



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DEL MÁSTER DE ACCESO A LA
ABOGACÍA Y A LA PROCURA

LAUDO DEL CASO DE LA DÉCIMO PRIMERA EDICIÓN
DE LA COMPETENCIA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Autor: Inés Alonso

Tutor: María José Lunas Díaz

INDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
II.	INTRODUCCIÓN.....	7
	A. LAS PARTES	7
	i. Parte Demandante	7
	ii. Parte Demandada	7
	B. EL TRATADO: LA CÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	7
III.	ANTECEDENTES PROCESALES.....	9
	A. INICIO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	9
	B. LA SOLICITUD DE RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO ELENA ESPADA	10
	i. Posición de la parte demandante	10
	ii. Posición de la parte demandada	11
	iii. Decisión del Tribunal.....	11
	C. LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES	12
	D. LA SOLICITUD DE BIFURCACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA	13
	E. PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA.....	14
IV.	ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA CONTROVERSIA	14
	A. EL PROYECTO	14
	B. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.....	15
	i. Las diferentes versiones del MDE	16
	ii. Los términos del MDE.....	16
	C. EL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD.....	17
	D. EL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES CON APF	17
	E. LA APERTURA DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CONCESIÓN DEL MISMO PROYECTO.....	18
	F. LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS	19
	G. EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	19
V.	LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA.....	20

VI. PETITORIO EXPUESTO POR LAS PARTES.....	21
A. PETITORIO DE LA PARTE DEMANDANTE	21
B. PETITORIO DE LA PARTE DEMANDADA	21
VII. LA COMPENTENCIA DEL TRIBUNAL EN EL PRESENTE	
PROCEDIMIENTO	22
A. LA COMPETENCIA RATIONE TEMPORIS DE ESTE TRIBUNAL	22
B. LA COMPENTENCIA RATIONE PERSONAE DE ESTE TRIBUNAL.....	22
C. LA COMPETENCIA RATIONE MATERIAE DE ESTE TRIBUNAL	22
i. Posición de la parte demandante	23
ii. Posición de la parte demandada	24
iii. Decisión del Tribunal.....	24
D. LA COMPETENCIA RATIONE VOLUNTATIS DE ESTE TRIBUNAL.....	26
i. Posición de la parte demandante	26
ii. Posición de la parte demandada	27
iii. Decisión del Tribunal.....	28
VIII. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE SU PROPIA	
COMPENTENCIA	30
IX. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA EXISTENCIA DE	
UNA EXPROPIACIÓN DIRECTA O INDIRECTA.....	31
A. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.....	31
i. La existencia de una expropiación indirecta	31
ii. La existencia de una expropiación indirecta ilícita	32
B. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.....	33
C. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.....	34
X. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO	
DEL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.....	34
A. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.....	34
i. La vulneración de las expectativas legítimas de MEL	34
ii. La arbitrariedad de las medidas de Aldovia.....	36
B. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.....	37
i. La inexistencia de un compromiso específico	37

ii. La falta de diligencia de MEL.....	38
iii. Aldovia no ha actuado en ningún momento de forma arbitraria	39
C. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.....	39
i. La existencia de expectativas legítimas	39
ii. La frustración de las expectativas legítimas de MEL	40
iii. La vulneración del TJE por las actuaciones arbitrarias de Aldovia.....	41
XI. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE	
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	42

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

APF	Aldovia Puertos y Ferrocarriles
APP	Asociación Público-Privada
Barama	República de Barama
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Consortio MEL	Empresa proyecto integrada por Maracaibo Engeneering Limited, Transatlántica S.A. y Sociedades Polllux International S.A. con el fin de participar en la licitación pública para la concesión del Proyecto
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
EDP	Estudio de Prefactibilidad
ITD	Indian-Taiwan Development Company
LCP	Ley de Contratación Pública de Aldovia
MDE	Memorando de Entendimiento
MEL	Maracaibo Engeneering Limited
MTC	Ministerio de Transporte y comunicación de la República de Aldovia

Proyecto	Proyecto de construcción y operación de un nuevo puerto en Playa Larga y un corredor ferroviario que lo conecte con Fuenteovejuna en l República de Aldovia
TLC	Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Aldovia y la República de Barama.
Tribunal	Tribunal de arbitraje internacional constituido para resolver la controversia.

