección de las inversiones extranjeras confieren múltiples alternativas a los inversores para colocar sus vehículos corporativos bajo la protección de esos instrumentos internacionales. Se sostiene generalmente que la planificación para que una inversión quede amparada por un tratado es válida bajo el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo, han comenzado a identificarse ciertos límites al planeamiento estratégico de las inversiones. Las acciones de planificación realizadas antes de la adopción de la medida que se pretende cuestionar y en circunstancias en que una disputa específica no era previsible no podrán ser cuestionadas ni en cuanto a la jurisdicción del tribunal ni como abuso de derecho o de proceso. Sin embargo, resulta necesario que a través de la jurisprudencia y de los tratados de inversiones se continúen aclarando y precisando los criterios en este campo, para brindar mayor certidumbre a los inversores y a los Estados receptores de las inversiones.

PALABRAS CLAVE

Planificación de inversiones, Tratado de inversiones, APPRI, Jurisdicción *ratione temporis*, Abuso de derecho, Abuso de proceso, Derecho internacional de las inversiones.

Strategic planning of investments and international tribunals

Investment treaties provide investors multiple alternatives to place corporate vehicles under their protection. The planning of the investment to secure treaty protection is generally regarded as valid under international investment law. Nevertheless, certain limits on the strategic planning of investments are being recognized. Planning actions taken prior to the adoption of the challenged measure, and in circumstances in which a specific dispute is not foreseeable, cannot serve as a basis to either challenge the tribunal's jurisdiction or allege an abuse of rights or process. However, the jurisprudence of investment tribunals and investment treaties must continue to specify the relevant criteria in the field. This will afford investors and host States additional certainty.

KEY WORDS

Investment planning, Investment treaties, IIAs, Jurisdiction *ratione temporis*, Abuse of rights, Abuse of process, International investment law.

Fecha de recepción: 17-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

1 · INTRODUCCIÓN

Los más de 3300 tratados internacionales que actualmente regulan las inversiones extranjeras¹, confieren a los inversores múltiples alternativas para colocar sus vehículos corporativos bajo la protección de alguno de esos tratados. Esta significativa red de instrumentos internacionales era poco utilizada hasta años recientes, en particular, en cuanto a las posibilidades que ofrece de plantear reclamos ante jurisdicciones internacionales. De hecho, si bien el número de tratados de inversión creció considerablemente durante los años 90², fue recién en la década siguiente que los arbitrajes en materia de inversión se convirtieron en un recurso de utiliza-

ción frecuente³. A la luz de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, se ha sostenido que dichos arbitrajes pueden ser iniciados por cualquier accionista protegido por un tratado —ya sea directo o indirecto, controlante o minoritario— que forme parte de una estructura societaria con participación en la compañía afectada por medidas del Estado huésped de la inversión⁴. Según esta interpretación, para asegurar la protección de un tratado de protección de inversiones («TBI»), un grupo inversor podrá tener en cuenta no solamente la gran cantidad de TBIs en vigor, sino también que cualquier entidad que forme parte del grupo y que califique como inversor protegido podría llegar a tener legitimación para accionar por una afectación a la inversión.

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

1 Véase *World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges*, pág. 101 (disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf).

2 *Ibid.*

3 Véase *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2016-2)*, pág. 7 (disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Final.pdf)).

4 SCHREUER, Christoph: «Shareholder Protection in International Investment Law», *Transnational Dispute Management*, Issue 3, 8 de mayo de 2005, pág. 20.

Varios autores y tribunales arbitrales han sostenido que la planificación para que una inversión quede amparada por un APPRI (*treaty planning*) es válida bajo el derecho internacional de las inversiones extranjeras⁵. Esta planificación puede consistir, por ejemplo, en la constitución de la compañía que controlará la inversión en un determinado país o en la constitución o adquisición de una entidad ya constituida y que en la cadena societaria estará entre la controlante final y la compañía local. Como se dijo, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, tanto la controlante final como cualquier compañía intermedia⁶ podrían presentar un reclamo, siempre que estén amparadas por un APPRI. Ahora bien, ciertas decisiones arbitrales han comenzado a sostener que existen límites al planeamiento estratégico de las inversiones con el objeto de obtener protección bajo un APPRI. Es decir, que, a pesar de que una compañía califique como inversor protegido bajo un tratado de inversión (al menos en una interpretación literal), podría verse impedida de presentar un reclamo arbitral en ciertas circunstancias.

