

VOTO PARTICULAR

RICARDO RAMÍREZ

Coincido con la decisión de mis Colegas en lo relativo a las objeciones *rationae temporis* y *rationae voluntaris*. Emito el presente voto particular en relación con la objeción *rationae materiae*. Coincido con la mayoría respecto a las reclamaciones relacionadas con la obligación de trato justo y equitativo en materia de tarifas y canon. Conuerdo, aunque por distintas razones expresadas en el presente voto, en que no existe una violación plausible de la reclamación de expropiación en materia de llenado universal. Lamentablemente no puedo acompañar a la mayoría en su decisión sobre la inexistencia de una violación plausible al APPRI con respecto al resto de las reclamaciones. Mi postura es que, con base en la solicitud de arbitraje y los argumentos presentados en esta etapa, existían bases suficientes para determinar la existencia de una violación plausible.

I. INTRODUCCIÓN

a) Estándar aplicado por la mayoría

1. Al igual que las partes y la mayoría, coincido que el criterio para analizar objeciones respecto a si ciertas alegaciones no pueden constituir violaciones plausibles del APPRI, es el enunciado por diversos tribunales que han desarrollado el estándar contenido en la Opinión Separada de la Juez Higgings en el caso *Oil Platforms*. De manera general, el criterio señala que el tribunal debe admitir los hechos (a menos que resulten increíbles, frívolos, vejatorios o desarrollados de mala fe) *pro tem* y analizar si los mismos – de probarse – son susceptibles de constituir una violación al APPRI respectivo. Esto es, para desestimar un caso por violación plausible, la reclamación no puede tener ninguna oportunidad de éxito o debe conllevar una naturaleza abusiva. Se trata de una objeción sumamente delicada. Afecta directamente el debido proceso ya que implica negar el acceso a una parte a presentar una o varias reclamaciones. Por ello, no es circunstancial que los tribunales que han analizado esta excepción han procedido con suma cautela.
2. La mayoría establece en la Decisión que si bien en la etapa jurisdiccional las alegaciones fácticas deben ser admitidas *pro tem*, dichas alegaciones fácticas están sujetas a un criterio adicional que exige que sean “*suficientemente precisas*” para permitir al tribunal verificar si existe una violación plausible al APPRI.¹
3. Me es difícil compartir el criterio de la mayoría por las siguientes razones:
 - a. No se define o explica qué o cuáles elementos deben tomarse en cuenta para analizar el cumplimiento de dicho requisito adicional. “Suficiente” se define: ‘apto o idóneo’², por su parte, “preciso” como: ‘fijo, exacto, cierto,

¹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 322.

² Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición.

determinado'³. Por lo tanto, debo entender que conforme al criterio de la mayoría, los hechos, además de no resultar increíbles, frívolos, vejatorios o desarrollados de mala fe, deben de ser aptos, exactos o ciertos.

- b. No encuentro sustento de dicho criterio o requisito en las reglas de arbitraje aplicables a este procedimiento.⁴ Tampoco encuentro sustento del mismo en las normas consuetudinarias del derecho internacional público.
 - c. Criterios similares han sido rechazados por diversos tribunales que han analizado la excepción de violación plausible.⁵ Incluso, algunos precedentes señalan claramente que si la presentación de los hechos es precisa o correcta, “... es una cuestión que será necesario analizar durante la etapa de méritos.”⁶ Es decir, que la cuestión de “... si la demanda está bien fundada o no, es una totalmente diferente que será decidida en los méritos” y que, de hecho, el tribunal no debe decidir ahora sobre la argumentación de fondo.⁷
4. Asimismo, el que los hechos requieran ser admitidos *pro tem*, a menos que sean manifiestamente frívolos o desprovistos de cualquier credibilidad, tiene su lógica en que durante esta etapa del procedimiento, las Demandantes únicamente han acompañado información sobre las cuestiones objeto de la diferencia. Esto es, han señalado que tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión. Por otro lado, la Demandada ha presentado alegaciones materia de su objeción a la jurisdicción. Por ende, ninguna parte ha tenido una adecuada y amplia oportunidad de proporcionar al tribunal sus argumentos sobre la pertinencia de sus reclamos o defensas sobre el fondo del asunto y, mucho menos, de presentar evidencia sobre los hechos.

³ *Ídem*.

⁴ Resolución Procesal número 1.

⁵ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/08/9. Decision on Jurisdiction and Admissibility, párrafos 550 y 551); *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5. Decision on Jurisdiction and Admissibility, párrafos 314 y 315) y *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/07. Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, párrafos 141 y 142).

⁶ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/08/9. Decision on Jurisdiction and Admissibility, párrafos 550 y 551).

⁷ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/07. Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, párrafos 141 y 142). Asimismo, en *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13. Decision on Jurisdiction), el Tribunal sostuvo que a pesar de que la Demandante no caracterizó de manera correcta las violaciones contractuales como incumplimientos al trato justo y equitativo del APPRI, y que sus argumentos no eran muy sustantivos, sino más bien se trataba de omisiones, aun así aceptó que tenía jurisdicción. En el caso *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4. Summary Minutes of the Session of the Tribunal held in Paris), el tribunal rechazó convertir una disputa jurisdiccional preliminar en una determinación sobre los méritos. Sostuvo que las reclamaciones no deben de ser analizadas detalladamente, sino sólo en la medida en que cumplan con los requisitos de jurisdicción para ser presentadas.

5. En la fase jurisdiccional los únicos elementos que han estado al alcance del tribunal para valorar esta excepción son la solicitud de arbitraje y los argumentos de la parte que invoca la excepción de jurisdicción. Ni el APPRI ni el Convenio del CIADI imponen requisitos particulares sobre la exposición de los hechos en esta etapa del arbitraje.
6. Desde luego, lo anterior no quiere decir que la descripción de los hechos realizada por las Demandantes deba ser aceptada de manera automática o deba estar exenta de cualquier tipo de escrutinio. Sin embargo, en mi opinión, la evaluación de los hechos debe estar orientada por el contenido y vinculada al alcance de la excepción que invoque la Demandada. En el caso que nos ocupa, los argumentos sobre su excepción de violación plausible fueron desarrollados parcamente durante el procedimiento escrito. En su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, la Demandada solamente alegó que no existía una violación plausible respecto a dos temas: tarifas y cláusula paraguas.⁸ No fue sino hasta su Memorial de Réplica que la Demandada argumentó – de manera también escueta – que no existía una violación plausible en cuanto a los temas de cliente directo y llenado universal de cilindros.⁹ Considero que, en principio, estas circunstancias no permitirían demostrar por qué el asunto carece de cualquier base factual que permita sustentar una ausencia de jurisdicción para conocer de dicha reclamación.

b) Violación plausible/Prima facie

7. En sus escritos, la Demandada confundió en varias ocasiones el criterio de violación plausible con el de *prima facie*.¹⁰ De hecho, durante la Audiencia de Jurisdicción la

⁸ Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, párrafos 157, 166 a 176.

⁹ Memorial de Réplica, párrafos 10, 149 a 179.