II. INTRODUCCIÓN

1. Se trata de un arbitraje de inversión institucional sujeto a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, **CIADI**) y a las normas expuestas el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Aldovia y la República de Barama de fecha 19 de febrero de 2009 (en adelante, **TLC**).
2. La disputa se fundamenta en la elaboración de un proyecto de desarrollo de un corredor ferroviario en la República de Aldovia que, aproximadamente, debería haber ocupado unos 350 kilómetros y habría unido Fuenteovejuna, en la provincia de Sinaguas, con Playa Larga, lugar en el que posteriormente se pretendía construir un nuevo puerto en la Zona de Puerto Garraf.

A. LAS PARTES

i. Parte Demandante

3. La parte demandante es MARACAIBO ENGINEERING LIMITED (MEL), una compañía fundada en 1949, establecida y con su sede principal en Barama, especializada en servicios de infraestructura y construcción. El negocio de MEL abarca todos los sectores de la industria de infraestructura, desde represas, túneles hasta autopistas, ferrocarriles y refinerías.

ii. Parte Demandada

4. La parte demandada es la República de Aldovia, país altamente desarrollado y regido por tradición jurídica de derecho civil. Se destaca además de la demandada que es parte de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

B. EL TRATADO: LA CÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

5. El artículo 9.22 del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre la República de Aldovia y la República de Barama de fecha 19 de febrero de 2009, regula el mecanismo procesal según el cual han de resolverse las controversias surgidas entre el Estado receptor de la inversión y el inversor del Estado contrario:

1. En caso de que una diferencia no se haya resuelto mediante consultas, podrán presentar una demanda con arreglo a la presente sección:

a) un inversor de una Parte en su propio nombre; o

b) un inversor de una Parte, en nombre de una empresa establecida localmente que sea de su propiedad o que controle directa o indirectamente.

2. Podrá presentarse una demanda con arreglo a las normas siguientes:
- a) el Convenio del CIADI y las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje;
 - b) el Reglamento del mecanismo complementario del CIADI, en caso de que no sean aplicables las condiciones para los procedimientos con arreglo a la letra a);
 - c) el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI; o
 - d) cualquier otra normativa que acuerden las partes en la diferencia.
3. En caso de que el inversor proponga normas con arreglo al apartado 2, letra d), el demandado deberá responder a la propuesta en un plazo de veinte días desde que las recibió. Si las partes en la diferencia no llegan a un acuerdo sobre dichas normas en un plazo de treinta días desde la recepción, el inversor podrá presentar una demanda con arreglo a la normativa mencionada en el apartado 2, letras a), b) o c).
4. Para mayor seguridad, una solicitud presentada con arreglo al apartado 1, letra b), deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 25, apartado 1, del Convenio del CIADI.
5. Al presentar su demanda, el inversor podrá proponer que un único miembro del tribunal considere la demanda. El demandado considerará favorablemente tal solicitud, en particular si el inversor es una pequeña o mediana empresa, o si la indemnización o los perjuicios reclamados son relativamente bajos.
6. La normativa aplicable con arreglo al apartado 2 será la que esté en vigor en la fecha en que se presenten la demanda o las demandas ante el tribunal conforme a la presente sección, sujeta a las normas específicas expuestas en la presente sección y complementada por normas adoptadas con arreglo al artículo 8.44.3.b).
7. Se ha presentado una demanda de solución de diferencias con arreglo a la presente sección cuando:
- a) el Secretario General del CIADI ha recibido la solicitud con arreglo al artículo 36, apartado 1, del Convenio del CIADI;

b)el Secretariado del CIADI ha recibido la solicitud con arreglo al artículo 2 del anexo C del Reglamento del mecanismo complementario del CIADI;

c)el demandado ha recibido la notificación con arreglo al artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o

d)la solicitud o la notificación por la que se inicia el procedimiento es recibida por el demandado de conformidad con las normas acordadas con arreglo al apartado 2, letra d).