Algunas de estas circunstancias se refieren a la nacionalidad del controlante final de la inversión, en particular cuando se trata de la nacionalidad del Estado huésped de la inversión (más allá de que existan compañías intermedias de otras nacionalidades)⁷. Otra cuestión que se ha debatido en varios casos tiene que ver con el momento en el que tuvieron lugar

las acciones de planificación de la inversión y el momento en que el Estado huésped adoptó las medidas que pretenden cuestionarse y/o en que surgió la controversia. Este artículo discute básicamente este último aspecto. En tanto lo que está en juego es el acceso a una jurisdicción internacional, se trata de un punto relevante tanto desde el punto de vista del inversor como del Estado y que todavía está en desarrollo jurisprudencial. La siguiente sección analiza ciertas decisiones arbitrales que han discutido la cuestión. La sección tercera describe cuál es el estado actual del derecho internacional sobre el punto, a la luz de la jurisprudencia analizada en la sección anterior. La sección cuarta concluye.

2 · LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

A efectos de explorar los límites de la planificación legítima de las inversiones, ya sea antes de realizar la inversión o respecto de reestructuraciones subsiguientes, resulta indispensable considerar la jurisprudencia arbitral relevante⁸, pues los tribunales arbitrales han identificado ciertos límites basándose frecuentemente en conceptos generales como el abuso del derecho, más que en los términos estrictos del tratado que debían aplicar. De hecho, en la medida en que el defecto de la acción derive del incumplimiento de una condición expresamente establecida en el tratado, como por ejemplo la nacionalidad del inversor, se tratará típicamente de una cuestión jurisdiccional⁹ más que de un límite general a la estructuración de las inversiones.

2.1 · *Aucoven c. Venezuela*

En *Aucoven*, el tribunal trató una objeción jurisdiccional basada en el alegado abuso de los fines del Convenio CIADI en relación con una transferencia de las acciones de la empresa concesionaria venezolana¹⁰. Al momento de su constitución, el 99 % de las acciones de la concesionaria eran de titularidad de una entidad mexicana, a su vez parte de un con-

5 En cuanto a la doctrina, véase DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pág. 54; VALASEK, Martin J. y DUMBERRY, Patrick: «Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes», *ICSID Review*, 26 (1), pág. 59; JAGUSCH, Stephen, SINCLAIR, Anthony y WICKRAMASOORIYA, Manthi: «Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection», en KINNEAR *et. al.* (eds.): *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pág. 176.

6 En ciertos supuestos, la compañía local, a pesar de tener la nacionalidad del Estado huésped, podría iniciar un reclamo internacional en materia de inversión. Ver artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados («Convenio CIADI»).

7 Véase la opinión disidente del Profesor Weil en *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo y Opinión Disidente de Prosper Weil, 29 de abril de 2004. Véase, sin embargo, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 18 de abril de 2008, párrs. 82-85. Para una discusión sobre la nacionalidad del controlante final en el contexto del artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio CIADI, que específicamente requiere control extranjero, véase *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo, 19 de diciembre de 2008, párrs. 114-162.