¹⁰ En el párrafo 167 del Memorial de Excepciones a la Jurisdicción se señala:

*Los tribunales establecidos bajo los tratados de inversión, tales como el APPRI y el Convenio del CIADI, han aplicado consistentemente este principio (siempre bajo el supuesto, no consentido por Costa Rica en este caso, que los reclamos no sean meramente frívolos o abusivos). El Comité Ad Hoc en Duke Energy c. Perú explicó que el análisis jurisdiccional consiste en dos pasos distintos. En el primer paso analítico, se debe presumir que los hechos en que se sustenta el reclamo son verdaderos, al menos que evidentemente carezcan de fundamento. Esta primera determinación es de carácter **prima facie** y provisoria. En el segundo paso analítico, sin embargo, el tribunal debe aplicar dichos presunto hechos a la cuestión jurisdiccional, y debe caracterizarlos objetivamente para determinar con finalidad si caen dentro o fuera del ámbito del consentimiento de las partes.*

A su vez, en el párrafo 150 del Memorial de Réplica se dispone:

*Las Demandantes en su Memorial de Contestación ofrecen argumentos misceláneos para intentar eludir la exigencia de avanzar argumentos plausibles, sobre la base de hechos establecidos **prima facie**, relativos a supuestos incumplimientos del APPRI para poder establecer la jurisdicción del CIADI en este caso.*

Demandada se refirió en algunas ocasiones a su segunda excepción como “*reclamo prima facie*”.¹¹

8. Asimismo, tengo varias reservas sobre la manera en que la mayoría aplicó esta excepción al utilizar ambos estándares cuando en realidad estamos ante dos estándares totalmente distintos.¹² Uno es aplicable para objeciones de jurisdicción, el otro es una cuestión de fondo. Uno pretende evitar que se interpongan demandas frívolas o de mala fe que no tengan ninguna oportunidad de éxito. El otro exige al inversionista argumentar y probar fehacientemente que existe una violación del Estado. La mayoría utiliza formulaciones como la siguiente: “*las Demandantes no han aportado ningún elemento del cual se pueda deducir, aun prima facie.*” Dicha formulación la encuentro confusa. La mayoría parece entender que aunque las Demandantes hubieran presentado un caso *prima facie* en cuanto a los hechos, dichos hechos no darían lugar a una violación al APPRI. Sin embargo, no considero compatible con el estándar aplicable (i.e. violación plausible) que en esta etapa jurisdiccional se le exija presentar a las

¹¹ Véase la Transcripción de la Audiencia en sus páginas 59, 60, 236, 272, 278 y 285.

¹² En el mismo sentido, coincido con el criterio sostenido por el tribunal en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Paraguay*:

Cabe observar que este criterio difiere de un criterio “prima facie”, término que se invoca con frecuencia, pero que puede generar confusión innecesariamente. Ese criterio “prima facie” se aplicaría, en la etapa relativa al fondo del asunto, a la prueba que presente la demandante (o la demandada en caso, por ejemplo, de defensa pro-activa). En el Black’s Law Dictionary se explica que la prueba “prima facie” es, entre otras cosas, “[l]a necesaria para probar un hecho particular en tanto no surja evidencia que lo contradiga” y que un caso “prima facie” es, entre otras cosas, aquel en que “la prueba producida por la demandante no sólo permitiría llegar razonablemente a [la] conclusión que esta pretende, sino que además lleva a dicha conclusión si la demandada no presenta pruebas para refutarla”. Una vez que la demandante ha ofrecido pruebas “prima facie” suficientes para respaldar sus argumentos, la demandada debe presentar pruebas tendientes a refutar los hechos aducidos por la demandante. Se trata no obstante de una cuestión que corresponde abordar en la etapa relativa al fondo del asunto, durante la cual el tribunal evalúa la suficiencia de la prueba presentada por las Partes. En la etapa relativa a la jurisdicción, la demandante no tiene la carga de aportar pruebas que justifiquen “prima facie” sus argumentos relativos al fondo del asunto o que respalden sus afirmaciones acerca del supuesto incumplimiento de la demandada. Como se mencionó anteriormente, lo único que debe demostrar la demandante es que los hechos que alega (aunque todavía no se hayan probado) podrían constituir una violación del tratado en cuestión.

SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/29. Decision on Jurisdiction, párrafo 50).

Igualmente, en el Órgano de Apelación la OMC ha señalado:

[L]a acreditación prima facie es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación prima facie. Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a las carnes y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R. párrafo 114.

Una acreditación prima facie de las alegaciones tiene que basarse en “pruebas y argumentos jurídicos” aportados por la parte reclamante con respecto a cada uno de los elementos de la reclamación. Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R. párrafo 151.

Demandantes de manera completa su caso como si fuera su Memorial de Demanda. Como se verá a continuación, la mayoría rechaza varias alegaciones de las Demandantes por el hecho de que no se aportó información o pruebas, de manera similar a un rechazo de caso *prima facie*.

9. Tomando como base lo anterior, a continuación analizaré cada uno de los temas.

II. TARIFAS

a) Expropiación

10. En el párrafo 333 de la Decisión sobre Jurisdicción, la mayoría argumenta por qué considera que los hechos alegados sobre el tema de tarifas no pueden razonablemente constituir una expropiación de la inversión. La mayoría considera no sólo que las Demandantes no cumplieron con el criterio de “alegaciones fácticas precisas”, sino además que aun cuando se hubiera cumplido con ese criterio: “*en ausencia de una demostración prima facie de que la privación de ganancia de las compañías habría sido de tal importancia que la inversión pueda haber perdido una parte significativa de su valor, la competencia del presente Tribunal no estaría establecida para apreciar una eventual expropiación*”.¹³
11. La mayoría basa su decisión en que no se “demostró” *prima facie* una privación temporal o definitiva del uso o goce de la inversión. El razonamiento de la mayoría es el siguiente:

Finalmente, las Demandantes han alegado que GNZ fue privada de significativos ingresos financieros. Sin embargo, no han aportado en sus escritos ninguna información en cuanto a la entidad de dicha alegada privación, limitándose a alegar durante las audiencias que las compañías se habrían encontrado “en números rojos”. Tampoco las Demandantes han aportado ninguna demostración, aun prima facie, de que el efecto de las resoluciones tarifarias en disputa haya comprometido la viabilidad de dichas empresas. El Tribunal estima que, en ausencia de alegaciones fácticas precisas, las Demandantes no han establecido la competencia de este Tribunal para apreciar una eventual expropiación. A juicio del Tribunal Arbitral, para que se produzca una expropiación es necesario que el inversor se vea privado por completo o de manera significativa de la propiedad o del control efectivo de su inversión, o que su inversión pierda todo o una parte muy significativa de su valor. Una simple disminución de la rentabilidad de una empresa no puede, por sí misma, constituir una expropiación. En el presente caso, aunque las Demandantes hubieran hecho alegaciones fácticas precisas, en ausencia de una demostración prima facie de que la privación de ganancia de las compañías habría sido de tal importancia que la inversión pueda haber

¹³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 333.

