

LATIN AMERICA INVESTMENT & ARBITRATION LAW BI-MONTHLY

By Ignacio Gómez-Palacio

Consulting Editor: Prof. Garrett Epps

Research Assistant: MonicaPerzabal

(Versión en idioma español en pág. 2)

CONTROL: YES? NO? MAYBE?

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly discusses the concept of "control" of legal persons (including entities connected with the State) and physical persons, with consequences in the field of international and national investment law.

"Control" of physical persons, corporations, entities connected with the State, or any combination of these:

1. Is a concept referred to by international investment agreements (IIA's) for the purpose of protecting and promoting foreign investment, including the foreign investor's right to accede to ICSID and other mechanisms for the solution of disputes;
2. Is frequently forbidden by the internal legislation of some countries in regard to certain sectors;
3. Is a relevant element regarding the attribution of physical and legal persons conduct to the State, causing damage to foreign investment;
4. May be relevant to analyze and define for purposes of adequate legal planning; and
5. Is frequently considered by international arbitral tribunals.

The relevance of the foregoing is dramatized by the fact that international investment agreements (IIA's) and internal laws, in spite of using the term "control", generally (i) avoid defining it and (ii) with ease refer to "direct control" and "indirect control", distinguishing two instances of an undefined term. Such is the language in NAFTA and other BIT's (APPRI's, TBI's or TPPI's).

Determining control or lack control thereof from the percentage of stock, right to vote or participation in fundamental decisions is a less difficult route than analyzing all circumstances to determine dominium or prevalence.

The concept of "control" is easy to expand and complicated to limit. Such was *Enron I* Tribunal position when it stated "... there is indeed a need to establish a cut-off point beyond which claims would not be permissible as they would have only a remote connection to the affected company."¹

There are a number of matters beyond stock ownership or voting rights to be considered in establishing a controlling link different from stock or voting rights, such as: market strategic participations, connected technology and industrial property, financing and others that need not be exercised. A non exercised subtle power may still be a controlling power.

In order to avoid extravagant interpretations, it would be advisable for IIA's and national instruments and legislation that address the matter to provide some indicators for its determination.²

¹ *Enron and Ponderosa Assets, L.P. v. Republic of Argentine*, ICSID ARB/01/3 Decision on Jurisdiction, January 14, 2004, pr. 52.

² The list of arbitral awards that have analyzed the concept of "control" is extensive. The following are recent relevant examples: *S.D. Myers, Inc. v. Canada* Award November 13, 2000, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Final Award May 12, 2005, pr. 56-58, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction December 8, 2003 pr. 64, *LG&E Energy Corp. and others v. Argentine Republic*, Decision on Objections on Jurisdiction April 30, 2004, pr. 50, *Siemens, AG v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction August 32, 2004. The first award issued based on the Energy Charter Treaty, can also be mentioned: *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Final Award December 16, 2003. ICSID Convention Article 25 (2) (b) also refers to "control" for purposes of jurisdiction (*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, pr.248). Regarding "control" connected with attribution of conduct to the State: *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* Final Award November 13, 2000 pr. 50 and *Waste Management Inc., 2 v. United Mexican States*, Final Award April 30, 2004, pr. 75.

This article is provided as a service to clients and friends of Ignacio Gomez-Palacio.
It is not intended as legal advice on any matter.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 Mexico, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

For more information on matters affecting global foreign investment and arbitration, contact Ignacio Gomez-Palacio, telephone at (52) (55) 5247-8001 or email always to both these addresses: igp@g-pasoc.com or ignaciogomezpalacio@gmail.com

CONTROL: ¿SI? ¿NO? ¿QUIZÁS?

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly proporciona comentarios respecto al "control" de personas jurídicas (incluyendo organismos relacionados con el Estado) y personas físicas, con consecuencias en el campo del derecho internacional y nacional de la inversión extranjera.

