

La nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones



RICARDO PUCCIO SALA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Jurisdicción Ratio Personae.**
- III. La nacionalidad de las Personas Jurídicas en los Tratados de Inversión suscritos por el Perú.**
- IV. El abuso de la Jurisdicción.**
- V. A manera de Conclusión.**



RESUMEN:

En el presente artículo se hablará sobre el tratamiento de la nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones. Se observarán tratados bilaterales de inversión suscritos por el Perú, y se observará un caso en el que Perú fue parte.

Palabras clave: Tratado, Persona Jurídica, Arbitraje, Jurisdicción, Nacionalidad.

ABSTRACT:

In this article the treatment of the nationality of legal persons in international investment arbitration will be addressed. Bilateral investment treaties signed by Peru will be analyzed, and a case in which Peru was party will also be discussed.

Keywords: Treaty, Legal Person, Arbitration, Jurisdiction, Nationality.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, intentaremos desarrollar algunos temas vinculados al tratamiento de la nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones. Para conseguir la finalidad propuesta, comenzaremos haciendo una presentación general de las reglas que se utilizan para establecer la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional de las inversiones. A continuación, haremos una recopilación que refleja el tratamiento otorgado a la nacionalidad de las personas jurídicas en algunos tratados bilaterales de inversión suscritos por el Perú. Finalmente, culminaremos este trabajo explicando, en base a un caso en el que Perú fue parte, en qué casos la adquisición del control de una sociedad para dotarla de la nacionalidad de un Estado Parte en un tratado de inversiones puede ser considerada como un abuso de jurisdicción.

II. JURISDICCIÓN *RATIO PERSONAE*

El régimen de protección de inversiones está basado en el principio por el cual las protecciones otorgadas se extienden a los inversores que son nacionales de un Estado Parte de un tratado, que realizan una inversión en otro Estado Parte. Por esta razón, es la nacionalidad del demandante la que determina si este tiene derecho a beneficiarse de las disposiciones del tratado, y

lo que a su vez determina la jurisdicción *ratione personae* del tribunal para conocer de un reclamo formulado al amparo de tal tratado¹.

El artículo 25 del Convenio CIADI indica expresamente:

“(1) La Jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante —o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado— y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

a) Toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28 o en el apartado (3) del artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto al Estado parte de la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte de la diferencia; y

1. MCLACHLAN QC, Campbell; SHORE, Laurence y WEININGER, Mathew. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University, 2007, p.131.

b) *Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto al Estado parte de la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometidas a control extranjero*”.

En el presente artículo nos centraremos en los problemas que se suscitan con relación a la nacionalidad de las personas jurídicas en los arbitrajes de internacionales de inversión.

La protección a las inversiones que realiza un nacional de un Estado Parte en otro Estado Parte está generalmente otorgada en instrumentos denominados como Acuerdos de Promoción de Inversiones —en adelante, “APRI” o, más conocidos por su denominación en inglés, “*Bilateral Investment Treaties*” o “BIT”²—.

Estos instrumentos también contienen la aceptación del Estado Parte para que las controversias que surjan con los inversionistas del otro Estado Parte sean resueltas mediante arbitraje internacional, usualmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones —en adelante, “CIADI”—.

Lo primero que hay que señalar es que, tanto el Convenio CIADI como el instrumento que establezca la protección a las inversiones, deberán ser interpretados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual establece como regla general de interpretación, que todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado

en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El Convenio CIADI no contiene una regla general para establecer la nacionalidad de las personas jurídicas, ni tampoco establece los criterios sobre los cuales debe establecerse tal nacionalidad, difiriendo esta definición a los instrumentos en los que se establecen garantías a las inversiones.

Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer señalan que los criterios más usados para establecer la nacionalidad de las personas jurídicas en estos instrumentos son: (i) su lugar de constitución y registro, y (ii) el de su sede principal—“*The most commonly used criteria for corporate nationality are incorporation or the main seat of the business ‘siege social’*”³—.