8. Cada Parte informará a la otra Parte sobre el lugar de entrega de las notificaciones y los demás documentos por los inversores con arreglo a la presente sección. Cada Parte se asegurará de que esta información se ponga a disposición del público.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

A. INCIO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

6. En fecha de 15 de agosto de 2023, de acuerdo con el artículo 36.1 del Convenio CIADI¹, la parte demandante presentó una solicitud de arbitraje ante este Centro, en virtud de las disposiciones 8.22 y 8.24 del TLC firmado entre Barama y Aldovia. En esta solicitud, MEL plasmó su voluntad de someter su controversia al arbitraje internacional, además de solicitar medidas cautelares.
7. En fecha 20 de agosto de 2023, de acuerdo con la regla 5 de las Reglas de Iniciación del CIADI, este Centro dio traslado a la parte demandada de dicha solicitud.
8. En fecha 25 de agosto de 2023, Aldovia comunicó su disconformidad hacia las pretensiones realizadas por MEL, solicitando la bifurcación del procedimiento, por considerar que el Tribunal no poseía la competencia necesaria para conocer del asunto.
9. De este modo, el 30 de agosto de 2023, el secretario general del Centro, de acuerdo con el artículo 36.3 del Convenio CIADI, registró la solicitud como el Caso ARB/18/23 con la denominación Maracaibo Engineering Limited c. La República de Aldovia. En esta misma fecha dio traslado a las partes de la realización del registro.

¹ Convenio sobre arreglo de las Diferencias relativas a inversiones entre Estado y nacionales de otros Estados

10. Con la intención de dar inicio al procedimiento con la mayor brevedad posible, el CIADI dio traslado a las partes de la composición del tribunal en fecha 5 de septiembre de 2023. Atendiendo a la disposición 8.26 del TLC, se constituyó un tribunal compuesto por tres miembros, Elena Espada, Isabel Freyre y Raúl Montañés, todos miembros de la lista de jueces propuesta por Barama y Aldovia y de la lista de personas de Estados terceros.

B. LA SOLICITUD DE RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO ELENA ESPADA

i. Posición de la parte demandante

11. La parte demandante, presentó el 15 de septiembre de 2023 una propuesta de recusación del árbitro Elena Espada, cumpliendo con los criterios temporales y materiales del artículo 22 de la Reglas de Arbitraje del CIADI. En este sentido, alegó la existencia objetiva de dudas fundadas respecto de la imparcialidad de Elena Espada por ser abogada del Estado de Aldovia desde el año 1993.

12. De esta forma, MEL incluyó en su propuesta de recusación un análisis extensivo de la aplicación de la Directiva de la IBA acerca de Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional de 2024². Concretamente, hizo referencia, en primer lugar, a las normas número 1 y 2. Así, subrayó la necesidad de que los árbitros de cumplan con los criterios de imparcialidad e independencia respecto de las partes y del conflicto mismo. Del mismo modo, relacionó este precepto con la posibilidad de recurrar un árbitro a partir del momento en el que existen dudas justificadas de dicha imparcialidad e independencia. De hecho, la regla 2 apartado d confirma que esta duda justificada y razonable se presupone cuando el supuesto de hecho se encuentre recogido en la lista roja irrenunciable.

