

VI COMPETENCIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN (CAII 2019)

Respuesta a las Solicitudes de Aclaraciones

Conforme con lo previsto en el numeral 4.5 del Reglamento de la Competencia, “el Comité Organizador está facultado para determinar, a su solo criterio, cuáles aclaraciones efectuará y en qué términos, aunque como resultado de ello, no se responda a todos los pedidos que hubieran cumplido con lo previsto en este artículo”.

A continuación, se presentan las preguntas y respuestas que, según los análisis y conclusiones del Comité Organizador, guardan estrecha relación con los problemas jurídicos del caso y que sirven a los propósitos académicos de la Competencia.

- 1) ¿En el Hecho No. 35, la AOMS es la competente para dirimir lo que tenga que ver con la zona del mar perteneciente a la República del Pacífico o de la República Federal de Occidente?

La AOMS es una entidad pública de la RFO encargada del otorgamiento de los permisos y licencias para la explotación, uso o afectación de recursos o áreas marítimas ubicadas en el territorio nacional de RFO.

- 2) ¿Cuál es la competencia de la Comisión de Regulación de la Competencia de la R.F.O.?

La Comisión de Regulación de la Competencia es un ente público de RFO encargado de regular, vigilar, investigar y sancionar cualquier conducta o práctica contraria a la libre competencia. Como lo señala el hecho 56, algunas de las facultades de este ente están previstas en el artículo 5 del Reglamento CE No. 1/2003 del Consejo Europeo de 16 de diciembre de 2002.

- 3) ¿Cuál es la fecha de emisión del Reglamento de Sanciones Económicas en contra de la República del Pacífico adoptado por el Consejo de la Unión Europea, el 3 de septiembre de 2008 o el 3 de octubre de 2008? (HECHO 29 Y PIE DE PÁGINA 9).

La fecha de la nota al pie debe leerse como “3 de septiembre de 2008”.

- 4) Según la legislación interna de la R.F.O., ¿los inversionistas extranjeros tienen el deber legal o constitucional de constituir personas jurídicas con arreglo a las leyes de la R.F.O. para desarrollar su inversión? Según la legislación interna de la R.F.O., ¿deben los inversionistas extranjeros establecerse en territorio de la R.F.O.?

Es un aspecto que debe deducirse de la aplicación de conceptos teóricos del derecho de las inversiones y del contenido del Tratado.

- 5) ¿Cuál es el sistema jurídico aplicable a la República Federal de Occidente? (¿Civil Law o Common Law?)

El sistema del Derecho de tradición romano-germánica.

- 6) ¿La R.F.O. y la R.P. son Estados con régimen Presidencial o Parlamentario?

RFO es de régimen parlamentario y RP de régimen presidencial.

- 7) ¿Cuál es el régimen constitucional de Butanolandia para efectos de saber la legalidad del referendo enunciado en el Hecho No. 24?

El régimen constitucional de Butanolandia permite realizar referendos.

- 8) ¿Cuál es la nacionalidad de los padres de Máximo Manzini? (párrafo 5)

La madre de Massimo Manzini era Butanolandesa y el padre tenía nacionalidad de la República del Pacífico.

- 9) ¿Cuál es el Domicilio Principal de GEM CORP?

El domicilio principal de GEM Corp. es la Avenida El Paso, 107865, Mérida, RP.

- 10) ¿Cuándo GEM Corp. vendió sus acciones de GOSPA, cuantas acciones fueron vendidas y a quién? ¿Cuál es la composición accionaria de GOSPA actualmente? ¿Efectivamente hubo venta de las acciones emitidas por GOSPA?, en caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Quiénes son los propietarios y que participación accionaria tienen? ¿En qué proporción quedó la participación accionaria de Máximo después de la emisión de acciones mencionada en el hecho 44?

Para el momento de la emisión de acciones mencionada en el hecho 44, GEM Corp. pasó de tener el 100% de participación accionaria en GOSPA a tener el 83%. El restante 17%, resultante de la emisión, lo adquirieron terceros, dentro de los cuales no se encontraban los sponsors.

Posteriormente, una vez que GEM Corp. fue obligado a vender su participación accionaria, GEM Corp. se despojó del control de la sociedad vendiendo 34% de sus acciones: 16% a Oil Red Corp. y 18%

Actualmente la estructura accionaria de GOSPA es:

- GEM Corp.: 49%
- Oil Red Corp.: 16%
- Coal & Supplies Inc.: 18%
- Terceros accionistas: 17%

- 11) ¿El paso del GDS atravesaba completamente Butanolandia? (párrafo 7). ¿A través de que otros gasoductos GEM transportaba el gas hacia RFO según párrafo 12? ¿Estos Gasoductos también atravesaban Butanolandia?