8 JAGUSCH, Stephen, SINCLAIR, Anthony y WICKRAMASOORIYA, Manthi: «Restructuring Investments...», *op. cit.*, pág. 190.

9 Véase *Ioan Micula et al. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 de septiembre de 2008, párr. 64.

10 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2001, párr. 81.

glomerado mexicano de más de 140 corporaciones¹¹. El contrato de concesión refería al diseño, construcción y operación de una autopista¹². Al inicio de la operación, se solicitó autorización a Venezuela para transferir el 75 % de las acciones de la concesionaria a otra corporación integrante del mismo conglomerado pero constituida en los Estados Unidos¹³, autorización que fue conferida¹⁴. El contrato preveía la posibilidad de que la concesionaria recurriese al CIADI para el supuesto en que la mayoría accionaria pasase a un nacional de un Estado parte del Convenio CIADI¹⁵. Venezuela argumentó que la cláusula contractual que habilitaba la jurisdicción del CIADI no era aplicable, pues el control efectivo y final sobre la concesionaria había quedado en manos de un nacional de México (que no es parte del Convenio CIADI)¹⁶.

El tribunal rechazó la objeción observando que no había razón para considerar que la referencia en el contrato a un cambio en la mayoría accionaria requiriese un cambio en el control efectivo o final de la concesionaria¹⁷. El criterio identificado por las partes para determinar la existencia de control extranjero a los efectos del Artículo 25(2)(b) *in fine* del Convenio CIADI —la mayoría accionaria directa— era un test de control razonable¹⁸. No existía indicación alguna de que la entidad estadounidense controlante, que había sido constituida tiempo antes de la suscripción del contrato, fuese una entidad pantalla que ejerciera un control puramente ficcional para fines jurisdiccionales¹⁹. La aprobación de la transferencia accionaria había sido requerida al comienzo de la inversión y con el objeto de mejorar la viabilidad financiera del proyecto²⁰.

2.2 · Tokios Tokelés c. Ucrania

El momento en que la entidad demandante había sido constituida fue también tenido en cuenta por el

tribunal del caso *Tokios Tokelés*²¹. Ucrania alegaba que, como el 99 % de las acciones de la demandante estaban en manos de nacionales suyos, la demandante no podía ser considerada una entidad genuinamente de Lituania (la otra parte en el tratado de inversión)²². A efectos de rechazar la procedencia del corrimiento del velo societario de la demandante, el tribunal valoró que no mediaba ninguna instancia de abuso de la personalidad societaria²³. En particular, que la demandante «manifiestamente» no había sido creada para obtener acceso al arbitraje CIADI, pues su constitución precedía en 6 años la entrada en vigor del tratado entre Lituania y Ucrania²⁴.

2.3 · Aguas del Tunari c. Bolivia

La cuestión de las reestructuraciones societarias y la localización planificada de las inversiones fue tratada de manera detallada por el tribunal CIADI del caso *Aguas del Tunari*. La demandante era una compañía constituida en Bolivia²⁵, titular de una concesión para proveer agua y servicios cloacales²⁶. Al momento de otorgarse la concesión en septiembre de 1999, un 55 % de las acciones estaban en manos de una compañía de las Islas Caimán, a su vez propiedad en un 100 % de una compañía estadounidense²⁷. Dos meses después, esta última compañía anunció una reestructuración por la cual transferiría un 50 % de su interés en la entidad de las Islas Caimán a un grupo italiano²⁸. Dicha entidad fue migrada a Luxemburgo y el 100 % de sus acciones quedaron, de forma directa e indirecta, en manos de dos compañías holandesas que se formaron²⁹. La concesión fue revocada en abril de 2000 y el arbitraje fue iniciado invocando el tratado de inversiones Bolivia-Países Bajos³⁰. Bolivia alegó que, en los términos del tratado aplicable, la compañía local no

11 *Id.*, párrs. 8-10.

12 *Id.*, párr. 12.

13 *Id.*, párrs. 15-18.

14 *Id.*, párr. 25.

15 *Id.*, párrs. 79, 83.

16 *Id.*, párrs. 38-41, 50.

17 *Id.*, párr. 86. Obsérvese que esta conclusión del tribunal relativa a cuestiones de nacionalidad se adoptó bajo las disposiciones de un contrato, no de un TBI.

18 *Id.*, párrs. 119-121.

19 *Id.*, párrs. 122-123.