13. Por esta razón, MEL sustentó sus alegaciones en los apartados 1.3 y 1.4 de la lista roja irrenunciable que exponen lo siguiente:

1.3 El árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del asunto.

1.4 El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.

Atendiendo a la calidad de Abogada del Estado de D^a Elena Espada, recalcan que, en efecto, posee un claro interés económico respecto de Aldovia, y por la propia

² Directrices IBA sobre conflictos de interés en Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA, 25 de mayo de 2024.

naturaleza de su profesión, asesora de forma directa al propio Estado de manera recurrente, confirmando así que la recusación está íntegramente fundamentada.

ii. Posición de la parte demandada

14. De acuerdo con la regla 22.1.c. de las Reglas del Arbitraje del CIADI³, Aldovia presentó un escrito de respuesta a la propuesta efectuada por MEL, en el que fundamentó la idoneidad de la designación de D^a Elena Espada como árbitro.
15. Las pretensiones de Aldovia se basaron en la vasta experiencia de la Sra. Espada en los procedimientos arbitrales, concretamente en 45 como consta en su CV⁴. Además, confirman que posee los conocimientos técnicos necesarios para formar parte de este tribunal.
16. En cuanto a las pretensiones de la parte demandante acerca de las Directrices IBA, Aldovia recalcó que estas no son más que *Soft Law*. Si bien estas normas están arraigadas en la práctica general del arbitraje internacional, no son más que directrices y no preceptos irrefutables de obligatorio cumplimiento.

iii. Decisión del Tribunal

17. En virtud del artículo 58 del Convenio del CIADI, y de la regla 23 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, los árbitros Raúl Montañés e Isabel Freyre aceptaron la propuesta de recusación de MEL, por considerar que la imparcialidad e independencia de D^a Elena Espada estaban comprometidas por sus estrechos vínculos con el Estado de Aldovia.
18. Además, apuntaron que, en efecto, las Directrices IBA son fuentes de *Soft Law*, por lo que, si bien no son de obligatorio cumplimiento, son fuente del derecho arbitral y su uso está más que arraigado en la práctica. Por lo que, atendiendo a que el supuesto fáctico de la Sra. Espada se encuentra recogido en la lista roja irrenunciable, rechazar la recusación supondría una clara vulneración de los intereses de la parte demandante y se vería vulnerado el principio de derecho de la igualdad de armas, sin olvidar que sería un argumento utilizado con certeza para anular el laudo que se pudiera dictar.
19. En efecto, el artículo 52 del Convenio del CIADI confirma que es posible la solicitud de anulación del laudo en los casos en los que el Tribunal hubiera sido constituido incorrectamente.

³ Reglas de Arbitraje del CIADI, versión de 2022.

⁴ Ver Anexo CV Elena Espada

20. Ante estos hechos, el Secretario del CIADI designó a la Sra. Inés Alonso, nacional de España, y gran conocedora de la materia del arbitraje de inversión como tercer árbitro en el presente procedimiento.
21. Ambas partes aceptaron dicha designación, dando por consolidado el Tribunal de la controversia.

C. LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

22. Como se ha manifestado previamente MEL solicitó la aplicación de medidas cautelares correspondientes a la suspensión de la ejecución del Proyecto que, por medio de licitación pública, fue otorgada a un tercero, ITD, en virtud del artículo 8.33 del TLC.
23. En este sentido, cabe destacar que la jurisprudencia arbitral reconoce que las medidas solicitadas deben estar encaminadas a preservar un derecho que guarde relación con la controversia⁵. En este caso, la solicitud de arbitraje planteada por MEL recoge su voluntad de percibir una compensación económica por las actuaciones en las que el Estado ha incurrido. No obstante, cabe destacar que MEL no menciona en ningún instante su voluntad de retrotraer las actuaciones de Aldovia, con el fin de devolverle el derecho a la concesión que, según ella, le corresponde. Por ello, la relación de la medida cautelar con la controversia es cuanto menos borrosa.
24. Atendiendo a esta solicitud, este Tribunal acoge el razonamiento empleado por la parte demandante, según el cual, la concesión de medidas cautelares debe responder a un criterio de urgencia, es decir, que las circunstancias del caso impliquen que no se pueda esperar al laudo. Además, añade acertadamente que, de esperar el resultado de dicho laudo, los daños afectos al derecho que se pretende hacer valer serían irreparables y que la medida aprobada es proporcional en cuanto a la pretensión que se quiere salvaguardar⁶.
25. Por tanto, este Tribunal considera que, de haberse solicitado la asignación de la concesión por MEL en su solicitud de arbitraje, se podría haber efectivamente considerado que las medidas cautelares eran pertinentes. Esto se debe a que si la ejecución del Proyecto hubiese sido iniciada por ITD, MEL ya no podría haber hecho valer sus derechos sobre esta concesión.