Muchos tratados incluyen una combinación de ambos criterios, algunos ponen énfasis en el hecho que la compañía este constituida y organizada bajo las leyes de los estados parte.

El literal 2 b) del artículo 25 del Convenio CIADI establece además que las partes pueden acordar conferirle la calidad de nacional de un estado extranjero a la persona jurídica constituida en el país receptor de la inversión que es controlada por extranjeros.

Los instrumentos en los que se establecen las reglas para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas son interpretados de forma muy limitada, y formal, con arreglo a los términos establecidos en dicho tratado.

Los Tribunales de Inversión han sido renuentes en considerar cuestiones planteadas por los Estados Parte respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas demandantes que no surjan directamente de los términos de un tratado.

2. La protección a las inversiones también se otorga en tratados más comprehensivos como son los Tratados de Libre Comercio, o instrumentos multilaterales como el Tratado Sobre la Carta de Energía.

3. DOLZER Rudolph y SCHREUER Christoph. “*Principles of International Investment Law*”. Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 49.

Esto se ha hecho atendiendo al principio por el cual no es dable presumir que la intención de las partes ha sido la de extender los criterios para establecer la nacionalidad a otros supuestos diferentes a aquellos expresamente mencionados en el tratado.

Así por ejemplo, Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Mathew Weininger indican que la práctica predominante establece que, cuando el tratado establece como único criterio para establecer la nacionalidad de una persona jurídica su lugar de constitución, no es dable que un tribunal entre a revisar otros criterios, como es la nacionalidad de las personas que ejercen control efectivo sobre ella.

“In considering the leading cases on nationality issues —and the commentary on them—, it appears that the predominant approach has been a formal one, in which international law places few, if any, controls upon a claim of nationality determined by reference to formal incorporation under the law of the home State. That is unless qualified by the relevant treaty, a Claimant Corporation’s State of incorporation will serve as the claimant’s nationality. Formal nationality defined by incorporation has not, to date, been significantly qualified by the application of an effective control test, unless the treaty has done so expressly”⁴.

Quizás, la mejor forma de entender cómo es que se viene interpretando las disposiciones respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas es recurriendo a la decisión sobre Jurisdicción adoptada en el caso Tokios Tokelés v Ucrania.

En el caso bajo comentario, Tokios era una persona jurídica constituida en Lituania, la cual controlaba una subsidiaria constituida y registrada en Ucrania. La demandante presentó un reclamo ante el CIADI por considerar que ciertas acciones del gobierno de Ucrania habían afectado garantías otorgadas a su inversión en esta

subsidiaria, bajo el BIT celebrado entre Lituania y Ucrania.

Tokios era controlada por inversionistas ucranianos quienes eran titulares del 99% de sus acciones y controlaban la gestión de la compañía.

Sin embargo, el BIT entre ambas naciones establecía que debía considerarse como un inversor de Lituania a cualquier persona jurídica establecida en la República de Lituania, de conformidad con sus leyes y regulaciones.

Ucrania cuestionó la jurisdicción del Tribunal, alegando que la demandante no debía ser considerada legítimamente como un inversor de Lituania, basándose en que esta compañía era controlada por nacionales de Ucrania. Ucrania sostuvo que, conforme al numeral 2 del artículo 1 del Convenio CIADI, este fue creado para resolver las controversias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes y no controversias entre un Estado y sus propios nacionales.

El Tribunal que conoció el caso no aceptó la defensa de jurisdicción planteada por Ucrania, al estimar que, el único test que debía practicarse conforme al tratado bilateral aplicable para establecer si la demandante era un inversor protegido, era determinar si la persona jurídica se había constituido en Lituania de conformidad con las leyes aplicables. El Tribunal indicó que, si las partes hubieran querido establecer alguna limitación en función al control, tendrían que haberlo señalado expresamente en el tratado.

III. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ

Señalado lo anterior, me ha parecido conveniente hacer referencia a las definiciones de inversor contenidas en algunos tratados bilaterales suscritos por el Perú para que se pueda apreciar cómo es que existen diferencias de tratamiento

4. MCLACHLAN QC, Campbell; SHORE, Laurence y WEININGER, Mathew. *Op. Cit.*, p. 132

respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas en dichos tratados, las que deberán ser tomadas en cuenta en cada caso.

Así, por ejemplo, en el BIT entre Perú y Australia se define como inversores a:

"Article 1

(...)

(c) "Investor" of a Party means: (i) a company; or (ii) a natural person who is a citizen or permanent resident of a Party;

(d) "company" means any corporation, association, partnership, trust or other legally recognized entity that is duly incorporated, constituted, set up, or otherwise duly organized: (i) under the law of a Party; or (ii) under the law of a third country and is owned or controlled by an entity described in paragraph 1 (d) (i) of this article or by a natural person who is a citizen or permanent resident of a Party; regardless of whether or not the entity is organized for pecuniary gain, privately or otherwise owned, or organized with limited or unlimited liability;

ARTICLE 2 Application of Agreement 1. This Agreement shall apply to investments whenever made, but shall not apply to disputes which have arisen prior to the entry into force of this Agreement. 2. Where a company of a Party is owned or controlled by a citizen or a company of any third country, the Parties may decide jointly in consultation not to extend the rights and benefits of this Agreement to such company. 3. A company duly organized under the law of a Party shall not be treated as an investor of the other Party, but any investments in that company by investors of that other Party shall be protected by this Agreement. 4. This Agreement shall not apply to a company organized under the law of a third country within the meaning of paragraph 1 (d) (ii) of Article 1 where the provisions of an investment protection agreement with that country have already been invoked in respect of the same matter (...)"

"Artículo 1

(...)

(c) "inversor" significa: (i) una compañía; o (ii) una persona natural que es un ciudadano o residente permanente de un Estado Parte.

(d) "compañía" significa cualquier sociedad, asociación, asociación en participación, fideicomiso o cualquier otra entidad legal que ha sido registrada, constituida, puesta en marcha o debidamente organizada: (i) bajo las leyes de un Estado Parte; o bajo las leyes de un tercer país pero es de propiedad o controlada por un ciudadano o residente permanente de un Estado parte; sin considerar si la entidad se ha constituido para obtener ganancias, si es privada o bajo otro sistema de propiedad, o si está organizada bajo responsabilidad limitada o ilimitada.

Artículo 2 Aplicación del Tratado. 1. El presente tratado se aplica a las inversiones con prescindencia de cuando fueron hechas, pero no aplicará a disputas que ya hubieran surgido antes de su entrada en vigencia. 2. Cuando una compañía de un Estado Parte sea controlada por un ciudadano o una compañía de un tercer Estado las partes pueden decidir de manera conjunta mediante consultas no extenderle los derechos y beneficios de este tratado a dicha compañía. 3. Una compañía debidamente constituida en un Estado Parte no sea considerada como un inversor de la otra parte, sin embargo, toda inversión efectuada en dicha compañía por nacionales del otro estado parte están protegidos por el Tratado. 4. Este Tratado no aplicará a compañías constituidas bajo las leyes de un tercero en los términos del párrafo 1 (d) (ii) del Artículo 1 cuando las disposiciones de otro tratado de inversiones hayan sido invocadas respecto a la misma materia (...)" (Traducción libre).

Véase como en este caso se hace una regulación muy detallada y se precisan como criterios para

establecer la nacionalidad de la persona jurídica el lugar de constitución y el control por parte de nacionales y residentes de uno de los Estados Parte.

En el Tratado, se establece que las compañías constituidas en el país receptor de la inversión, controladas por inversionistas de la otra parte, no se consideran como inversores. Sin embargo, sí se protege la inversión de estos en estas compañías.

En la práctica, esto significa que, si el inversor extranjero ejerce control sobre el 80% de dicha compañía, sólo podrá aspirar a obtener una indemnización por los actos contrarios al tratado con relación a dicha compañía equivalente a su interés en la misma.

El BIT entre Perú y España contiene una regulación similar respecto a las empresas constituidas en el país receptor de la inversión.