20 *Id.*, párr. 124. Aparentemente, Venezuela no había cuestionado que esa fuese una de las motivaciones de la transferencia accionaria. *Ibid.*

21 Véase también *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, Caso CIADI No. ARB/98/7, Laudo, 1 de septiembre de 2000, párr. 12.

22 Véase *Tokios Tokelés v. Ukraine*, supra nota 7, párr. 21. Como se dijo, este hecho dio lugar a la disidencia del Profesor Weil.

23 *Id.*, párr. 56.

24 *Id.*

25 *Aguas del Tunari, S.A. v. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de octubre de 2005, párrs. 1, 51.

26 *Id.*, párrs. 2, 54.

27 *Id.*, párr. 60.

28 *Id.*, párr. 67.

29 *Id.*, párrs. 69-70.

30 *Id.*, párrs. 73, 76.

estaba controlada por nacionales de los Países Bajos por dos motivos. Primero, porque la entidad que ejercía realmente el control era la controlante final, en el caso un nacional de los Estados Unidos³¹. Segundo, porque las entidades de los Países Bajos eran meras pantallas que en los hechos no controlaban a la demandante³².

El tribunal destacó que el tratado incluía como nacionales de uno de los Estados parte a personas jurídicas controladas directa o indirectamente por nacionales de ese Estado aunque constituidas en el otro Estado parte³³. El control extranjero no estaba discutido, sino la jurisdicción en la que estaba ubicado³⁴. La referencia a control directo o indirecto implicaba que podía haber simultáneamente un controlante directo y uno o más controlantes indirectos, y que el tratado no limitaba el término controlante al controlante final³⁵. Existe control cuando una entidad tiene la capacidad legal de controlar a otra entidad; salvo restricciones particulares a los derechos de voto, dicha capacidad debe ser determinada con referencia al porcentaje de acciones poseído, sin que se requiera control efectivo sobre el día a día de las operaciones³⁶. La entidad *holding* de los Países Bajos no había sido constituida a efectos de acceder a la jurisdicción del CIADI, sino para equilibrar la influencia de los grupos controlantes, y los cambios societarios no habían sido realizados en anticipación de los eventos que luego dieron lugar a la disputa³⁷. Para el tribunal, excepto que exista una limitación particular, no es ilegal localizar entidades en una jurisdicción que se perciba beneficiosa desde el punto de vista fiscal, regulatorio o en cuanto a su derecho sustantivo (incluyendo la existencia de un tratado de inversiones)³⁸.

2.4 · *Phoenix c. República Checa*

El tribunal del caso *Phoenix* aclaró que no se puede modificar la estructura corporativa de una inversión con el solo objeto de abrir la jurisdicción del

CIADI, luego de que los daños se han ocasionado³⁹. Los tratados de inversión no protegen transacciones económicas que tienen como único objeto invocar derechos bajo esos instrumentos, sin que medie una actividad económica significativa⁴⁰. Los inversores internacionales pueden estructurar sus inversiones de la manera que responda mejor a sus necesidades de protección internacional, eligiendo el vehículo más apropiado para realizar su inversión⁴¹. Pero no pueden modificar la protección otorgada a sus inversiones una vez que los actos que se alega causaron los perjuicios han sido adoptados⁴². El tribunal entendió que, cuando la entidad demandante extranjera adquirió las empresas checas afectadas, todos los daños reclamados ya se habían producido, y que la «inversión» había sido realizada simplemente para iniciar un reclamo internacional⁴³. Además, la entidad demandante había estado en todo momento controlada por nacionales del Estado demandado, por lo que la inversión extranjera invocada en las empresas locales no era una transacción de buena fe y no estaba protegida por el sistema del CIADI⁴⁴.

2.5 · *Mobil c. Venezuela*

Las demandantes en *Mobil c. Venezuela* incluían entidades constituidas en los Países Bajos, Estados Unidos y las Bahamas⁴⁵. El tribunal consideró que, dado que la entidad *holding* de los Países Bajos tenía, directa e indirectamente, el 100 % de las acciones del resto de las demandantes, todas podían ser consideradas nacionales holandesas bajo

31 *Id.*, párr. 207.