⁵ *Quibrosax S.A. Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, CIADI, Caso No ARB/06/2 Decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, 26 de febrero de 2010 (¶ 59, 65); *Plasma Consortium Limited c. República de Bulgaria*, CIADI, Caso No ARB/03/24, Decisión sobre medidas cautelares, 6 de septiembre de 2005 (¶ 59)

⁶ *IBT Group, LLC e IBT, LLC c. República de Panamá*, CIADI, Caso No ARB/62/2012, Decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, 5 de febrero de 2021 (¶ 65); *Hydro SRL y otros c. República de Albania*, CIADI, Caso No. ARB/15/28, Decisión sobre la solicitud de medidas cautelar, 3 de marzo de 2016 (¶ 65)

26. No obstante, como se ha afirmado hasta ahora, MEL solo solicitó una compensación económica ligada a la responsabilidad incurrida por el Estado. Por esta razón, este Tribunal se ve en la obligación de adherirse a la opinión manifestada por el Tribunal en el laudo *Occidental c. Ecuador*⁷, por la que, en todo caso, si un daño puede ser resarcido por medio de una compensación económica, en ningún caso podrá considerarse que dicho daño es irreparable.
27. A estos efectos, se rechazó la solicitud de la parte demandante de la aplicación de medidas cautelares, por lo que se le impuso la espera de esta decisión para hacer valer cualquier derecho que en ella se reconozca.

D. LA SOLICITUD DE BIFURCACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

28. De acuerdo con la regla 43.1 de las Reglas del Arbitraje del CIADI, *Una parte podrá oponer una excepción preliminar según la cual la diferencia, o cualquier demanda subordinada, no se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro o por otras razones no es de la competencia del Tribunal ("excepción preliminar")*. A estos efectos, la parte demandada consideró que el Tribunal no poseía la correspondiente competencia para conocer de la controversia. Así de acuerdo con el artículo 44 del mismo texto legal, presentó una solicitud de bifurcación, para que este Tribunal se pronunciara prioritariamente sobre su propia competencia.
29. Aldovia, alega una falta de competencia *rationae voluntatis* ya que considera que MEL ha infringido deliberadamente los apartados 1 y 2 del artículo 8.21 TLC y, en virtud del artículo 8.21.4 TLC el Tribunal no tiene competencia. Además, la parte demandada consideró que la inversión identificada por MEL no entraba dentro de la definición de inversión protegida incluida en el artículo 8.1 del TLC.
30. Este Tribunal consideró que la apertura de un procedimiento paralelo que permitiera un análisis extensivo de esta cuestión no era posible pues, la jurisprudencia arbitral⁸ estima que, para poder llevar a cabo un procedimiento de bifurcación, las cuestiones de competencia deben poder ser individualizadas de las cuestiones de fondo, es decir, la controversia debe poder ser resuelta por el Tribunal sin necesidad de entrar a conocer los hechos.
31. En este caso, las partes poseen puntos de vista contradictorios en lo que respecta los hechos ocurridos entre ellas para la configuración y posterior aprobación del Estudio de Prefactibilidad en el marco de la firma del Memorando de Entendimiento. Las

⁷ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration y Production Company c. República de Ecuador*, CIADI, Caso No. ARB/06/11, Decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, 17 de agosto de 2007 (¶ 59)

⁸ *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, CIADI, Caso No. ARB/16/41, Orden Procesal No. 2, 28 de junio de 2017, (¶ 49); *Philip Morris Asia Ltd. c. Commonwealth de Australia*, CPA, Caso No. 2012-12, Orden Procesal No. 8 sobre bifurcación, 14 de abril de 2014, ¶ 109.

partes discuten la existencia de dos versiones de este documento que tendrían una influencia directa en la expectativa de ganancia que se habría generado en MEL en el momento de plantear su inversión.