“Artículo 1

1.- Por “inversores” se entenderá: A) Personas físicas que, en el caso de la República del Perú, tengan la nacionalidad peruana de conformidad con su legislación, y en el caso del reino de España, sean residentes en España con arreglo al derecho español. B) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte contratante”.

Nótese que en este caso la definición no alcanza a las sociedades constituidas en o bajo el derecho del país receptor de la inversión. Siendo que como se ha visto precedentemente los Tratados deben ser interpretados con apego a lo expresado en ellos, entonces sólo se consideran como inversores a aquellas que se adecúen a la definición. En esa línea de ideas, nótese además que el control de la compañía inversora debe ser ejercido en su

país de origen. El tratado no hace referencia a la nacionalidad de los accionistas controladores, sino solamente al lugar donde se ejerce dicho control.

El BIT entre China y Perú establece:

“Artículo 1.

2. El término “inversionistas” significa: Con respecto a la República del Perú: (a) Personas naturales que, de conformidad con las leyes de la República del Perú, tengan su nacionalidad; (b) Toda persona jurídica establecida de conformidad con las leyes de la República del Perú y domiciliada en el territorio de la República del Perú, incluyendo compañías civiles y comerciales, así como otras asociaciones con o sin personería jurídica que realicen alguna actividad económica incluida dentro de la competencia de este Convenio y que estén directa o indirectamente controladas por nacionales de la República del Perú. Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes; (b) Entidades económicas establecidas de conformidad con las leyes de la República Popular China y domiciliadas en el territorio de la República Popular China. 3. El término “ganancias” significa los montos generados por las inversiones tales como utilidades, dividendos, interés, regalías u otros ingresos legítimos”.

En este tratado utiliza criterios diferenciados según la persona jurídica sea peruana o china. En el caso del Perú se considera que la compañía se haya constituido bajo las leyes peruanas, su domicilio y control, en cambio para el caso de China sólo aplican como criterios para establecer su nacionalidad el que esta se haya constituido bajo las leyes chinas y su domicilio.

El BIT entre Perú y Canadá establece:

“Article 1

enterprise means:

(i) any entity constituted or organized

under applicable law, whether or not for profit, whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association; and

(ii) a branch of any such entity;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there; investor of a Party¹ means

in the case of Canada:

(a) Canada or a state enterprise of Canada, or

(b) a national or an enterprise of Canada, that seeks to make, is making or has made an investment; a natural person who is a dual citizen shall be deemed to be exclusively a citizen of the State of his or her dominant and effective citizenship; and

in the case of the Republic of Peru:

(a) a state enterprise of the Republic of Peru, or

(b) a national or enterprise of the Republic of Peru; that seeks to make, is making or has made an investment; a natural person who is a dual citizen shall be deemed to be exclusively a citizen of the State of his or her dominant and effective citizenship”;

“Artículo 1

Una compañía significa:

Cualquier entidad organizada bajo la ley aplicable, sea que lo haya sido para obtener ganancias o no, sea privada o pública, incluyendo fideicomisos, asociaciones en participación, consorcios u otros contratos asociativos; y

Una sucursal de tal entidad.

Compañía de una Parte significa una compañía constituida u organizada bajo las leyes de

una parte y una sucursal ubicada en territorio de una parte que está llevando actividades en ese país.

Inversor de una parte significa:

En el caso de Canadá:

(a) Canadá o una compañía estatal de Canadá, o

(b) Un nacional o una compañía de Canadá, que persigue hacer, está haciendo o ha efectuado una inversión una persona natural que tenga doble nacionalidad se reputará nacional del Estado donde ejerce de manera predominante su nacionalidad; y

En el caso de la República del Perú:

(a) Una compañía estatal de Perú, o

(b) Un nacional o una compañía de Perú; que persigue hacer, está haciendo o ha efectuado una inversión, una persona natural que tenga doble nacionalidad se reputará nacional del Estado donde ejerce de manera predominante su nacionalidad”; (Traducción libre).