El GDS tenía un paso obligado a lo largo de casi todo el territorio de Butanolandia.

- 12) ¿Quiénes son los accionistas de GenerGas? ¿Qué porcentaje de participación pública tenía GENERGAS? (párrafo 16). ¿a quién le compra GEM Corp., el 15% de las acciones?

Actualmente los accionistas de GenerGas son 2: la RFO, que participa en un 75% de las acciones de la empresa, y GEM Corp. que participa en un 25%, como lo refiere el hecho 52. El 15% de las acciones fueron compradas al Estado, quien realizó la oferta pública de dicha participación accionaria.

Respecto del TCE, el Contrato y los compromisos internacionales de RFO y RP

- 13) ¿Qué tipo de contrato se estableció entre GEM Corp. y GenerGas?

Contrato de suministro, según lo refiere el hecho 19.

- 14) ¿A quién corresponde el porcentaje del 40 y a quien corresponde el porcentaje del 60 de la repartición del beneficio obtenido de la reventa? (párrafo 17). En el párrafo de la Cláusula décimo-sexta del Contrato de Suministro y Compra de Gas, en caso de que GenerGas revenda o re-comercialice los volúmenes de gas, ¿los beneficios de dicha reventa serán distribuidos entre GEM Corp. y GOSPA?, ¿GEM Corp. y GenerGas?, o ¿GOSPA y GenerGas?

El párrafo de la cláusula décimo-sexta del Contrato de Suministro y Compra de Gas suscrito entre GenerGas y GOSPA debe leerse en lugar de "GEM Corp.", "GOSPA", y en lugar de "GOSPA" debe leerse GenerGas, así:

"Párrafo. En caso de que GenerGas incurra en incumplimiento de la obligación establecida mediante el presente artículo, las ganancias, ingresos o beneficios adicionales que de dicha operación se deriven para GenerGas deberán ser compartidas con GOSPA en una proporción 60/40 respectivamente."

- 15) En cuanto a la cláusula de estabilidad del párrafo 17 ¿a qué regulación tributaria hacen referencia? ¿De qué país?

A la legislación de RFO.

- 16) ¿Fecha exacta en que se suscribió el contrato de suministro entre GOSPA Y GENERGAS?

El 16 de enero de 2008.

17) ¿En las negociaciones del 20 de julio de 2009 (párrafo 41) estaba el banco "bank of well"? o ¿solo los sponsors?

Solo los sponsors.

18) ¿La República del Pacífico y la República Federal de Occidente se acogen a la teoría monista o dualista en relación a la incorporación de los tratados internacionales? ¿En caso de que la R.F.O. y la R.P. sean Estados dualistas en qué momento se ratificó en dichos Estados el Tratado de la Carta de la Energía? Si Butanolandia o RP ratificó el TCE (de acuerdo al artículo 45); Y si lo ratificaron, ¿en qué fecha fue?

Butanolandia, RP y RFO firmaron el TCE el 17 de diciembre de 1994. Butanolandia lo ratificó el 5 de abril de 1999. RP no lo ratificó. RFO lo ratificó el 7 de diciembre de 1998. RFO acoge la teoría monista y RP la teoría dualista.

19) ¿La República Federal de Occidente y la República del Pacífico han ratificado el convenio CIADI?

Sí. RFO firmó el Convenio CIADI el 3 de abril de 1980 y lo ratificó el 10 de junio de 1985. RP firmó y ratificó el Convenio CIADI el 5 de mayo de 1990.

20) ¿Qué tratados o compromisos internacionales ha adquirido la RFO en relación a la protección del medio ambiente y las energías renovables? ¿A qué país y continente pertenecen las costas del Mar de la Discordia? (Página 3, párrafo 13) A los fines de determinar la aplicación o no de la Convención de Montego Bay, y atento a que el proyecto GdO las atraviesa, siendo por ende relevante para determinar la regulación aplicable.

Además de encontrarse obligado a cumplir con todas las regulaciones y normas de la Unión Europea en su calidad de Estado Miembro de la Unión, RFO firmó y ratificó entre otros:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
- La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, y el Protocolo de Kioto de 1997
- El Convenio sobre la Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992

21) ¿En qué fecha exactamente se vinculó la R.F.O. a la Unión Europea? ¿Fecha exacta en que RFO es parte de la Unión Europea? Solo dice 2008 (párrafo 45).

20 de agosto de 2008.

22) ¿La RFO está listada en el anexo ID del tratado de la carta de energía?

RFO no está listada en el anexo ID del TCE.