32. Por estas razones, este Tribunal consideró que no es posible hacer un análisis independiente de la competencia material y voluntaria, por estar estas cuestiones intrínsecamente ligadas a cuestiones de fondo. Por ende, es necesario entrar a analizar los hechos controvertidos para llegar a una conclusión acertada.
33. Por lo expuesto, se rechaza la solicitud de bifurcación del procedimiento por no poder individualizar las cuestiones jurisdiccionales de las cuestiones de fondo.

E. PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA

34. En fecha 16 de diciembre de 2024, la parte demandante presentó su escrito de demanda ante el CIADI. Este fue entonces trasladado a la parte demandante.
35. En fecha 19 de enero de 2024, la parte demandada presentó su escrito de contestación a la demanda, trasladado entonces a la parte demandante.
36. A estos efectos, este Tribunal fijó la fecha de audiencias, iniciándose estas el 11 de marzo de 2024 y finalizando el 15 de marzo del mismo año.

IV. ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA CONTROVERSIA

37. El presente arbitraje ha sido iniciado por Maracaibo Engineering Limited, una compañía con su sede principal en Barama, contra la República de Aldovia, en virtud de una presunta vulneración del Acuerdo de Libre Comercio, derivada de un supuesto derecho de asignación de una concesión destinada a la construcción de un túnel ferroviario y de un puerto, con el fin de poder extraer carbón y otros minerales, típicos del suelo de Aldovia.

A. EL PROYETO

38. El proyecto consistía en la elaboración de un corredor ferroviario que uniría Fuenteovejuna, situado en la provincia de Sinaguas que es una zona reconocida por su riqueza en recursos minerales, y Playa Larga. Además, también se planteaba la posibilidad de construir un nuevo puerto en la zona de Puerto Garraf (en adelante, **el Proyecto**). Este proyecto estaba valorado en 2.115 millones de dólares.

39. En febrero de 2021, el Sr. Leopoldo Gastón, Gerente Especial para grandes proyectos de MEL, se reunió con el Sr. Paulo Cohelo que, por aquel entonces, era el ministro de Transporte y Comunicación (en adelante, **MTC**) de Aldovia. En esta reunión fue discutida la voluntad de MEL de invertir en Aldovia y fue expuesto el Proyecto. El Sr. Cohelo informó a MEL de que según la autoridad estatal del Gobierno, Aldovia Puertos y Ferrocarriles (en adelante, **APF**), no era factible la ejecución de este Proyecto por las características del suelo. No obstante, el Sr. Gastón le aseguró que un estudio de prefactibilidad realizado por MEL garantizaba la viabilidad el Proyecto.
40. Tras esta primera reunión, el 17 de febrero de 2021, el Sr. Gastón escribió formalmente al MTC para manifestar el interés de MEL. El MTC reaccionó positivamente a la propuesta de MEL y, aplicando el artículo 52 de la Ley de Contratación Pública (en adelante, **LCP**), inició una contratación con un solo proveedor, considerando que, efectivamente, MEL era el único capaz de llevar a cabo este proyecto. A estos efectos, Mel encargó un estudio preliminar con la finalidad de seguir adelante con el Proyecto.

B. EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO

41. Ante la positiva recepción del estudio preliminar, el 5 de mayo de 2021, MEL se reunió con el MTC con el fin de firmar un Memorando de Entendimiento (en adelante, **MDE** o **Memorando**). Este Memorando, requiere que MEL emprenda un Estudio de Prefactibilidad (en adelante, **EDP**), para el Proyecto, a su riesgo y ventura, presentándolo dentro del año siguiente a la firma del documento y, en caso de que el MTC aprobara dicho EDP, se aplicaría su cláusula 2(1) que exige que el Gobierno de Aldovia *emita una concesión del proyecto a favor de MEL*.
42. Las partes han aportado las siguientes versiones del MDE
1. La versión inglesa del MDE aportada por la parte demandante que incluye los siguientes términos en su cláusula 2:
 1. *MEL realizará un estudio de prefactibilidad sobre la base del informe del grupo de trabajo para evaluar las condiciones adecuadas para la ubicación del puerto y la ruta del ferrocarril para que, una vez aprobados los términos de la cláusula 7 de este memorando, el Gobierno de Aldovia otorgará la concesión del proyecto a favor de MEL.*
 2. *Después de la aprobación del estudio de prefactibilidad, MEL deberá tener el primer derecho de preferencia para la implementación del proyecto en base a la concesión que concederá el Gobierno de Aldovia.*