*perdido una parte significativa de su valor, la competencia del presente Tribunal no estaría establecida para apreciar una eventual expropiación.*¹⁴

12. Tengo varias reservas sobre dicho razonamiento.
13. En primer lugar, me preocupa la aplicación del estándar. La mayoría exige cumplir con un nivel de prueba que va más allá del criterio aplicable, al señalar que las Demandantes “*no han aportado información en sus escritos*” o que no “*han aportado ninguna demostración de que el efecto de las resoluciones tarifarias en disputa haya comprometido la viabilidad de las empresas*”. Incluso, conforme a la lógica de la mayoría se tendría que haber evaluado si, al invocar la excepción, la Demandada presentó alguna información, demostración o alegación fáctica precisa tendiente a refutar los hechos presentados por las Demandantes.
14. En segundo lugar, la mayoría emite un juicio sumario sobre la norma jurídica y la aplicación de la misma a los hechos cuando señala que: “*A juicio del Tribunal Arbitral, para que se produzca una expropiación es necesario que el inversor se vea privado por completo o de manera significativa de la propiedad o del control efectivo de su inversión, o que su inversión pierda todo o una parte muy significativa de su valor. Una simple disminución de la rentabilidad de una empresa no puede, por sí misma, constituir una expropiación*”.¹⁵
15. La mayoría acepta que la expropiación indirecta exige que el inversionista sea privado de su inversión o una parte muy significativa de la misma. Dicho aspecto es muy importante, ya que exige analizar “*los efectos*” de la medida sobre los beneficios económicos y el valor de las inversiones.¹⁶ De esta manera, el criterio exige demostrar

¹⁴ *Ídem.*

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ En *AWG Group Ltd. v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/03/19. Decision on Liability, párrafo 134) se estableció lo siguiente:

International tribunals treat the severity of the economic impact caused by a regulatory measure as an important element in determining if the measure constitutes an expropriation requiring compensation. One question often asked is whether the challenged governmental measure resulted in “substantial deprivation” of the investment or its economic benefits. Thus, the tribunal in Occidental v. Ecuador applied “the criterion of substantial deprivation” in determining whether the imposition of an Ecuadorian tax constituted an indirect expropriation. In CMS v. Argentina, which also relates to the Argentine crisis of 2001-2003, the claimant, an investor in a gas transportation company, alleged that Argentina’s decision to suspend a tariff adjustment formula for gas transportation during the crisis constituted an indirect expropriation. In evaluating this claim, the tribunal, after reviewing the relevant arbitral jurisprudence, stated that ‘the essential question is to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized,’ because ‘the standard where indirect expropriation is contended is that of substantial deprivation.’ (emphasis added) Moreover, such deprivation must have permanent or lasting results. For example, in LG&E v. Argentina, the tribunal found that the effects of Argentina’s measures on the claimants’ investment were not permanent, stating that such measures could not constitute expropriation “without a permanent, severe deprivation of LG&E’s rights with regard to its investment, or almost complete deprivation of the value of LG&E’s investment.” Thus, in applying the provisions of the three BITs applicable to these cases, this Tribunal will have to determine whether they effected a substantial, permanent deprivation of the Claimants’ investments or the enjoyment of those investments’ economic benefits.

una “*privación sustancial*” de la inversión o de sus beneficios económicos. Se trata de un estándar sumamente alto.

16. En el caso que nos ocupa, por un lado, es claro que las Demandantes seguían operando. Por otro lado, la misma mayoría reconoce que dicha operación se dio en números rojos y ello afectó la rentabilidad de su inversión. Si bien el criterio de expropiación indirecta exige que el deterioro financiero sea “*severo*”, sin conocer la magnitud del deterioro financiero que originó la disminución de los márgenes y sin ninguna otra base, me cuesta trabajo llegar a la misma conclusión a la que llegó la mayoría en el sentido de que dicha pérdida de ninguna forma podría razonablemente generar una expropiación indirecta de la inversión.
17. Por último y en el mismo sentido, quisiera referirme a la señalado por la mayoría: “[e]n el presente caso, aunque las Demandantes hubieran hecho alegaciones fácticas precisas, en ausencia de una demostración prima facie de que la privación de ganancia de las compañías habría sido de tal importancia que la inversión pueda haber perdido una parte significativa de su valor, la competencia del presente Tribunal no estaría establecida para apreciar una eventual expropiación”. Como puede apreciarse, la mayoría exige una “*demonstración prima facie*” del efecto de la disminución de tarifas sobre la inversión. No encuentro la congruencia entre esta exigencia y el estándar enunciado en el caso de *Oil Platforms*. Aunque el hecho de que las Demandantes siguieran operando, genera dudas razonables sobre la existencia de una expropiación indirecta, también es un hecho incontrovertido que dicha operación de las Demandantes se daba en números rojos (lo que eventualmente podría traducirse o considerarse legítimamente como pérdidas) por la falta de aumento de las tarifas. Por ello, considero que se debió dar oportunidad a ambas partes para demostrar la existencia o no de una expropiación indirecta en una etapa posterior.

b) *Plena Protección y Seguridad y Discriminación*

18. En relación con ambos temas, la mayoría señala:

En cuanto a la obligación de proporcionar plena protección y seguridad según el Artículo 4(1), las Demandantes no han proporcionado explicación alguna sobre por qué dicha norma habría sido violada por la Demandada con respecto a las tarifas. Por tanto, en ausencia de alguna explicación, el Tribunal Arbitral se declara incompetente al respecto.¹⁷

19. Como puede observarse, la mayoría desecha esta reclamación de manera sumaria. La Demandada no hizo un sólo argumento sobre esta reclamación en particular. El negar la jurisdicción para hacer una reclamación es una cuestión seria. Sorprende que la mayoría no analiza la norma del APPRI aplicable, ni la solicitud de arbitraje, documento que,

¹⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 335.

ante la ausencia de argumentación de la Parte Demandada, sería a mi juicio, el único sustento posible para determinar si existe una violación plausible del APPRI.