Nótese, como es que en el presente caso, al igual que en el Tratado entre Perú y Australia, se ha incluido una referencia expresa a las empresas estatales. En este tratado se considera además a las sucursales como nacionales del país donde ejercen sus actividades.

Finalmente incluimos el BIT entre Perú y Francia respecto del cual verificaremos su aplicación a un caso concreto.

El literal 2) del artículo 1 del BIT establece:

“2) El término “nacionales” designa toda persona física que posee la nacionalidad de una de las partes.

3) El término “sociedades” designa toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes conforme a la legislación de esta parte y que posee allí su sede social, o es controlada directa o

indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que poseen su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a la legislación de esta parte”.

A su vez el artículo 8 (3) del Tratado establece lo siguiente:

“(3) Una persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes y que antes del surgimiento de la controversia estuviera controlada por los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante será considerada, para los efectos del artículo 25 (2) (b) de la convención mencionada en el párrafo (2) anterior, como sociedad de esa parte contratante”.

IV. EL ABUSO DE LA JURISDICCIÓN

Al amparo del Tratado entre Perú y Francia, la Sra. Renée Rose Levy —en adelante, “la Sra. Levy”— nacional de Francia, y Gremcitel S.A. —en adelante, “Gremcitel”— una sociedad constituida conforme a las leyes de la República del Perú con sede en Lima. Estas promovieron un arbitraje en contra de la República del Perú ante el CIADI, reclamando una indemnización por considerar que las acciones del Perú habían frustrado el desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado Costa Azul, en terrenos que abarcaban el balneario de la Herradura, la zona de la Chira y el Morro Solar. La afectación consistió en la delimitación efectuada en el año 2007 de una Zona Histórica que abarcaba una gran parte del terreno del proyecto. La delimitación se efectuó porque en dicho lugar se llevó a cabo la batalla de San Juan y de Chorrillos en la Guerra del Pacífico que enfrentó a Perú y Chile entre 1879 y 1883⁵. El desarrollo del proyecto inmobiliario estaba a cargo de Gremcitel.

La delimitación de la zona histórica se produce como respuesta a la “Propuesta de Delimitación Histórica del Morro Solar” presentada por Gremcitel al Instituto Nacional de Cultura —en adelante,

“INC”— en el año 2001. El INC constituyó en el año 2004 una Comisión de Historiadores para establecer la delimitación de dicha zona histórica, la cual evacuó un informe en el año 2005. El informe de la comisión de historiadores incluyó un área similar a la que finalmente se delimitó; sin embargo, la resolución que aprobó la delimitación no se expidió sino hasta el año 2007.

En el caso bajo comentario, la Sra. Levy alegó ser dueña y controlar Gremcitel indirectamente desde 2005, por medio de la empresa Hart Industries Ltd. —en adelante, “Hart Industries”— y directamente desde 2007, mediante la adquisición de acciones de Gremcitel.

La Sra. Levy, adquirió control indirecto sobre Gremcitel en el año 2005 — cuando adquirió 33,3% de las acciones de Hart Industries, que era el principal accionista de Gremcitel— y control directo sobre Gremcitel en 2007 —cuando adquirió 58,82% de las acciones de Gremcitel—. La Sra. Levy alegó también que Gremcitel debería ser considerada una sociedad francesa, ya que se encontraba bajo control francés antes de que surgiera la controversia; de conformidad con el artículo 8 3) del APPRI y artículo 25 2) b) del Convenio CIADI.

Es importante destacar que, para efectos de establecer si un nacional de un Estado Parte ejerce control sobre una compañía, no es relevante el hecho de que este control sea ejercido de forma indirecta, sino que se pueda establecer que al final de estas relaciones indirectas el control efectivo de la compañía es ejercido por un nacional de un Estado Parte. Esto es así en atención a que se reconoce que las personas pueden estructurar sus operaciones comerciales en la forma que estimen más conveniente a sus intereses. Como por ejemplo para obtener un mejor tratamiento tributario que en sus países de origen, y no por ello van a perder la protección que les otorga el tratado de inversiones.