2. La versión portuguesa del MDE aportada por la parte demandada que incluye los siguientes términos en la cláusula 2:

1. *MEL realizará un estudio de prefactibilidad sobre la base del informe del grupo de trabajo para evaluar las condiciones adecuadas para la ubicación del puerto y la ruta del ferrocarril.*

2. *Después de la aprobación del estudio de prefactibilidad, MEL deberá tener el primer derecho de preferencia para la implementación del proyecto en base a la concesión que concederá el Gobierno de Aldovia.*

i. Las diferentes versiones del MDE

43. En fecha 6 de mayo de 2021, el Sr. Gastón y el Sr. Lucas Pons, ambos representantes de la entidad MEL, firmaron la versión portuguesa del Memorando. En efecto, ambos comprendían que por razones legislativas de Aldovia, era necesario la formalización del MDE en este idioma concreto.
44. Cabe resaltar que todas las negociaciones relacionadas con este documento fueron efectuadas en inglés, pues los representantes de MEL no hablaban portugués, hecho ampliamente conocido por las autoridades aldovianas presentes en la firma, entre ellos el ministro Cohelo. Es más, la versión portuguesa fue redactada una vez pactados los términos de la versión inglesa.
45. Con el fin de cerciorarse de que ambas versiones eran idénticas, el Sr. Gastón solicitó específicamente confirmación de la identidad de las versiones, a lo que las autoridades aldovianas respondieron de forma positiva.

ii. Los términos del MDE

46. Como ha quedado plasmado en el punto anterior, las versiones distan en un punto crucial, pues la versión inglesa le reconoce dos derechos distintos a MEL. Por un lado, la posibilidad de que la concesión le fuese otorgada directamente, y por otro lado, un derecho de preferencia de la concesión que sería otorgada por el gobierno de Aldovia. Sin embargo, la versión portuguesa solo reconoce el segundo derecho.
47. La diferencia de los términos empleados en ambas versiones causa un desacuerdo fundamental en la presente disputa dado que MEL desea hacer valer la versión inglesa, mientras que Aldovia asegura que la versión válida es la portuguesa.
48. En este sentido, ninguna de las partes discute sobre las obligaciones de MEL en la relación existente entre las partes, sino que el grueso de la controversia radica en la cláusula 2 del Memorando previamente expuesta.

C. EL ESTUDIO DE PREFACTIBILIDAD

49. Con el fin de cumplir con los términos pactados en el MDE, MEL inició la producción del EDP, en el que se dedicó un tiempo considerable de gestión e implementación, en el que los miembros del equipo del Proyecto se desplazaban de forma frecuente a Aldovia.
50. El 2 de mayo de 2022, un año después de la firma del Memorando, MEL presentó los resultados obtenidos por medio del EDP ante el MTC. Una semana más tarde, MEL presentó el EDP al personal técnico y comercial del MTC y APF.
51. Durante los meses de mayo y junio de 2022, MEL y el MTC entraron en discusiones técnicas y comerciales más detalladas, en las que MEL fue facilitando cada vez más información acerca del Proyecto y del EDP. Finalmente, la parte demandante solicitó la aprobación del EDP, con el fin de iniciar una segunda fase en la que Aldovia le asignaría la concesión.