20. Sobre el tema de trato nacional, la mayoría señala:

La misma conclusión aplica a la alegación de discriminación y violación de trato nacional, pues las Demandantes no han aportado ningún elemento de hecho o de derecho para sustentarla, aun prima facie. En particular, las Demandantes ni siquiera han alegado que otras empresas hubieran sido tratadas más favorablemente en cuanto al proceso tarifario en razón de su nacionalidad. El Tribunal Arbitral, en ausencia de cualquier alegación de hecho o de derecho que pueda sustentar una reclamación de discriminación y trato nacional con respecto a las tarifas, se declara incompetente al respecto.¹⁸

21. Nuevamente, se emite un juicio de manera sumaria. Por otro lado, impone la carga a las Demandantes de “*aporta[r]’...elementos de hecho o de derecho*”, cuando la Demandada no hizo un sólo argumento sobre este tema. Tampoco el Tribunal abordó el tema durante la Audiencia de Jurisdicción. Al igual que en el caso anterior, la mayoría no realiza un análisis de la solicitud de arbitraje. Lo anterior, cobra mayor relevancia por la reclamación contenida en dicho instrumento:

(iii) Gas Nacional Zeta, S.A. ha sido exigida para cumplir con una serie de requisitos en la presentación de sus solicitudes ordinarias de fijación o cambios de tarifas de Gas LP, mientras que otras inversiones de inversionistas costarricenses, no han sido requeridas bajo los mismos estándares.¹⁹

22. La mayoría señala: “*las Demandantes ni siquiera han alegado que otras empresas hubieran sido tratadas más favorablemente en cuanto al proceso tarifario en razón de su nacionalidad*”. Contrario a lo anterior, del texto de la solicitud se colige claramente que sí hubo un reclamo de las Demandantes en el sentido que hubo inversionistas costarricenses que recibieron un mejor trato en cuanto a los requisitos para solicitar tarifas. Probar estos hechos, era algo que debió haberse dado la oportunidad a las Demandantes en la siguiente etapa. Por último, como en otros casos, la mayoría no explica o sustenta su interpretación jurídica de que debe demostrarse que la discriminación se dio “*en razón de su nacionalidad*”. Varios tribunales han rechazado expresamente que se deba cumplir con este requisito:

Es obvio que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o “por motivos de nacionalidad.”[...] Sin embargo, no es obvio de por sí, [...] que deba demostrarse explícitamente que todo apartamiento del trato nacional tiene su origen en la nacionalidad del

¹⁸ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 336.

¹⁹ Solicitud de Arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013, párrafo 60.

*inversionista. El Artículo 1102 no lo formula en esos términos; más bien, de acuerdo con sus términos, el Artículo 1102 sugiere que es suficiente con mostrar un trato menos favorable del inversionista extranjero que del local en circunstancias similares.*²⁰

23. En este sentido, ante la falta de sustento del criterio utilizado por la mayoría, me reservo mi opinión sobre la interpretación de la obligación de no discriminación contenida en el APPRI que sugiere que para que exista una violación a la obligación de discriminación debe demostrarse, además del trato menos favorable para el inversionista, la razón por la que se dio la misma.
24. Por último, la mayoría no discute la relevancia o no del hecho que la disposición en cuestión del APPRI, a diferencia de otros instrumentos similares, no solo protege a las inversiones sino también protege a las rentas del inversionista.²¹ Esta reclamación está dirigida directamente a las tarifas cuya disminución puede razonablemente inferirse que tiene un impacto directo sobre las rentas²² de un inversionista.

III. LLENADO UNIVERSAL

a) *Trato justo y equitativo.*

25. A pesar de basar su decisión en que las Demandantes no hicieron “*alegaciones suficientemente precisas*”, la mayoría parece sustentar más bien su decisión en que no coincide con las Demandantes con respecto a los hechos. Por ello, me cuesta trabajo encontrar la compatibilidad de los razonamientos de la mayoría con el estándar aplicable.
26. Con respecto al tema de violación de trato justo y equitativo en materia de llenado universal, la decisión de la mayoría parece alcanzar una decisión sumaria del fondo de la controversia. Ello, a pesar de que la Demandada le dedicó una oración en sus escritos

²⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1. Award, párrafo 181). Véase también *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29. Award); *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* (UNCITRAL, NAFTA, Award on the Merits of Phase 2, párrafo 75) y *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL, NAFTA, Partial Award, párrafo 244). Otros tribunales han rechazado que la demostración de un trato menos favorable exija “un análisis adicional en cuanto a si ese efecto perjudicial guardaba relación con el origen extranjero de los productos o se explicaba por otros factores o circunstancias.” Ver Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, nota al pie 372.

²¹ Artículo 4(1): “A las inversiones **y las rentas** de los inversionistas de cada Parte Contratante deberá otorgárseles en todo momento un trato justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante obstaculizará mediante medidas discriminatorias o no razonables la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de tales inversiones.” APPRI Costa Rica-Suiza.

²² El Artículo 1(4) del APPRI Costa Rica-Suiza define “rentas” como: “los montos obtenidos producto de una inversión e incluye en particular, pero no exclusivamente, ganancias, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías y honorarios.”

a sustentar esta objeción, en la que únicamente negó que “*las resoluciones de ARESEP invocadas por las Demandantes permiten el llenado universal*”.²³

27. Por un lado, la mayoría tampoco analiza en este caso la norma aplicable del APPRI en cuestión. Como se señaló en el tema anterior, la mayoría no discute la relevancia o no del hecho que la disposición invocada por las Demandantes protege directamente sus rentas. Por ello, era necesario analizar el impacto que podría haber tenido sobre la venta de cilindros y, en consecuencia, sobre las rentas, las medidas adoptadas por la Demandada.
28. En cuanto a los hechos, la mayoría, *motu proprio*, lleva a cabo una evaluación completa de los mismos.²⁴ Aunque lo considero contrario al criterio aplicable, en dicho análisis no se toman en cuenta diversas circunstancias que fueron planteadas durante esta etapa jurisdiccional, que cuestionan la claridad de las resoluciones tarifarias. Por ejemplo:
- a. La mayoría interpreta, de forma unilateral, la “fórmula” incluida en las resoluciones tarifarias de 2010 y 2011, que no necesariamente atiende el sentido corriente o la literalidad de sus términos;²⁵
 - b. Dicha interpretación, además, se pretende basar en una declaración del MINAE emitida en el año 2007, cuando las reclamaciones en cuestión fueron emitidas a partir de 2010.²⁶ Además, ello contrasta con “*alegaciones fácticas suficientemente precisas*” en el sentido de que en los dos años que se incluyó la fórmula en las resoluciones tarifarias, se elaboraron iniciativas de leyes que promovían el llenado universal y que además fue reconocido expresamente por algunas autoridades.²⁷
 - c. A pregunta expresa formulada por las Demandantes en su Dúplica,²⁸ respecto al significado del texto de las resoluciones de 2007, 2010 y 2011, en el sentido de imponer el llenado universal, ¿por qué no se incluyó la misma cláusula en las resoluciones de 2013 y 2014? Esto fue discutido durante la Audiencia de Jurisdicción²⁹ y la Demandada no ofreció ninguna explicación sobre el particular;
 - d. Las Demandantes alegaron que la fórmula incorporada en las resoluciones tarifarias de 2010 y 2011 fueron ambiguas y promovieron o favorecieron la práctica ilegal del llenado universal de cilindros por parte de algunos operadores.³⁰

29. Por último, la mayoría concluye que:

²³ Réplica de la Demandada, párrafo 161.

²⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 361-368.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 362.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Dúplica párrafos 52-55 y página 192 de la Transcripción de la Audiencia.

²⁸ Párrafos 51 y 54.

²⁹ Páginas 146-147, 168-170 y 190 de la Transcripción de la Audiencia.

³⁰ Páginas 145 y 146 de la Transcripción de la Audiencia.