32 *Id.*, párr. 208.

33 *Id.*, párr. 217.

34 *Id.*, párr. 219.

35 *Id.*, párr. 237. Estas conclusiones del tribunal son discutibles. Desde el punto de vista textual, es posible interpretar la referencia a control directo o indirecto exclusivamente en relación con el controlante final.

36 *Id.*, párr. 264.

37 *Id.*, párrs. 321, 329.

38 *Id.*, párr. 330.

39 *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 92.

40 *Id.*, párr. 93.

41 *Id.*, párr. 94.

42 *Id.*, párr. 95. Obsérvese que el tribunal primero sugiere como fecha crítica el momento en que los daños se produjeron y más adelante el de adopción de las medidas que se alegan dañosas, momentos que no necesariamente coinciden.

43 *Id.*, párrs. 136-138.

44 *Id.*, párrs. 140-142. El tribunal también concluyó que el demandante había incurrido en un abuso de derecho mediante la creación de una ficción legal. *Id.*, párr. 143. En *Cementownia c. Turquía*, el tribunal observó que, si bien el *treaty shopping* en principio no está prohibido, en ciertos casos puede considerarse que involucra transacciones que no son de buena fe y constituyen un mero artificio para manufacturar una disputa internacional a partir de una disputa puramente nacional. *Cementownia «Nowa Huta» S.A. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Laudo, 17 de septiembre de 2009, párr. 117.

45 *Venezuela Holdings, B.V. et al v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010, párrs. 1, 150.

el tratado de inversión Países Bajos-Venezuela⁴⁶. Sin embargo, Venezuela argumentaba que, como la restructuración corporativa consistente en la creación de la entidad holandesa *holding* era posterior a realización de la inversión, constituía un abuso de derecho y, por ende, el tribunal no tenía jurisdicción⁴⁷. La decisión concluye que el objeto principal, si no el único, de esa restructuración había sido obtener acceso al arbitraje CIADI, aunque, según las circunstancias, ello podía constituir planificación corporativa legítima o abuso del derecho⁴⁸. El tribunal tuvo en cuenta que la restructuración había sido notificada a Venezuela y que, cuando se llevó a cabo, el proyecto de inversión estaba realmente funcionando⁴⁹. Finalmente, el tribunal entendió que la restructuración de las inversiones para obtener acceso al CIADI respecto de disputas futuras era un propósito perfectamente legítimo⁵⁰. Sin embargo, en cuanto a las disputas precedentes, la restructuración a su respecto con el único objeto de acceder a la jurisdicción internacional era abusiva⁵¹.

2.6. *Pac Rim c. El Salvador*

Se atribuye a la decisión jurisdiccional en el caso *Pac Rim* haber desarrollado un test en materia de restructuración corporativa para asegurar el acceso a una jurisdicción internacional⁵². El Salvador cuestionó por abusiva una restructuración por la cual la demandante adquirió la nacionalidad de Estados Unidos, en tanto Estado parte del Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana, para invocar una disputa preexistente frente a una instancia internacional⁵³. Para el tribunal, a efectos del abuso de proceso, la línea divisoria ocurre cuando la controversia ya ha

surgido o cuando la parte en cuestión puede prever una disputa futura específica con una probabilidad muy alta⁵⁴. En ambos casos, restructuraciones de la inversión posteriores cuyo objeto sea poder someter la disputa a una jurisdicción internacional generalmente serán un abuso de proceso. Sin embargo, el tribunal reconoció que este criterio da lugar a una significativa «área gris»⁵⁵.

