

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)

INVESTMENT ARBITRATION: DIFFERENT BIRD, DIFFERENT FEATHERS.

Today's arbitration principally takes place in commercial matters (national and international) as well as when a foreign investor files a claim against a State (investment arbitration). This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly provides a bird's eye view to the distinct features of investment arbitration.

Four relevant areas are to be considered:

Governing law. Different from using national law (generally commercial law) of a given jurisdiction, the governing law in investment arbitration is mainly international law, both treaties to which the State is a party and customary international law. While national law has a presence, this is of a secondary nature. The rules of interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), other international rules such as the International Law Commission's Articles on State Responsibility and international investment awards (precedent) also play a major role.

Decision making. An enterprise, no matter how large, is generally much smaller than a State and has a simpler decision-making structure than a State. Under current bilateral investment treaties (BITs) and free trade agreements, many States are responsible for acts of their executive, legislative and judicial powers and in addition, of their political subdivisions, such as provincial governments, counties and/or municipalities.

The foregoing is further complicated by the presence of political parties with different economic views and patronage. A State is represented in international investment arbitration by a sole State entity, but this centralized authority needs lengthy periods of time in order to arrive at its legal position in the arbitration. Aside from the governmental bodies, social factors and citizen groups may be involved. The difference is

plain: a State represents a vast number of citizens, while enterprises represent mainly the interests of stockholders/partners with business goals.

The procedure. The State can exercise powers and privileges in a number of ways: it can allege "national security," it can arrest witnesses, it can conduct searches and seizures of evidence, it can conduct tax audits, and it can issue threats or even suspend import and export licenses, etc. It may lead the Arbitral Tribunal to bend at least a little in the direction of the State; in the case of a more independent and secure panel, however, it may lead the arbitrators to draw adverse inferences against the State. This brings to light an important matter in investment arbitration, perhaps more salient than in commercial arbitration: the need to appoint highly qualified arbitrators.

Enforcement. While a BIT is the State's agreement to submit to arbitration (claim, liability and damages), BITs do not govern the crucial matter of the State's waiver of immunity regarding the execution of the award (enforcement). In other words, States waive "jurisdictional immunity" but not "execution immunity."

Some commentators consider that the ICSID Convention, while providing protection for international investment, has one "Achilles' heel": Article 55, which allows a State to block the execution of an arbitral award for reasons of State immunity, if the State so provides in its legislation. (Schreuer, *The ICSID Convention*, p.1144).

When a judgment creditor seeks the State's assets in a different State, the matter is left to national law of the depositary State, which may or may not protect the assets. In many instances, if the assets are State property they are immune from execution; if they are "commercial property," however, they are not protected (connected case: *LETCO v. Liberia*, Award March 31, 1986, *ICSID Reports*, 343).

The matter of "commercial property" raises one final significant point: a State may establish or incorporate an entity to carry out its wishes, in order to avoid investment State claims, alleging "commercial activity." However, such a designation may have the consequence that State property located in a depositary state will be subject to award execution or judgment enforcement, since the goods are considered "commercial property."

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

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

ARBITRAJE DE INVERSIÓN: PÁJARO DE DIFERENTES PLUMAS.

El arbitraje en la actualidad se da principalmente en materia comercial (nacional e internacional), así como cuando un inversionista extranjero presenta una demanda contra un Estado (arbitraje de inversión). Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly proporciona comentarios a vuelo de pájaro, de los rasgos distintivos del arbitraje de inversión.

Cuatro áreas relevantes deben ser consideradas:

Ley aplicable. A diferencia de utilizar la ley nacional (generalmente el derecho comercial) de cierta jurisdicción para decidir el caso, la ley aplicable en el arbitraje de inversión es principalmente el derecho internacional, mayormente tratados y el derecho internacional consuetudinario. La presencia de la ley nacional es secundaria. Las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), otras reglas internacionales como los Artículos sobre Responsabilidad del Estado emitidos por la Comisión de Derecho Internacional y laudos internacionales sobre inversión (precedente) tienen un papel principal.

Toma de decisiones. Una empresa, no importa cuán grande, es generalmente más pequeña que un Estado y tiene una estructura de toma de decisiones menos complicada que un Estado. De conformidad con los tratados bilaterales de inversión (BITs) y de libre comercio, muchos Estados son responsables de los actos de sus poderes ejecutivo, legislativo y judicial y además, de sus subdivisiones políticas, como gobiernos estatales/provincias, condados y/o municipios.

Lo anterior se complica aún más por la presencia de partidos políticos con diferentes soluciones económicas y patrocinio. Un Estado es representado en el arbitraje internacional de inversión por una entidad estatal, pero esta autoridad, que debe

centralizar los diferentes puntos de vista, necesita largos periodos de tiempo para adoptar la postura legal final del Estado en el arbitraje. Aparte de los cuerpos gubernamentales, los factores sociales y los grupos de ciudadanos también pueden estar interesados. La diferencia es simple: un Estado representa un número enorme de ciudadanos, mientras que las empresas representan fundamentalmente los intereses de socios/accionistas con propósitos de especulación comercial.

El procedimiento. El Estado puede ejercer poderes y privilegios en diversos modos: puede argumentar "seguridad nacional", detener testigos, conducir búsquedas e incautar pruebas, conducir auditorias, emitir amenazas, suspender el otorgamiento de permisos de importación y exportación, etc. Esto puede conducir al Tribunal Arbitral a doblegarse, al menos un poco a favor del Estado; en el caso de un panel independiente y seguro, puede conducir a los árbitros a realizar inferencias adversas contra el Estado. Esto trae como consecuencia un comentario importante en materia de arbitraje de inversión, quizás más relevante que en el arbitraje comercial: la necesidad de designar árbitros altamente calificados.

Ejecución. Mientras que un BIT es el acuerdo del Estado para someterse a arbitraje (reclamación, responsabilidad y daños), los BITs no se refieren al aspecto crucial de la renuncia del Estado a la inmunidad en cuanto a la ejecución del laudo. En otras palabras, los Estados renuncian a "la inmunidad jurisdiccional" pero no a "la inmunidad de ejecución".

Algunos comentaristas consideran que a pesar de que la Convención CIADI proporciona protección a la inversión internacional, tiene un "talón de Aquiles": el Artículo 55, que permite a un Estado bloquear la ejecución de un laudo arbitral por motivos de inmunidad estatal, si así lo establece la legislación del Estado. (Schreuer, ICSID Convention, p.1144).

Cuando la parte a quien le favoreció el laudo intenta hacerse de los activos del Estado en un Estado diferente, la materia se rige por la legislación nacional del Estado depositario, que puede o no proteger los activos. Conforme a la legislación de muchos países, si los activos son propiedad del Estado depositante, éstos se consideran inmunes a la ejecución; si por el contrario, son "propiedad comercial" del Estado, quedan desprotegidos (caso relacionado: *LETCO v. Liberia, Laudo de 31 de marzo de 1986, Informes CIADI, 343*).

El tema de la "propiedad comercial" provoca un último comentario de relevancia: un Estado puede establecer o constituir una sociedad o entidad mercantil para llevar a cabo ciertos actos y así evitar ser demandado por la vía del arbitraje de inversión, argumentando haber llevado a cabo "actividades comerciales". Sin embargo, tal decisión puede acarrear como consecuencia, que la propiedad del Estado localizada en un Estado depositario, sea sujeta de ejecución de un laudo o sentencia, por considerar a los bienes "propiedad comercial".

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