

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)

¿IS IT NECESSARY TO INVEST IN ACCORDANCE WITH THE LAWS OF THE HOST COUNTRY?

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, illustrates the potential obstacles that foreign investors can encounter in securing BIT protection, as well as ways out for Host Countries in the event of investments that do not comply with domestic law.

Certain BITs have defined the term "investment" as "assets accepted in accordance with the laws and regulations of the Contracting State."¹ It follows that only this type of "investment" is protected under the BIT.

In *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*,² (BIT Spain/El Salvador), the Arbitral Tribunal recently decided (on August 2, 2006) that ICSID had no jurisdiction to hear this matter because Inceysa had committed fraudulent acts during the bidding process and thus the investment in question was not made "in accordance with law" as established in the BIT.³

On August 16, 2007, in the case of *Fraport v. The Philippines*,⁴ the majority of the Tribunal decided that ICSID did not have jurisdiction to hear the dispute and that accordingly the Tribunal was not competent, since Fraport's investment had not been made in accordance with Philippine law. The Tribunal was composed of Dr. Bernardo M. Cremades, Professor W. Michael Reisman and L. Yves Fortier, C.C., Q.C., acting as President.

The Tribunal reasoned that Fraport had breached Philippine law by intervening in the operation of

Terminal 3 of the Ninoy Aquino International Airport through confidential shareholder agreements with various companies, which in turn owned stock in the Philippine company (Philippine International Terminal Company-PIATCO), acting as investor with both domestic and foreign investors. Fraport was considered to hold an indirect control which added to its direct ownership (31.44%). Because of these serious violations of domestic law, the Philippine Supreme Court held, the concession agreements in the Terminal 3 project were null and void.

Tribunal member Bernardo Cremades issued a dissenting opinion. In essence, Cremades stated that determining whether the investment is made "in accordance with law" is a merits issue and not a jurisdiction issue.

Some comments:

1. Making it a merits matter allows the Tribunal a wider range of decision making, since jurisdiction is a yes or no answer. It allows the Tribunal, for example, to consider the good and bad faith of the investor.

¹ Such is the case of the German-Philippine BIT, Art. 1. 1. Also, Spain-El Salvador BIT. Some previous cases that have considered the matter of jurisdiction, but have not decided regarding investment made "in accordance with the laws and regulations," are: *Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18; *Bayindir Insaat Turizm Ticarte Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29.

² ICSID Case No. ARB/03/26.

³ It further found that Inceysa's behavior breached the principle of good faith, on which El Salvador's consent to jurisdiction had been conditioned. The Tribunal reasoned that parties should not benefit from their own wrongdoing, a general principle inherent in international public order. *Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly*. Gomez-Palacio y Asociados, No. 4, September, 2006, http://www.g-pasoc.com/LATIN%20AMERICA%20INVESTMENT%20BI%20-%20MONTHLY_sept_06f11.pdf

⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25. On this case: C. Boris and R. Hennecke, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines- Compliance with National Laws: a Jurisdictional Requirement under BITs?*, *Transnational Dispute Management*, August 2007.

2. If it is quite clear from the beginning that the investment was not made "in accordance with the laws and regulations," taking the decision at the time of deciding on the merits increases the cost and time for the parties.
3. A reasonable argument can be made by both sides. Host States can consider due compliance with their law and regulations a matter of jurisdiction; investors can argue that such a position will encourage Host States to avoid compliance with their international obligations.

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

¿ES NECESARIO INVERTIR DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES DEL ESTADO ANFITRIÓN?

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, muestra los obstáculos potenciales que los inversionistas extranjeros pueden encontrar para asegurar protección de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), así como la defensa para los Estados Anfitriones en el caso de inversiones hechas incumpliendo con leyes domésticas.

Ciertos TBIs establecen que el vocablo "inversión" significa "assets accepted in accordance with the laws and regulations of the Contracting State" (activos aceptados de conformidad con las leyes y regulaciones del Estado Contratante)⁵. En consecuencia únicamente dichas "inversiones" están protegidas bajo el TBI.

En *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*,⁶ (TBI España-El Salvador), el Tribunal Arbitral decidió recientemente (2 de agosto, 2006) que el CIADI no tenía jurisdicción para escuchar este

asunto debido a: (i) la actuación fraudulenta de Inceysa durante el proceso de licitación y en consecuencia, (ii) que dicha inversión no fue hecha "de conformidad con las leyes" acorde con lo establecido en el TBI.⁷

El 16 de agosto de 2007, en el caso *Fraport v. Filipinas*,¹ el Tribunal decidió por mayoría que el CIADI no tenía jurisdicción para decidir con respecto a la disputa (y que en consecuencia el Tribunal carecía de competencia), ya que la inversión de Fraport no se había realizado de conformidad con la ley filipina. El

⁵ Tal es el caso del TBI Alemania-Filipinas, Art. 1. 1. También el TBI España-El Salvador. Algunos casos anteriores han resuelto con respecto a la jurisdicción, pero no han decidido en cuanto a la inversión hecha "de conformidad con las leyes y regulaciones" son: *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4; *Tokios Tokelés v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18; *Bayindir Insaat Turizm Ticarte Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29.

⁶ Caso CIADI No. ARB/03/26.

⁷ Asimismo encontró que la conducta de Inceysa violó el principio de buena fe, en el que se basa el consentimiento de El Salvador con respecto a la jurisdicción. El Tribunal, razonó que las partes no podían beneficiarse por su propia torpeza, lo que es un principio general inherente al orden público internacional. *Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly*. Gomez-Palacio y Asociados, No. 4, September, 2006, http://www.g-pasoc.com/LATIN%20AMERICA%20INVESTMENT%20BI%20-%20MONTHLY_sept_06f11.pdf

⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No.

Tribunal se integró por Dr. Bernardo M. Cremades, Professor W. Michael Reisman y L. Yves Fortier, C.C., Q.C., actuando como Presidente.

Se consideró que Fraport violó la ley filipina por haber intervenido en la operación de la Terminal 3 del Aeropuerto Internacional Ninoy Aquino, en virtud de haber celebrado convenios confidenciales de accionistas con varias empresas, que a su vez eran propietarias de acciones en la compañía filipina (Philippine International Terminal Company-PIATCO), que actuó como inversionista con accionistas domésticos y extranjeros. Se consideró que Fraport detentaba un control indirecto sumado a su participación directa (31.44%). Es relevante mencionar que la Suprema Corte Filipina consideró nulos los contratos de concesión del proyecto de la Terminal 23 en razón de varias violaciones importantes a la ley filipina.

Bernardo Cremades emitió una opinión disidente, básicamente mencionó que la determinación con respecto a si la inversión se realiza "conforme a las leyes", es un asunto de fondo y no es tema de jurisdicción.

Algunos comentarios:

1. Hacer el tema de fondo permite al Tribunal mayor amplitud de decisión en virtud de que la jurisdicción es una contestación de si o no. Permite al Tribunal por ejemplo, considerar la buena o mala fe del inversionista.

2. Si es claro que desde el inicio de la inversión ésta no fue hecha "de conformidad con las leyes y regulaciones", si la decisión se toma al resolver sobre el fondo, se incrementan los costos y el tiempo de solución para las partes.
3. Un argumento razonable puede hacerse para ambas partes: que los Estados Anfitriones hagan que el debido cumplimiento de sus leyes y regulaciones sea materia de jurisdicción; y que los inversionistas consideren que tal postura estimulará a los a evitar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

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