También es importante destacar que para establecer si una persona natural controla a una

5. Laudo disponible en: <https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Gremcitel.pdf>.

persona jurídica, es necesario considerar varios factores y no únicamente la propiedad sobre las acciones de tal compañía.

Rudolph Dolzer y Christian Schreuer señalan:

“Control over a juridical person is not a simple phenomenon. Participation in the company’s capital stock or share ownership is not necessarily the only indicator of control. The existence of foreign control is a complex question requiring the examination of several factors such as equity participation, voting rights, and management”.

“El control sobre una persona jurídica no es un fenómeno simple. La participación en el capital social o la propiedad de acciones no son necesariamente los únicos indicadores de control. La existencia de control extranjero suele ser una cuestión compleja que requiere el examen de varios factores como la participación en el capital, los derechos de voto y el control sobre la administración”⁶ (traducción libre).

Como señala el artículo 8 (3) del Tratado entre Perú y Francia, el control sobre la compañía tenía que ejercerse antes de que surja la controversia. De ahí que en este caso era importante establecer esta fecha, para establecer a partir de qué fecha podía considerarse a Gremcitel como una compañía francesa.

Dado que la inversión realizada por la Sra. Levy lo era en la compañía que desarrollaría el proyecto, el Tribunal hizo un razonamiento similar respecto a ella.

El Tribunal consideró que, si el reclamo de la Sra. Levy estaba fundado sobre una supuesta violación del Tratado, la jurisdicción del Tribunal estaba limitada a la diferencia entre el Estado anfitrión y el nacional o la sociedad que ha adquirido su inversión protegida antes de que ocurriera la presunta violación. En otras palabras, el Tratado debe estar en vigencia, y el

nacional o sociedad ya debe haber realizado su inversión antes que la supuesta violación ocurra, para que el Tribunal tenga jurisdicción sobre una violación de los estándares sustantivos del Tratado que afecte a dicha inversión.

Para arribar a esta conclusión, el Tribunal estimó que se debía seguir el principio de no retroactividad de los tratados, el cual implica que las protecciones otorgadas por el APPRI se aplican a la conducta del Estado que ocurre, luego de que dichas protecciones se tornen aplicables a las inversiones elegibles. El Tribunal indicó que, puesto que el APPRI es al mismo tiempo un instrumento que crea la obligación sustantiva que constituye la base del reclamo ante el Tribunal y el instrumento que confiere jurisdicción al Tribunal, un demandante que somete un reclamo en virtud de una obligación del Tratado debe haber sido dueño de la inversión o debe haber tenido su control al momento que dicha obligación fue supuestamente violada. En consecuencia, la protección sustantiva del APPRI que invoca la Sra. Levy comenzó a aplicarse a ella cuando hizo su inversión, y no antes. Debe, por tanto, probar que ya había adquirido su inversión al momento de la conducta controvertida.

La Sra. Levy, para tratar de probar el control indirecto de Gremcitel que aducía tener a través de Hart Industries desde el año 2005, presentó una serie de documentos que contenían certificaciones notariales otorgadas en Granada, que tenían una serie de inconsistencias. Confrontada que fue la Notaría de Granada con estas inconsistencias, esta terminó admitiendo en la audiencia que había antedatado la certificación otorgada.

En virtud a lo anterior, el Tribunal desestimó la documentación presentada con relación a esta adquisición y estableció que la Sra. Levy no había probado haber adquirido su inversión en el año 2005.

Con relación a la adquisición efectuada en el año 2007, el Tribunal estimó que, si bien existían

6. DOLZER, Rudolph y SCHREUER, Christoph. *Op. Cit.*, p. 54.

elementos que generaban sospechas sobre la operación, consideró que la transferencia se había probado para efectos jurisdicción *ratione temporis*, reservando la discusión sobre las sospechas indicadas para analizar si la demandante había incurrido en un abuso de jurisdicción.