El "control" de una sociedad mercantil, de un organismo relacionado con el Estado, de personas físicas o de la combinación de éstos:

1. Es un concepto al que aluden las convenciones internacionales para efectos de protección y promoción de la inversión extranjera e inclusive para que el inversionista extranjero acceda al uso del CIADI y otros mecanismos de solución de conflictos;
2. Frecuentemente se prohíbe por la legislación interna de países, con respecto a ciertos sectores;
3. Puede ser importante analizar y precisar para efectos de una adecuada planeación legal;
4. Es materia de calificación frecuente por parte de tribunales arbitrales internacionales; y
5. Es un elemento importante a considerar para atribuir al Estado la conducta de personas físicas o jurídicas que causen daños a la inversión extranjera.

La relevancia de la anterior observación se dramatiza por el hecho de que las referidas convenciones

internacionales (IIA's) y leyes internas, a pesar de utilizar el concepto de "control", en general (i) eluden definirlo y (ii) con soltura se refieren al "control directo" y al "control indirecto", distinguiendo dos hipótesis de lo que no definen. Tal es el caso del TLCAN y otros BIT's (APPRI's, TBI's y TPPI's).

El *criterio cuantitativo* que atiende al por ciento de participación en el capital social, en las acciones o participaciones con derecho a voto o en la toma de decisiones fundamentales, no representa el grado de dificultad del *criterio cualitativo* que atiende a circunstancias fácticas para determinar situaciones de dominio o prevalencia.

El concepto de control es fácilmente expandible y difícil de delimitar. Tal fue la postura del Tribunal Arbitral *Enron* / al señalar que "...existe necesidad de establecer un punto de corte después del cual... [los tribunales arbitrales no deberían aceptar jurisdicción con base en demandas] ... que tan sólo tuvieran una *conexión remota* a la empresa afectada."³

³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina* ICSID ARB/01/3 Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, pr. 52.

Existen un sin número de temas a considerar a efecto de establecer un vínculo controlador diferente a la propiedad accionaria y derecho de voto, dentro de los cuales se pueden citar: participaciones estratégicas de mercado, tecnología y propiedad industrial relacionada, financiamiento y otros, sin que necesariamente deba demostrarse su utilización para controlar. Un poder sutil no ejercitado no deja de ser poder.

A efecto de evitar extravagancias interpretativas, resulta conveniente que tanto los IIA's como las leyes nacionales que aborden el tema, proporcionen indicadores para su determinación.⁴

⁴ La lista de los laudos arbitrales que han analizado el concepto de "control" es extensa. Se pueden citar los siguientes ejemplos de relevancia reciente: *S.D. Myers, Inc. v. Canadá*, Laudo 13 de noviembre de 2000, *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, Laudo Final 12 de mayo de 2005, pr. 56-58, *Azurix Corp. v. República de Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción 8 de diciembre de 2003 pr. 64, *LG&E Energy Corp. y otros v. República de Argentina*, Decisión sobre Objeciones sobre Jurisdicción 30 de abril de 2004, pr. 50, *Siemens, AG v. República de Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción 2 de agosto de 2004. Cabe agregar el primer laudo emitido con base en el Energy Charter Treaty: *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. República de Latvia*, Laudo Final, 16 de diciembre de 2003. También se refiere a "control", la Convención CIADI Artículo 25 (2) (b) para efectos de jurisdicción (*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela, pr.248*). Respecto al "control" relacionado con conducta atribuible al Estado se recomienda ver: *Emilio Agustín Maffezini v. España* Laudo Final 13 de noviembre de 2000 pr. 50 y *Waste Management Inc., 2 v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Final 30 de abril de 2004, pr. 75.

Este artículo es proporcionado como un servicio a clientes y amigos de Gómez-Palacio y Asociados. No constituye asesoría u opinión legal.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcázar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 México, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

Para mayor información sobre arbitraje y actos que afectan o están relacionados con inversión extranjera, contactar al Lic. Ignacio Gómez-Palacio al teléfono (52) (55) 5247-8001 o enviar correo electrónico a ambas de las siguientes direcciones:

igp@g-pasoc.com o ignaciogomezpalacio@gmail.com