Además, aunque las Demandantes hubiesen hecho alegaciones fácticas precisas en el sentido de que algunos operadores se hubiesen amparado en supuestas ambigüedades de las resoluciones de 2010 y 2011 para llenar cilindros de GNZ, dichas alegaciones fácticas no podrían de todas maneras fundamentar una alegación de violación de la obligación de trato justo y equitativo, y menos aún de expropiación. En efecto, una supuesta falta de claridad de una resolución tarifaria no puede por sí misma, en ausencia de mala fe por parte del regulador o de otras circunstancias, constituir una actuación arbitraria o notoriamente injusta. Eso es aún más cierto pues, como se ha dicho, el MINAE aclaró sin ninguna ambigüedad que el llenado universal no está permitido en Costa Rica. Ningún operador podía por tanto, razonablemente pensar que no fuera así. Las Demandantes no han hecho ninguna alegación fáctica que pueda conducir a una conclusión diferente.³¹

30. Tengo varias reservas sobre dicho razonamiento. En primer lugar, considero que el Tribunal no cuenta con elementos de hecho suficientes para determinar si efectivamente el reclamo formulado por las Demandantes se basó en el uso que le dieron los operadores a la ambigüedad en las resoluciones. Más bien, me parece que la reclamación está dirigida a la actuación de la autoridad. Tal como señala la solicitud de arbitraje, a la cual nunca se refiere la mayoría:

Costa Rica ha violado el artículo 4 (1) al no haber otorgado en todo momento un trato justo y equitativo, así como tampoco plena protección y seguridad a las inversiones y rentas de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A., debido a que el Gobierno de Costa Rica:

(iii) mediante medidas no razonables y discriminatorias, generó incertidumbre e inseguridad a la inversión de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A., al no aplicar y establecer los esquemas legales y las normas reglamentarias que regulan todos los elementos en la prestación del servicio público de suministro de GLP, obstaculizando con ello, la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las inversiones de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A.;

(iv) mediante medidas no razonables y discriminatorias, dejó de ejercer sus obligaciones en materia de competencia desleal y propiedad intelectual, permitiendo actos de competencia en el mercado totalmente prohibidos por la legislación en la materia, obstaculizando con ello, la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las inversiones de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A.³²

³¹ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 362.

³² Solicitud de Arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013, párrafo 59.

31. Por ello, derivado de la ausencia de “alegaciones fácticas precisas o demostraciones prima facie”, la mayoría infiere determinados hechos para luego hacer una evaluación discrecional. Por ejemplo, al señalar que “[e]n efecto, una supuesta falta de claridad de una resolución tarifaria no puede por sí misma, en ausencia de mala fe por parte del regulador o de otras circunstancias, constituir una actuación arbitraria o notoriamente injusta.” Me parece que el supuesto a analizar era el totalmente opuesto, esto es, la pregunta que estábamos obligados a contestar era si la falta de claridad de las resoluciones se debió a una actuación arbitraria o notoriamente injusta del regulador, y si ello podría constituir una violación del APPRI. Sin haber analizado ninguna sola prueba, la mayoría califica la actuación de la autoridad. El hecho que un inversionista pudiera haberse encontrado sujeto a un marco jurídico contradictorio e irrazonable, dependiendo de las circunstancias del caso, podría dar lugar a una violación de la obligación de trato justo y equitativo.

b) *Expropiación*

32. Antes de entrar al análisis de la mayoría considero importante comenzar con lo señalado en la solicitud de arbitraje sobre el particular:

Costa Rica ha violado el artículo 5 al tomar, de manera directa o indirecta, medidas de la misma naturaleza o de efectos equivalentes a la expropiación de las inversiones y las rentas de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A., debido a que sin existir razones de interés público; de manera discriminatoria; de forma incongruente con el artículo 4 (1); sin que se haya realizado un debido proceso legal; y sin una pronta, adecuada, y efectiva indemnización conforme al artículo 5 (1):

(iii) no aplicó ni estableció los esquemas legales y las normas reglamentarias que regulan todos los segmentos en la prestación del servicio público de suministro de GLP;

(iv) dejó de ejercer sus obligaciones en materia de competencia desleal y propiedad intelectual, permitiendo actos de competencia en el mercado, totalmente contrarios a lo expresamente prohibido en la legislación de la materia;³³

33. Siguiendo su estándar la mayoría señaló:

En primer lugar, las Demandantes no han hecho ninguna alegación precisa al respecto, identificando los operadores responsables de estas actuaciones y las denuncias que GNZ hubiera presentado a las autoridades competentes. No ha sido proporcionada al Tribunal información alguna sobre la identidad de los responsables de estas

³³ Solicitud de Arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013, párrafo 61.

*actuaciones, la fecha de los acontecimientos, la cantidad de cilindros involucrados o las medidas tomadas por GNZ para poner fin a estas actuaciones. Así que, en base a las alegaciones hechas por las Demandantes, el Tribunal es incapaz de apreciar si es plausible que estos supuestos hechos puedan razonablemente constituir una violación de las obligaciones internacionales del Estado.*³⁴

34. No encuentro tampoco la congruencia de este párrafo con el estándar aplicable. La mayoría básicamente le está solicitando a las Demandantes que presenten los hechos y las pruebas que sustentan su caso. Además, habría que considerar que, como ya se ha señalado, la Demandada únicamente sustentó la alegación de su excepción de violación plausible en que las resoluciones de la ARESEP no permiten el llenado universal. Por ello, no era razonable esperar que las Demandantes hubiesen presentado los requisitos o pruebas exigidos por el tribunal, aun cuando la presentación de dicha información debería más bien formar parte de la etapa de méritos o fondo.
35. La mayoría, asimismo, señala como sustento lo siguiente:

*En segundo lugar, las Demandantes no han explicado por qué la situación en la cual supuestamente se encuentran sería imputable al Estado. La única explicación al respecto es que los competidores se habrían sentido incentivados a apropiarse de los cilindros de GNZ por las resoluciones de ARESEP de 2010 y 2011. Sin embargo, como se ha dicho, dichas resoluciones no pueden haber sido interpretadas así por operadores razonables. Debe por tanto concluirse que si la situación de la que se quejan las Demandantes ocurrió, ello fue resultado de actos ilegales de los otros operadores, los cuales no serían imputables al Estado.*³⁵

36. Al igual que en el caso anterior, la solicitud de arbitraje señala que la “*situación en la cual supuestamente se encuentra*” es imputable al Estado. La Demandada nunca alegó que dichas actuaciones no fueran imputables a sus autoridades. Recordemos que lo único que alegó sobre el tema de cilindros en general fue negar que “*las resoluciones de ARESEP invocadas por las Demandantes permiten el llenado universal*”. Por lo tanto, me cuesta trabajo identificar la congruencia de dicho argumento con el estándar aplicable.
37. No obstante lo anterior, por razones distintas a las de la mayoría y tomando en cuenta el texto de la solicitud de arbitraje y los hechos presentados por las partes en sus escritos, considero que efectivamente **no** existe una violación plausible al APPRI. Por un lado, las Demandantes aceptan que la medida fue temporal (2 años). Asimismo, las Demandantes reconocen que el volumen de ventas afectado fue del 20%.³⁶ Esto es, aun cuando las Demandantes no tuvieran el control de los cilindros por esos 2 años, a causa de una eventual expropiación indirecta, ello al parecer sólo afectó un porcentaje menor

³⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 365.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 366.