2.7. *Lao Holdings c. Laos*

La compañía Lao Holdings había sido constituida en Aruba y el reclamo se realizaba bajo el tratado de inversiones Laos-Países Bajos⁵⁶. Laos objetó la jurisdicción *ratione temporis* del tribunal, argumentando que la demandante no era un nacional de los Países Bajos cuando surgió la disputa relativa a un nuevo código fiscal⁵⁷. Si bien el tribunal finalmente rechazó la objeción⁵⁸, destacó la diferencia entre argumentar que la adquisición de una cierta nacionalidad constituye un abuso de proceso y una objeción basada en el principio *ratione temporis*⁵⁹. Sostuvo que existirá un abuso cuando el inversor manipule la nacionalidad de una subsidiaria para acceder a una jurisdicción internacional estando en conocimiento de hechos ya ocurridos que afectaron negativamente la inversión y que pueden llevar a arbitraje⁶⁰. Por el contrario, si el cambio de nacionalidad de la subsidiaria se produce luego de surgida la controversia, el tribunal no tendrá jurisdicción *ratione temporis*⁶¹.

46 *Id.*, párr. 153. El tribunal también concluyó que esta tenencia accionaria le permitía a la sociedad *holding* ejercer control sobre las subsidiarias, por lo que no era necesario considerar si ese control de hecho se había ejercido o no. *Id.*, párr. 160.

47 *Id.*, párr. 167.

48 *Id.*, párrs. 190-191.

49 *Id.*, párrs. 192, 198.

50 *Id.*, párr. 204.

51 *Id.*, párr. 205. El tribunal entendió que algunas de las disputas invocadas en el caso precedían la restructuración corporativa y, por ende, no tenía jurisdicción sobre ellas. *Id.*, párr. 206.

52 JAGUSCH, Stephen, SINCLAIR, Anthony y WICKRAMASOORIYA, Manthi: «Restructuring Investments...», *op. cit.*, pág. 188.

53 *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales de la Demandada, 1 de junio de 2012, párrs. 2.16-2.18.

54 *Id.*, párr. 2.99.

55 *Ibid.* El tribunal del caso *Tidewater* afirmó que una planificación del inversor destinada a protegerse del riesgo general de futuras disputas es un objetivo perfectamente legítimo. Sin embargo, existirá un abuso del régimen de protección de las inversiones si la disputa es preexistente o estaba dentro de lo que podía ser razonablemente contemplado por el inversor, al momento de la reorganización corporativa. *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre la Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, párrs. 148-150 (con cita de DOUGLAS, Zachary), 184.

56 *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de febrero de 2014, párrs. 1, 62.

57 *Id.*, párr. 65.

58 *Id.*, párr. 158.

59 *Id.*, párrs. 68-69.

60 *Id.*, párr. 70. Obsérvese que el tribunal fija aquí como fecha crítica el momento en que el inversor toma conocimiento de hechos que perjudican la inversión y que pueden conducir al arbitraje. Este momento típicamente precede al surgimiento de la disputa. Véase SCHREUER, Christoph: *The ICSID Convention: A Commentary*, New York: Cambridge University Press, 2da. ed., 2009, pág. 96.

61 *Id.*, párr. 83. El tribunal del caso *Levy y Gremicel* también

2.8 · Philip Morris c. Australia

El reclamo de Philip Morris contra Australia fue rechazado, en diciembre de 2015, por entender el tribunal que el arbitraje constituía un abuso de derecho⁶², pues la reestructuración corporativa por la cual la demandante había adquirido las subsidiarias australianas afectadas por las medidas en cuestión i) ocurrió cuando ya había una perspectiva razonable que la disputa se materializaría, y ii) se realizó con el propósito principal, sino exclusivo, de obtener protección bajo el APPRI aplicable⁶³. Australia había cuestionado la jurisdicción del tribunal sosteniendo, *inter alia*, que la disputa precedía a la realización de la inversión⁶⁴. Por otra parte, alegaba un abuso de derecho respecto de la reestructuración corporativa mencionada, esencialmente en los términos luego aceptados por el tribunal⁶⁵. La decisión reafirma la necesidad de distinguir entre una objeción jurisdiccional *ratione temporis* y una objeción basada en un abuso de derecho; la primera procede cuando la inversión se adquiere luego de que el acto cuestionado ha ocurrido⁶⁶. En cambio, habrá abuso cuando el inversor cambia su estructura societaria para obtener la protección de un APPRI, en momentos en que una disputa específica era previsible⁶⁷. Esto último ocurre si existe una perspectiva razonable que se materializará una medida que podría dar lugar a un reclamo bajo un tratado⁶⁸.