- 23) ¿Cuál es la relación de las islas de Las Marías a los otros países? ¿A qué Estado pertenecen las Islas de María? ¿GOSPA fue constituida en las Islas María? ¿Islas María es un país? Si la respuesta es afirmativa, ¿este país pertenece a la unión europea? (párrafo 16). ¿A qué Estado pertenecen la Isla María, Aguas Tranquilas y Pie Juntillas? ¿A qué jurisdicción pertenece el Coral Rosado? Para efectos de determinar la entidad competente para protegerlo y emitir decisiones respecto de él.

Las Islas de María son un Estado independiente, caracterizado por su laxa legislación tributaria y aduanera. Es un Estado que no es parte de la Unión Europea.

Aguas Tranquilas es un área Coralina ubicada en las cercanías del Islote Pie Juntillas, que alberga el Coral Rosado. Todas estas áreas geográficas hacen parte del territorio de RFO.

- 24) ¿Cuál es el orden cronológico de la firma del Tratado de la Amistad, Comercio y Cooperación, la cesión de Bato y el nacimiento de Máximo Manzini?

Se debe deducir de los hechos del caso.

- 25) De cara a las leyes de la R.F.O., ¿el GdO se considera una instalación esencial para la prestación del servicio público de electricidad?

Sí.

- 26) La cláusula 27 correspondiente a la cláusula compromisoria del contrato de Suministro y Compra venta de gas está expresada la determinación de la cuantía en dólares y en Euros, ¿Cuál es la unidad de moneda a utilizar para determinar la cuantía?

El valor "EUR 100,000" debe ser entendido como "USD 100,000".

- 27) ¿En qué fecha el Depositario recibió la notificación de RP con su intención de terminar la aplicación provisional del TCE? (pág. 18, pár. 61) Es necesario conocer la fecha exacta para determinar si se encontraba o no vigente al momento de interponer la solicitud de arbitraje.

El depositario del TCE recibió la notificación de terminar la aplicación provisional del TCE el 20 de enero de 2017.

- 28) ¿En qué fecha se publica el Reglamento Nro. XYZ/2008? El artículo 14 del mismo establece que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea pero no surge del caso dicha fecha, lo que será determinante para analizar el ámbito de aplicación temporal de dicho Reglamento, y a los fines de

determinar en qué fecha pudieron conocerlo las partes afectadas con el mismo y al efecto de discernir los actos o contratos que se realizaron conociendo ya la imposibilidad de realizarlos por la vigencia de este reglamento.

El Reglamento No. XYZ/2008 se publicó el 4 de septiembre de 2008.

- 29) El párrafo 50 del Caso dispone que en fecha 02/02/2011 el presidente Aliston emitió el Decreto N|001/2011 por el cual se creó la contribución especial de energía renovable, *¿La constitución de RFO otorga facultades al Poder Ejecutivo Nacional para regular o establecer impuestos y contribuciones? ¿qué dispone al respecto dicha Constitución? La consulta se realiza porque, si bien el párrafo 51 del caso aclara que la Corte de Casación declaró la conformidad del Decreto Presidencial con la Constitución Nacional, se trata de una medida que afectó gravemente al inversionista y por tanto se hace necesario determinar si fue tomada legítimamente.*

La constitución de RFO deja en cabeza del Congreso la facultad de otorgar facultades al Presidente para la expedición de decretos con fuerza de Ley, inclusive si éstas contienen contribuciones fiscales o parafiscales, aunque dicha ley debe ser aprobada por las tres cuartas partes del total de miembros de cada una de las dos cámaras del Congreso. La Ley de Impulso a Energías Renovables fue aprobada conforme a dicho quórum calificado.

- 30) *¿RFO y República de Pacífico son parte de la OMC? La consulta se realiza a los fines de determinar los efectos de la consulta realizada de conformidad al párrafo 60 del caso.*

Sí.

- 31) Según el párrafo 2 del Caso: "Al sonar los últimos campanazos del 31/12/1948 el Primer Ministro Locorontreco cedió por Decreto Presidencial Bato a Butanolandia". *¿Habilitaba la Constitución de República de Pacífico al presidente a ceder por decreto una provincia del país a otro Estado? La consulta se realiza a los fines de determinar la legitimidad de la cesión de Estado.*

La Constitución de 1933 de la República del Pacífico concentraba en manos del Primer Ministro gran parte de los poderes del Estado, lo que le daba facultades para disponer sobre la soberanía territorial.

- 32) ¿La RFO, Butanolandia y la RP son miembros de la Organización de Naciones Unidas?

Todos son Estados miembro de la Organización de Naciones Unidas.