³⁶ Transcripción de la Audiencia, páginas 185-187.

de su volumen de ventas. Conforme a cualquier interpretación de la obligación de expropiación indirecta contenida en el APPRI en cuestión, no me parece razonable que dicho porcentaje pueda derivar en un deterioro sustancial de los beneficios económicos y el valor de las inversiones. Por lo tanto, considero que no constituye una interferencia de manera efectiva afecte sustancialmente su inversión.

IV. CLIENTE DIRECTO

a) Discriminación

38. Con respecto a esta reclamación, la mayoría en primer lugar señala:

Las Demandantes, sin embargo, solo hicieron alegaciones genéricas con respecto a este tema, sin identificar, con la sola excepción del caso relativo a la empresa Blue Flame, los competidores que se hubieran beneficiado de estas actuaciones de RECOPE, ni tampoco el momento de los hechos ilícitos alegados.³⁷

39. Considero necesario recordar el contexto bajo el cual surgió el caso de la empresa Blue Flame. La Demandada en su Réplica sobre excepciones a la jurisdicción presentó dos argumentos sobre el tema de Cliente Directo. En primer lugar, manifestó que dicha figura o esquema no ha cambiado desde su implementación.³⁸ No obstante, este argumento se refería a la excepción *ratio temporis* invocada por la Demandada, por lo que claramente no fue una excepción relevante para la objeción en cuestión. En segundo lugar, la Demandada argumentó que las ventas a los clientes directos no pueden ser atribuidas al Estado en virtud de que “RECOPE es una empresa de propiedad estatal pero no es el Estado de Costa Rica”.³⁹ La Demandada no presentó ninguna prueba para soportar esta aseveración. No fue sino en respuesta a esta aseveración que las Demandantes presentaron un caso concreto en el que efectivamente hubo un trato discriminatorio contra el inversionista.

40. Posteriormente, la mayoría señala:

La única alegación fáctica hecha por las Demandantes con respecto a este tema es que RECOPE aplicó indebidamente a favor de Blue Flame precios preferenciales. Sin embargo, las Demandantes no proporcionaron información alguna sobre la fecha exacta en la cual se realizaron estas ventas, las cantidades de GLP y los precios de los cuales se hubiera beneficiado Blue Flame.⁴⁰

³⁷ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 370.

³⁸ Memorial de Réplica, párrafo 166.

³⁹ Transcripción de la Audiencia, página 235.

⁴⁰ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 371.

41. Nuevamente, tengo dificultades para encontrar la congruencia de esta Decisión con el criterio aplicable de aceptar los hechos *pro tem*. En este caso, inclusive la mayoría reconoce que hubo un trato menos favorable al inversionista extranjero que a la empresa nacional Blue Flame:

El Tribunal Arbitral entiende que Blue Flame no tenía derecho a dichos precios preferenciales porque operaba una estación de servicio exclusivamente de GLP mientras que los precios preferenciales estaban reservados a grandes consumidores finales y a estaciones de servicio mixtas.⁴¹

42. No obstante lo anterior, el Tribunal rechaza que pudiera determinarse una violación plausible del APPRI, toda vez que estima que la conducta (venta) no puede atribuirse al Estado:

En primer lugar, aunque RECOPE sea una empresa pública, las Demandantes no han aportado ningún elemento del cual se pueda deducir, aun prima facie, de que se trataría de una emanación del Estado y de que sus actuaciones podrían ser imputables al Estado. Las demandantes tienen la carga de probar que los hechos alegados son susceptibles de constituir una violación del APPRI. Eso implica probar que dichos hechos son susceptibles de ser imputados al Estado. Las Demandantes no han aportado esta demostración. La Demandada, por su parte, alega sin haber sido contradicha que RECOPE dispone de autonomía estructural y decisional y que sus ventas son actos comerciales y no de gobierno.⁴²

43. No veo cómo el análisis anterior sea compatible con el estándar aplicable, en particular ante las siguientes aseveraciones: “*las Demandantes no han aportado ningún elemento del que se pueda deducir*” o “*las Demandantes tienen la carga de probar*”. Por otro lado, el que las acciones de RECOPE puedan o no ser atribuidas a la República de Costa Rica es una cuestión que debió haberse probado durante la etapa de méritos. La mayoría no le atribuye ningún peso a los hechos incontrovertidos que señalan que RECOPE es una empresa de propiedad estatal y que tiene el monopolio del sector de hidrocarburos en el país. Alcanzan una decisión sumaria sobre un tema tan fundamental como la determinación de si el acto presuntamente violatorio debe o no atribuirse al Estado. En esta etapa, el acto debió haberse atribuido, *pro tem*, al Estado.

44. Posteriormente, la mayoría entra a analizar el fondo:

En segundo lugar, aunque las actuaciones de RECOPE fueran imputables al Estado, el Tribunal Arbitral estima que las alegadas ventas a Blue Flame no son suficientes para establecer, aun en base a un análisis prima facie, una alegación de violación del APPRI. A juicio del Tribunal Arbitral, el solo hecho de que dicha sociedad haya vendido GLP a un

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 372.

⁴² Transcripción de la Audiencia, página 235.

cliente (en condiciones sobre las cuales las Demandantes no han aportado ninguna información) constituye un asunto interno y no puede razonablemente ser considerado como una violación de las obligaciones internacionales del Estado.⁴³

45. Nuevamente, sin realizar una evaluación de la normativa aplicable, la mayoría no señala las razones por las que considera que se trata de un “*asunto interno*” y, más importante, por qué este hecho, por sí mismo, pudiera ser relevante, o incluso axiomático, para determinar la compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado.

b) Trato Justo y Equitativo y Plena Protección y Seguridad

46. Sobre los temas de trato justo y equitativo la mayoría señala:

Cualquiera sea el estándar de tratamiento aplicable, el mismo no puede llegar a convertir cualquier irregularidad en una violación del derecho internacional. Como se ha dicho, solamente una conducta arbitraria, notoriamente injusta, idiosincrática, o que involucre una ausencia de debido proceso llegaría a constituir una violación de las obligaciones de trato. En el presente caso, los hechos alegados no pueden razonablemente ser considerados como tales.

