

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)

UNPROTECTED FOREIGN INVESTMENT: IN SPITE OF BILATERAL INVESTMENT TREATY PROTECTION

This issue of Latin America Investment and Arbitration Law Bi-Monthly, calls attention to the requirement that foreign direct investment (FDI) must be made "in accordance with law."

On August 2, 2006, an ICSID Tribunal (Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, unpublished decision), dismissed for lack of jurisdiction all claims brought by the Spanish foreign investor against the government of El Salvador.

The tribunal rule that the foreign investment at issue was not made "in accordance with law", as required by the 1995 treaty between Spain and El Salvador ("Treaty").

Facts: In November 2000, following a public bid process, Inceysa and the Salvadoran Ministry for the Environment and Natural Resources (MARN) entered into a ten-year concession contract, designating Inceysa as one of two authorized providers of vehicle inspection services in El Salvador. MARN subsequently decided not to proceed with the concession contract.

In July 2003, Inceysa initiated ICSID arbitration against El Salvador, alleging violations of the 1995 Treaty. Inceysa alleged that it had not received the "fair and equitable treatment" due to a foreign investor, and further that MARN's action constituted expropriation of its investment without "prompt, adequate and effective" compensation. Inceysa also alleged breach of contract and violations of the 1999 national investment law, and requested damages of \$120 million USD.

El Salvador argued that Inceysa had obtained the concession contract through massive fraud in the public

bidding process, and that the investment had thus not been made "in accordance with law," as the Treaty requires.

The Tribunal found that during the public bidding process, Inceysa had filed false information regarding its financial condition, the experience and capability of its administrator, the identity and experience of a "strategic partner" and its relationship with ICASUR, another Spanish company participating in the tender process.

For those reasons, the Tribunal concluded that it had no jurisdiction over the dispute, since the foreign investment at issue was not made "in accordance with law," as required by the Treaty. 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.

The Arbitral Tribunal further reached the conclusion that the protection granted by El Salvador's investment law did not extend to investments made in violation of Salvadoran law, and that it had no jurisdiction regarding Inceysa's breach of contract claim, based on the Treaty and Salvadoran legislation.

The Tribunal ordered Inceysa to bear the full costs of the proceedings, including 100 percent of the Tribunal's fees and expenses and the administrative expenses of the Tribunal.

Commentary: Future Arbitral Tribunals must decide if the condition "in accordance with law": (i) is inherent in the investment itself, and therefore, in case of investment made by means of fraudulent or corrupt acts, it is not strictly necessary to include said wording in the treaty; and (ii) if such condition must be applied differently regarding FDI's "right of admission" and "right of establishment." The foregoing is based on the distinction that international law on foreign investment has made between said rights.

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

Alcázar 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

INVERSIÓN EXTRANJERA DESPROTEGIDA: A PESAR DE EXISTIR UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN.

Esta edición de Latin America Investment and Arbitration Law Bi-Monthly, llama la atención a la relevancia de que la inversión extranjera directa (IED) se realice "de acuerdo con la ley".

La Decisión sobre Jurisdicción de 2 de agosto de 2006, del Tribunal Arbitral (Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador, caso CIADI No. ARB/03/26, misma que no ha sido publicada), desechó todas las reclamaciones del inversionista extranjero español.

El *quid*: la inversión extranjera no se realizó "de acuerdo con la ley", como lo establece el tratado celebrado en 1995 entre España y El Salvador (el "Tratado").

Hechos: en noviembre de 2000, Inceysa celebró con el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de El Salvador (MARN), tras seguirse el procedimiento de licitación pública correspondiente, un contrato de concesión a efecto de que Inceysa llevara a cabo servicios de inspección de vehículos en El Salvador, por un periodo de diez años. En una fecha posterior, MARN rescindió el contrato de concesión.

En julio de 2003, Inceysa inició un arbitraje CIADI contra El Salvador, reclamando la violación de varias protecciones del Tratado. Inceysa alegó no haber recibido, en su calidad de inversionista extranjero, "trato justo y equitativo", así como haber sido objeto de una expropiación que incumplió con la debida indemnización "pronta, adecuada y efectiva". Inceysa demandó daños en exceso a \$120 millones US. También alegó violación a la ley sobre inversiones (de 1999) de El Salvador e incumplimiento del contrato de concesión.

El Salvador objetó que la obtención del contrato se logró a través de un fraude masivo en el proceso de licitación y que por ende la inversión no se había llevado a cabo "de acuerdo con la ley", como lo requiere el Tratado.

El Tribunal concluyó que dentro del proceso de licitación, Inceysa había presentado información falsa sobre su situación financiera, sobre la experiencia y capacidad de

su administrador, sobre la identidad y experiencia de un "socio estratégico" y sobre su relación con ICASUR, otra empresa española que participó en el proceso de licitación.

Con motivo de lo anterior, el Tribunal llegó a la conclusión de no tener jurisdicción, en razón de que la inversión extranjera no fue realizada "de acuerdo con la ley", como lo establece el Tratado; y del hecho de que la inversión de Inceysa se llevó a cabo en violación del principio de buena fe, establecido como condición para el consentimiento de El Salvador de sujetarse a la jurisdicción del Tribunal Arbitral; e hizo notar que ninguna persona puede beneficiarse de su propia torpeza, lo que es un principio inherente al orden público internacional.

El Tribunal Arbitral también concluyó que la protección que otorga la ley de inversión de El Salvador no se hace extensiva a inversiones hechas en violación a las leyes salvadoreñas. El Tribunal resolvió no tener jurisdicción en relación con la acción de incumplimiento de contrato, con base en el propio Tratado y legislación salvadoreña.

El Tribunal ordenó a Inceysa cubrir los costos del procedimiento, incluyendo el 100% de los honorarios, costas y costos administrativos del Tribunal Arbitral.

Comentario: Futuros Tribunales Arbitrales deberán resolver si la condición "de acuerdo con la ley": (i) es inherente al concepto de inversión, y en consecuencia, cuando ésta se lleva a cabo mediante actos fraudulentos o de corrupción, no es estrictamente necesario que dicha condición esté incluida en el texto del tratado; y (ii) si dicha condición se aplica diferente tratándose del "derecho de admisión" y del "derecho de establecimiento" de la IED. Lo anterior toma su base en la diferencia que el derecho internacional de la inversión extranjera ha hecho, entre ambos derechos.

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