3 · EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

El tratamiento por el derecho internacional de las inversiones de las planificaciones corporativas a efectos de obtener la protección de un APPRI se encuentra todavía en evolución. Se acepta generalmente que las reestructuraciones societarias u otras

acciones de planificación a efectos de colocar a una inversión bajo el amparo de un APPRI son válidas⁶⁹. Habitualmente existen amplias posibilidades de planificación de la estructura corporativa, dada la ya mencionada extensa red de APPRIs en vigor y los amplios criterios generalmente adoptados en materia de legitimación para iniciar un reclamo. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia internacional ha identificado ciertos límites a las posibilidades de planificación. Si bien la jurisprudencia más reciente ha clarificado progresivamente ciertos aspectos, todavía subsisten dudas tanto respecto a los criterios aplicables como en cuanto a su implementación.

En principio, las acciones de planificación realizadas antes de la adopción de la medida que se pretende cuestionar y en circunstancias en las que una disputa específica no era previsible⁷⁰, no podrán ser cuestionadas ni en cuanto a la jurisdicción *ratione temporis* del tribunal ni como abuso de derecho o de proceso. Las últimas decisiones sobre la materia han adoptado como fecha crítica a efectos jurisdiccionales la de la adopción de las medidas que pretenden cuestionarse. Si la reestructuración es posterior a esa fecha, el tribunal carecerá de jurisdicción (o de competencia, según los textos en español e inglés del Convenio CIADI). Por otra parte, la cuestión del abuso se la ha relacionado con la fecha de la controversia. Cuando la reestructuración se realiza para acceder a la jurisdicción internacional una vez que la controversia ya existe o una controversia específica es previsible, el tribunal podría concluir que la reestructuración es abusiva. Sin embargo, en tanto en principio la controversia será posterior a la medida cuestionada, el criterio actual confina la posible aplicación del concepto de abuso en relación con el *timing* de reestructuraciones societarias a situaciones específicas. Por ejemplo, cuando un inversor, teniendo ya en miras el surgimiento muy probable de una controversia específica, realiza una reestructuración corporativa que, sin embargo, precede a la medida que luego será cuestionada.

Buena parte de las complejidades que plantea la cuestión aquí considerada derivan de los hechos

distinguió entre una objeción de abuso de proceso y una *ratione temporis*. Sin embargo, a diferencia del tribunal en *Lao Holdings*, sostuvo que la fecha crítica para determinar la jurisdicción *ratione temporis* es la que corresponde al acto cuestionado. Si el inversor adquirió la inversión luego de adoptado dicho acto, el tribunal no tendrá jurisdicción y, por ende, un argumento de abuso de proceso carecerá de sentido. *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17, Laudo, 9 de enero de 2015, párr. 182.

⁶² *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, párr. 588.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.*, párrs. 354-360.

⁶⁵ *Id.*, párrs. 400-410.

⁶⁶ *Id.*, párr. 527 (con cita de la decisión en *Levy y Gremcitel*).

⁶⁷ *Id.*, párr. 554.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Véase DOUGLAS, Zachary: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pág. 460.