- 33) En los numerales 1, 2 y 4 se narran que tuvieron lugar los siguientes hechos el 31 de diciembre de 1948 a la media noche: (i) nacimiento del señor Mazini, (ii) Firma de decreto presidencial por el cual la Republica del Pacifico cedía unilateralmente la

Provincia de Bato a Butanolandia, (iii) Suscripción de los dos Estados del Tratado de Amistad, Comercio y Cooperación. *¿Cuál es el orden cronológico de dichos hechos?*

El nacimiento de Máximo Manzini sucedió unos escasos instantes antes de la firma del decreto presidencial por el cual la República del Pacífico cedía unilateralmente la Provincia de Bato a Butanolandia, pero al mismo instante en el que se suscribió el Tratado de Amistad, Comercio y Cooperación.

34) ¿GenerGas es una empresa del Estado?

GenerGas es una empresa de capital mixto y el régimen jurídico aplicable depende de cada acto que se realiza. El contrato de suministro pertenece al régimen de derecho público.

35) ¿Cuál es la lengua oficial de la Provincia de Bato?

Para el momento de la cesión unilateral de Bato, la lengua oficial era Pacifizche.

36) ¿Qué Estados han reconocido a Bato como estado independiente?

La postura generalizada de la comunidad internacional fue el rechazo de la independencia y anexión de Bato a la República del Pacífico.

37) ¿Quién está facultado para otorgar las licencias ambientales?

La entidad competente para otorgar licencias ambientales es la AOMS, previo otorgamiento de un concepto del Ministerio de Reservas Naturales.

38) ¿Bank of Well mantiene su impedimento de realizar los desembolsos acordados?

Ver el hecho 44.

39) ¿los seis meses que tardó la AOMS en contestarle a GOSPA fueron producto de investigaciones o hubo retraso en el procedimiento?

Los 6 meses fue el tiempo que tardaron los estudios de impacto ambiental.

40) ¿En qué estado se encuentra ubicado el Distrito Oriental de Callo Próspero?

En la RFO.

41) ¿En Euros o en Dolares, a cuanto equivalía la garantía ofrecida por Massimo Manzini a los sponsors consistente en los futuros de la distribución de gas, debido al sobre costo del proyecto?

El valor de la garantía consistió en una participación sobre el 13% del flujo de caja generado por el GdO durante los primeros 5 años de operación, habiendo primero descontado el pago de la deuda.

42) ¿Cuál fue el argumento jurídico de los 4 magistrados de la Corte que no estaban de acuerdo con que se declarara la conformidad del Decreto Presidencial?

El argumento de los magistrados disidentes consistió en que la Ley tramitada no tenía por objeto el otorgamiento de facultades al Presidente específicamente para la creación de impuestos o contribuciones, sino que el objeto era la regulación de las energías renovables. Sostuvieron que, si bien no existía en la Constitución una norma que estableciera que la ley que otorgaba facultades para dichos fines debía tener dicho objeto exclusivo, al menos sí debería ser claramente evidenciable para que el órgano legislativo tuviera oportunidad de discutir tales efectos, inicialmente radicados en cabeza del mismo. Este era un requisito especial implícito en los principios de la Constitución, adicional al de las mayorías cualificadas, que los magistrados disidentes consideraban inquebrantable.

43) ¿A cuánto dinero equivale la participación accionaria del 25% en el que Gem Corp. decidió aumentar su participación accionaria?

El 25% de las acciones que GEM Corp. tiene en GenerGas Inc. equivale a USD 1,725 millones.

44) ¿La República del Pacífico (RP) Butanolandia y República Federal de Occidente (RFO) son parte del tratado de Nueva York?

Tanto RP como RFO son Estados parte de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

45) ¿Qué concepto rindió la OMC respecto de la consulta realizada por GEM Corp. y los Ministros de República del Pacífico?

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC aún no ha rendido un informe definitivo ni parcial sobre la solicitud de consultas elevada por RP.

46) ¿Finalmente Bank of Well desembolsó el dinero para la inversión del GdO? (en pesos, para determinar el daño)

Bank of Well sí desembolsó el dinero aprobado para el financiamiento del GdO.

47) ¿Durante cuánto tiempo se mantendría la obligación por la cual GenerGas compraría un monto anual de 110.000 millones de metros cúbicos con un compromiso Take or Pay?

Durante el término de duración del contrato.

48) ¿Butanolandia y RFO tienen relaciones diplomáticas, o tratados bilaterales, etc?

Butanolandia y RFO sí mantienen relaciones diplomáticas, pero no tienen ningún tratado bilateral de inversión vigente o suscrito.