Tampoco las ventas a Blue Flame podrían constituir una violación de la obligación de otorgar protección y seguridad. En base a los documentos que fueron presentados en el arbitraje, parece que la queja planteada por GNZ respecto del caso de Blue Flame fue atendida por la ARESEP, quien recabó la información relevante cuestionando a RECOPE y a la empresa Blue Flame, y determinó, en un plazo inferior a cuatro meses, que Blue Flame no tenía derecho a la tarifa preferencial, advirtiendo de ello a RECOPE a los fines de que rectificara los mismos.⁴⁴

47. Es importante recordar que con respecto a este tema, el único argumento esgrimido por la Demandada fue que RECOPE no era atribuible al Estado.⁴⁵ La Demandada no explicó en sus escritos por qué consideró que no existía una violación plausible de la obligación de trato justo y equitativo. Por lo tanto, no era razonable esperar que las Demandantes respondieran a argumentos que no fueron hechos valer por la Demandada. Tampoco el Tribunal cuestionó a las Demandantes con respecto a este tema durante la Audiencia de Jurisdicción. Por ello, supongo que la mayoría se basó únicamente en que el caso fue “*atendido*” por la Demandada. Sin embargo, la mayoría no explica cómo este hecho, por sí mismo, es relevante para evaluar la conducta del Estado. El hecho que un acto arbitrario, idiosincrático o injusto sea posteriormente “*atendido*” por un Estado, no necesariamente lo exime de su responsabilidad

⁴³ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 375.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafos 376 y 377.

⁴⁵ Transcripción de la Audiencia, página 235.

internacional. Por otro lado, sorprende que la mayoría no hace ninguna mención a la norma aplicable del APPRI ni tampoco discute la solicitud de arbitraje, documento que, ante la ausencia de argumentación de la Parte Demandada, sería el único sustento para determinar si existe una violación plausible del APPRI.

48. Por lo que toca a la alegación sobre trato discriminatorio, la mayoría señala:

En cuanto a la alegación de tratamiento discriminatorio, las Demandantes no han aportado ningún elemento del cual se pueda desprender, aun prima facie, que las ventas de las cuales se quejan hubieran sido realizadas para favorecer a Blue Flame en razón de su nacionalidad, o por alguna otra razón. Lo ocurrido con Blue Flame no puede razonablemente realizar este supuesto, pues se trata manifiestamente de una irregularidad aislada que fue prontamente investigada y resuelta por las autoridades locales. A mayor abundamiento, ante el cuestionamiento del Tribunal durante la audiencia, las Demandantes no fueron capaces de aportar ningún elemento fáctico en el sentido que hubo otras ventas irregulares a favor de otras entidades.⁴⁶

49. También en este caso, me cuesta trabajo encontrar la compatibilidad de este razonamiento con el criterio aplicable. En particular ante señalamientos como: “*las Demandantes no han aportado ningún elemento*” o “*las Demandantes no fueron capaces de aportar ningún elemento fáctico*”. De hecho, las Demandantes fueron más allá de lo exigido por el estándar al presentar una instancia concreta en la que hubo un trato menos favorable para la empresa extranjera. Las Demandantes no estaban obligadas a presentar, en esta etapa del procedimiento, diversos casos concretos de violación. Para determinar si existía una violación plausible bastaría que se determinara que de aceptarse, *pro tem*, lo alegado en la solicitud de arbitraje, ello podría dar lugar a una violación al APPRI. El exigir las razones de la discriminación, sin duda, es materia del análisis del fondo del asunto. Por otro lado, el rechazo de la mayoría debido a que “*se trata manifiestamente de una irregularidad aislada que fue prontamente investigada y resuelta por las autoridades*”, constituye un pronunciamiento sumario de un tema que debió haberse analizado en la etapa de fondo de la controversia.

50. Incluso, aun cuando la aseveración de la mayoría fuera totalmente cierta, el hecho de que el trato menos favorable fuera “*atendido*” no significa que la discriminación no tuvo ninguna consecuencia o efecto perjudicial para el inversionista. La mayoría no explica por qué una irregularidad aislada que fue “*atendida*”, por sí misma, necesariamente exime al Estado de su responsabilidad internacional.

⁴⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 378.

V. VIOLACIONES DE LAS CONCESIONES Y CLÁUSULA PARAGUAS

51. Al igual que en los casos anteriores, preocupa el enfoque de la mayoría cuando señalan: “[l]as Demandantes, sin embargo, no han desarrollado esta reclamación ni han explicado de manera alguna cuáles obligaciones contractuales hubiesen sido violadas”.⁴⁷ Sorprende que la mayoría, antes de rechazar su jurisdicción, no realiza un análisis integral ni de la norma aplicable ni de la solicitud de arbitraje. Esto resulta todavía más relevante derivado de la forma en cómo fue planteada por el inversionista en su solicitud de arbitraje:

*Costa Rica ha violado el artículo 11 (2) al no haber observado las obligaciones que asumió frente a Gas Nacional Zeta, S.A. en su territorio, derivadas de las diversas concesiones otorgadas a dicha empresa, obstaculizando la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión y la enajenación de la inversión de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A.*⁴⁸

52. Como puede observarse, se trata de una reclamación general sobre el cumplimiento de obligaciones de las autoridades con respecto a la inversión de las Demandantes⁴⁹. La existencia o no de una violación plausible debió haberse analizado a la luz de todos los hechos y reclamaciones planteados por las Demandantes en su solicitud de arbitraje. En este caso, prácticamente todos los hechos y las reclamaciones planteadas por las Demandantes guardaban alguna relación con la actuación de las autoridades reguladoras del sector de gas L.P. en Costa Rica y la aplicación del marco jurídico que regulaba la prestación de este servicio público concesionado. La mayoría no explica cómo de una lectura integral de la solicitud de arbitraje, una violación a los términos de las concesiones no habría dado lugar a una violación plausible del APPRI.

53. Adicionalmente, la Demandada únicamente argumentó que: “[l]as Demandantes no son titulares de las concesiones de Gas Nacional, ni pueden serlo sin el consentimiento de Costa Rica”.⁵⁰ La única base para la objeción de la Demandada fue una cuestión jurídica no fáctica, respecto a la que la posición de los tribunales es controvertida. Por un lado, algunos tribunales han señalado que no es posible permitir la defensa de las reclamaciones de inversiones ya que ello traería consigo que cualquier reclamación contractual derivara en una reclamación internacional.⁵¹ De manera contraria, otros

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 382.

⁴⁸ Solicitud de Arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013.

⁴⁹ Artículo 11(2): “Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido en relación con las inversiones en su territorio de inversionistas de la otra Parte Contratante”. APPRI Costa Rica-Suiza.

⁵⁰ Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrafo 174.

⁵¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Objections to Jurisdiction); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13. Decision on Jurisdiction); *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11. Award on Jurisdiction); *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15. Decision on Jurisdiction).

tribunales han señalado que la cláusula paraguas tiene como objeto precisamente servir para esto, es decir, proporcionarle al inversionista un derecho de reclamar violaciones contractuales que afecten su inversión.⁵² Además, dichos tribunales señalan que si un Estado viola estas obligaciones, como soberano ejerciendo su *ius imperum*, ello puede dar lugar a cuestiones de derecho internacional relevantes. Por ello, toda vez que el único punto objetado por la Demandada era un tema de interpretación jurídica de la obligación contenida en el APPRI, esta cuestión debió haberse analizado en la etapa de méritos.