⁷⁰ Jagusch *et al.* argumentan que el test desarrollado en *Pac Rim* relativo a la previsibilidad de la disputa es impreciso y de naturaleza mixta objetiva-subjetiva. Ello perjudica la posibilidad del inversor de confiar en que cuenta con protección jurídica internacional y de anticipar riesgos legales. JAGUSCH, Stephen, SINCLAIR, Anthony y WICKRAMASOORIYA, Manthi: «Restructuring Investments...», *op. cit.*, pág. 189.

específicos de cada caso. Esto incluye determinar la fecha en la que la reestructuración se llevó a cabo y, más frecuentemente, la fecha de la medida. Respecto de esto último, definir el momento de la violación y su duración puede presentar dificultades considerables cuando la medida que se alega violatoria de un APPRI es un acto de carácter continuo o compuesto⁷¹. Es también usual que las controversias en materia de inversión involucren más de una medida, por lo que la solución en materia de jurisdicción *ratione temporis*, e inclusive de abuso de proceso o de derecho, no sea la misma respecto de todas las medidas en cuestión. Sin perjuicio de esto, es deseable que los tribunales continúen desarrollando los conceptos fundamentales en este campo. Puede mencionarse en este sentido la necesidad de distinguir más claramente entre protegerse frente al riesgo general de futuras disputas y adoptar acciones respecto de una disputa específica, las razones por las cuales esto último puede constituir un abuso del sistema de protección de las inversiones, y la naturaleza (jurisdiccional, de admisibilidad o de fondo) de una decisión basada en un supuesto abuso⁷². Más generalmente, es necesaria

una mayor claridad conceptual respecto de la relevancia de ciertos institutos del derecho internacional general en el derecho de las inversiones y respecto del contenido de la costumbre internacional sobre aspectos básicos de las estructuras corporativas actuales⁷³.

4 · CONCLUSIÓN

La planificación de las inversiones con el objeto de ampararlas bajo uno o más APPRIs constituye una cuestión de relevancia no solo para los inversores⁷⁴, sino también para el buen funcionamiento y, en definitiva, la legitimidad del sistema de protección de inversiones. Resulta necesario que tanto la jurisprudencia arbitral como eventualmente los Estados a través de los APPRIs de última generación continúen precisando qué es legítimo y qué no lo es en este campo. En particular, respecto a la determinación de las acciones cuyo objeto sea permitir el acceso a una jurisdicción internacional y que sean compatibles con los propósitos del sistema internacional de protección de las inversiones.

⁷¹ Ambos conceptos son reconocidos por el derecho internacional general. Véase INTERNATIONAL LAW COMMISSION: *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, arts. 14 y 15.

⁷² Douglas sostiene que la imposibilidad de habilitar el acceso a una jurisdicción internacional a través de una transferencia de la inversión, luego de producida la violación del APPRI, deriva del principio *nemo dat quod non habet*. Quien transfiere la inversión no tenía el derecho de iniciar un arbitraje internacional y, por ende, no puede transmitirlo. DOUGLAS, Zachary: *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, pág. 461. Sin embargo, en el caso de abuso del derecho, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, los requisitos jurisdiccionales están presentes. Para este supuesto, es preferible evaluar la reestructuración o transferencia cuestionada bajo el concepto de admisibilidad, que confiere mayor amplitud a los tribunales en cuanto a las circunstancias a considerar, incluyendo aquellas que hacen a la sustancia del reclamo, y mayor flexibilidad en cuanto a las decisiones que pueden adoptarse respecto del reclamo cuestionado.

⁷³ En RREEF el tribunal afirmó, en contra de la mayoría de los tribunales y correctamente en mi opinión, que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia relativas a la definición y alcance de los derechos de los accionistas bajo el derecho internacional son relevantes en el arbitraje sobre inversiones. Por otra parte, concluyó que, salvo que exista alguna restricción derivada del derecho nacional o el APPRI aplicables, no hay razón bajo el derecho internacional para otorgar a una *shell company* menos derechos a la protección de un tratado que a cualquier otra entidad comercial. Sin embargo, el único fundamento que brindó para esta última conclusión es que existen tratados que requieren que el inversor protegido demuestre ciertas características o actividades y los tratados aplicables al caso no contenían limitaciones de ese tipo. RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. El Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, párrs. 119, 145.

⁷⁴ JAGUSCH, Stephen, SINCLAIR, Anthony y WICKRAMASOORIYA, Manthi: «Restructuring Investments...», *op. cit.*, pág. 175.