El abuso de la jurisdicción se produce cuando un demandante adquiere una inversión con el único propósito de conseguir la jurisdicción de un Tribunal de Inversiones, basado en su nacionalidad respecto a una controversia que ya existe o cuya existencia es inminente.

El Tribunal, a efectos de establecer si en este caso se había incurrido en un abuso de proceso, recurrió al caso Phoenix Action c. La República Checa, en la cual el tribunal del CIADI puso énfasis en los objetivos de la protección de las inversiones indicando:

“(…) el comienzo e impulso del presente arbitraje por la Demandante es un abuso del sistema internacional del CIADI de arbitraje sobre inversiones. De aceptarse que el Tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre el reclamo de Phoenix, entonces cualquier diferencia nacional preexistente podría ser sometida ante un tribunal del CIADI mediante una transferencia de los intereses económicos nacionales a una sociedad extranjera en un intento de lograr protección en virtud de un TBI. Dicha transferencia del campo interno a la escena internacional constituiría ipso facto una “inversión protegida”, y la jurisdicción del TBI y de los tribunales del CIADI sería virtualmente ilimitada. Es el deber del Tribunal no proteger semejante manipulación abusiva del sistema internacional de protección de inversiones en virtud del Convenio CIADI y de los TBI. En efecto, es la opinión del tribunal que aceptar jurisdicción en este caso iría en contra de los propósitos básicos que subyacen al Convenio CIADI así como aquellos de los tratados bilaterales de inversión. El Tribunal debe asegurarse de que el mecanismo del CIADI no proteja inversiones que no fue diseñado para proteger, porque son esencialmente inversiones

internas disfrazadas de inversiones internacionales con el único fin de obtener acceso a este mecanismo” (traducción del Tribunal).

El Tribunal señaló, además, que en la actualidad está bien establecido, y con razón, que la organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener beneficios de tratados de inversión no es ilegítima per se, incluso cuando se hace con miras a la protección de la inversión de eventuales diferencias futuras con el Estado anfitrión. Sin embargo, una reestructuración llevada adelante con la intención de invocar la protección del tratado en un momento en que la controversia es previsible puede constituir un abuso de proceso.

Para que exista un abuso de jurisdicción, la probabilidad de que esta controversia se produzca debe ser muy alta, lográndose así un balance justo entre la necesidad de proteger el derecho de un inversor a invocar la protección del APPRI en el contexto de una reestructuración societaria legítima y la necesidad de negar protección a conductas abusivas.

En el caso bajo comentario el Tribunal encontró que, al momento de adquirir una inversión sobre Gremcitel, la emisión de la resolución que delimitó la zona histórica era inminente y que la demandante conocía del informe de la Comisión de Historiadores en el que se basó, siendo que la súbita transferencia de las acciones de la sociedad tuvo como único motivo la nacionalidad de la Sra. Levy.

En virtud a lo anterior, el Tribunal declinó ejercer jurisdicción sobre la demanda planteada.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Tal como indican Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer la planificación de una inversión para que esta reciba los beneficios de un tratado de inversiones no es una práctica ilegal o contraria a la ética —“*Nationality planning or ‘Treaty Shopping’ is not illegal or unethical in itself*”⁷—.

7. DOLZER, Rudolph y SCHREUER, Christoph. *Op. Cit.*, p. 54.

En esa línea de ideas, un inversionista puede realizar una inversión utilizando un vehículo societario que le otorga protección bajo un tratado internacional por razón de nacionalidad, y gozar de dicha protección sin problemas.

Sin embargo, tal como se ha establecido en casos como el de *Gremcitel*, cuando ya existe una con-

troversia o esta es inminente, las transferencias de acciones de una sociedad con el fin de otorgarle la condición de nacional de un Estado Parte en un tratado de inversiones y, en consecuencia, habilitarla para iniciar un arbitraje internacional, podrá ser considerada como un abuso de jurisdicción. De ser ese el caso, el Tribunal que se constituya podrá rechazar la demanda interpuesta por razones de jurisdicción por las razones expuestas en este artículo.