54. Por último, la mayoría no explica en qué se basa para vincular la violación de esta disposición únicamente al tema de llenado universal. La violación a la cláusula paraguas no necesariamente se reduce a cilindros, también podría abarcar tarifas, dado que los propios títulos de concesión establecen que los concesionarios gozan, entre sus derechos, de “los márgenes de rentabilidad” (obtener una ganancia razonable), lo que razonablemente puede no haber sucedido si las resoluciones tarifarias efectivamente violan obligaciones establecidas por el APPRI.⁵³

VI. ALCANCE DE LA DECISIÓN

55. Por último, discrepo del alcance que pretende darse a la presente Decisión por lo que toca al resto de las reclamaciones contenidas en la solicitud de arbitraje de las Demandantes.
56. Supongo que dicha determinación se basa en el hecho de que la mayoría considera que las Demandantes “confirmaron” que su reclamo se limitaba a 4 temas.⁵⁴ En primer lugar, no tengo claro que se trate de una confirmación ya que en sus escritos las Demandantes sólo se enfocaron en responder a los alegatos de la Demandada. Por otro lado, me parece poco común que la base de un rechazo de un tema jurisdiccional tenga como único y exclusivo sustento una declaración aislada hecha durante la Audiencia de Jurisdicción. No encuentro fundamento jurídico para desechar la solicitud de arbitraje

⁵² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6. Decision on Objections to Jurisdiction); *Eureko B.V. vs. Polonia* (CEPANI); *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/01/11. Award).

⁵³ Títulos de Concesión expedidos a favor de Gas Nacional Zeta: Anexos: C-30, página 4, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-31, página 4, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-32, página 4, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-33, página 4, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-34, página 4, apartado Derechos, inciso b). Expedidos a favor de Tropigas: Anexo C-35, página 5, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-36, página 5, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-37, página 5, apartado Derechos, inciso b); Anexo C-38, página 5, apartado Derechos, inciso b).

⁵⁴ “Durante la audiencia, sin embargo, las Demandantes confirmaron que sus reclamaciones se pueden agrupar en los cuatros siguientes temas: las decisiones tarifarias (1), la alegada imposición arbitraria del canon de ARESEP (2), la alegada imposición de un sistema de llenado universal (3), y la alegada violación de la reglamentación vigente en cuanto a clientes directos (4). Las Partes concuerdan en que esas cuatro categorías de reclamos abarcan la totalidad de los reclamos que fueron presentados por las Demandantes en su Solicitud de Arbitraje y posteriores escritos. El Tribunal, por tanto, estructurará su análisis en torno a los cuatro reclamos así identificados por las Demandantes”. Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 324.

en su totalidad cuando la Demandada no invocó la excepción con respecto a toda la solicitud de arbitraje. De hecho, en otros casos, los tribunales han mantenido su jurisdicción en aquellos temas que no fueron objetados jurisdiccionalmente directamente por el Estado.⁵⁵

VII. CONCLUSIÓN

57. El criterio de violación plausible es un criterio muy estricto. Como ya señalé, debe analizarse de manera muy cuidadosa ya que afecta directamente el debido proceso toda vez que implica negar el acceso a una parte de presentar una o varias reclamaciones. Diversos tribunales han estado muy conscientes de esto. Revisé alrededor de 40 casos, y sólo en cuatro de ellos se determinó que no existía una violación plausible.⁵⁶ Por lo

⁵⁵ Véase, por ejemplo: *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala* (ICSID Case No. ARB/09/5. Award).

⁵⁶ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40); *TECO Guatemala Holding, LLC v. Republic of Guatemala* (ICSID Case No. ARB/10/23); *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/08/09); *Urbaser S.A. and others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26); *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador* (UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23); *Abaclat and Others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*)); *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*)); *SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/29); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/09); *Ioan Micula and others v. Romania* (ICSID Case No. ARB/05/20); *Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad* (ICSID Case No. ARB/05/12); *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/03/6); *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/07); *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15); *Total S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/01); *Consortium Groupement L.E.S.I. Dipenta v. Argelia* (ICSID Case No. ARB/03/8); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13); *Telefónica S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/20); *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/IS); *SAUR International SA v. Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/04/4); *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9); *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/13); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29); *Impregilo v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/03); *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8); *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/02/5); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6); *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13); *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8); *United Parcel Service of America, Inc. UPS v. Government of Canada* (UNCITRAL, NAFTA); *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4) y *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1).

expuesto en esta opinión, no encuentro la coincidencia o elemento común entre los hechos y razones por las que se determinó procedente la objeción de violación plausible en dichas instancias y los expuestos por la mayoría.⁵⁷ Me parece que, con base en el estándar que debió aplicarse, existían elementos suficientes para que, al menos en una primera etapa, se presumiese razonablemente la existencia de una violación plausible al APPRI sobre los temas señalados. Me preocupa mucho que se está introduciendo un requisito adicional que pudiese generar incertidumbre en la aplicación de este criterio en casos futuros.

⁵⁷ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Jurisdiction, párrafos 200-208).- El Tribunal declinó analizar uno de los reclamos del inversionista al determinar que conforme al texto del contrato en cuestión no era posible crear una expectativa legítima sobre la obligación del Ecuador de absorber un impuesto nuevo. Otra razón para rechazar su jurisdicción fue una cláusula del APPRI en cuestión que expresamente señalaba que no era aplicable a cuestiones impositivas. *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15. Award, párrafos 63-82).- El Tribunal determinó que el hecho de que la Demandante no mencionara su reclamación de expropiación en la solicitud de arbitraje, ni en su memorial de demanda, así como una ausencia de justificación del monto de los daños sufridos por expropiación en sus escritos (al basar dicho monto en un supuesto reporte que nunca compartió con el tribunal ni con el gobierno de Hungría), no le permitían determinar si las medidas constituían una “*substantial economic deprivation*” de su inversión. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6. Decision on Objections to Jurisdiction, párrafo 161).- Con base en información presentada por las Partes, el Tribunal consideró que no existía un caso de expropiación, en virtud de que cualquier deuda o derecho (derivada de un contrato) existente a favor de SGS por parte de Filipinas, permanecía vigente. No existió una ley o decreto que expropiara o anulara la deuda, ni tampoco existió una medida equivalente a la expropiación. El Tribunal indicó que el mero rechazo a pagar una deuda no constituía una expropiación de la propiedad, al menos no cuando existían remedios disponibles para solucionar tal rechazo. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/9. Decision on Objections to Jurisdiction, párrafos 106-117).- El Tribunal consideró que una negativa de pago contractual, ocurrida en cinco ocasiones, no podría constituir un acto expropiatorio. Al no debatirse la continua existencia de la supuesta deuda contractual o que el acceso al foro para la resolución de diferencias contractuales continuaba disponible para la Demandante, no era plausible sostener que haya tenido lugar una expropiación.

[Firmado]

Ricardo Ramírez Hernández, Árbitro

Fecha:

[1 de diciembre de 2014]

(Voto Particular)