D. EL INICIO DE LAS NEGOCIACIONES CON APF

52. El 15 de junio de 2022, el MTC informó a MEL de que había aprobado el EDP. Por esta razón, instaron a que MEL ejerciera su derecho de preferencia y negociara con APF para crear una Empresa de Proyecto con el fin de implementar el Proyecto.
53. Acto seguido, el 18 de junio de 2022, MEL ejerció su derecho de preferencia y manifestó su voluntad de negociar con APF. El 22 de junio de 2022, MEL envió una primera carta al MTC para indagar sobre el procedimiento correcto a seguir para negociar con APF.
54. A partir de este punto, se inicia una larga lista de correspondencia entre las partes con el fin de llegar a un acuerdo. En este sentido, el 22 de junio de 2022, MEL procedió a concertar una reunión con el presidente de APF que manifestó su completo desconocimiento de la aprobación del EDP.
55. Posteriormente, el Sr. Gastón se reunió de nuevo con el presidente del MTC, el Sr. Cohelo, para informarle de la situación ocurrida entre ellos y el presidente del APF, el Sr. Goytisolo. El Ministro Cohelo, tras realizar una llamada con este último, aseguró al Sr. Gastón de que no existía ya ninguna duda acerca de la aprobación del EDP y que el APF ya estaría dispuesta a negociar con ellos.
56. Una vez iniciadas las negociaciones con APF, el Sr. Goytisolo informó al Sr. Gastón de que su entidad no sería capaz de entablar una asociación por carecer de los fondos necesarios para invertir en una participación del 20% del accionariado.

57. Con el fin de acelerar el proceso, MEL se volvió a poner en contacto el Ministro Cohelo, solicitando que le fuese otorgada la concesión mientras las negociaciones con APF proseguían.

58. Los esfuerzos de MEL en hacer valer sus derechos fueron en vano, pues en noviembre de 2022, 6 meses después de que el MTC hubiese aprobado el EDP, MEL seguía implorando al MTC que cumpliera con los términos establecidos en el MDE, incluso ofreció conceder el 20% de las acciones nominales al gobierno (máximo permitido por la ley aldoviana). Sin embargo, el Gobierno se mantuvo firme en su postura y no le otorgó la concesión a MEL llegando a proceder a un proceso de licitación pública.

E. LA APERTURA DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CONCESIÓN DEL MISMO PROYECTO

59. El 11 de enero de 2023, el MTC reversionó su promesa de otorgar la concesión a MEL por medio de carta alegando lo siguiente:

- *En junio de 2022 MEL ha sido informado de que sus “derechos preferenciales” podrían materializarse a través de una licitación pública donde [MEL] se beneficiaría de preferencia si participara en la licitación” o “a través de una negociación directa” si MEL entrara en una “asociación estratégica” con APF. En suma, el MTC explicó que los “factores indicativos de la asociación estratégica deben interpretarse de manera que otorguen a APF un papel relevante en la empresa o Joint Venture y la indicación de un plan para reforzar la capacidad de APF”.*
- *El “máximo de participación accionarial permitido por la legislación pertinente no era de ningún modo indicativo de una asociación estratégica. Mel debe ser más generoso para garantizar una mayor participación de AP.*
- *APF y MEL no habían podido llegar a un acuerdo que condujera al desarrollo de una asociación estratégica porque no se hizo ninguna oferta más allá del 20%”.*
- *El gabinete de Ministros ha decidido a mirar en el mercado para buscar socios dispuestos a aceptar más participación de [APF].*

60. El 22 de enero de 2023, MEL, por medio de carta, se opuso formalmente a la decisión del gobierno de realizar una licitación pública. Además, recalca sus esfuerzos técnicos y financieros en la ejecución del EDP y el hecho de que el Proyecto fue concebido a iniciativa exclusiva de MEL.

61. En lo que concierne la necesidad de negociación con APF, MEL reiteró su entendimiento de que el máximo de participación permitido por la propia ley aldoviana era de 20%.
62. Tras una serie de reuniones mantenidas entre APF y MEL, el 14 de febrero de 2024 el MTC informó a MEL de que la decisión de apertura de la licitación pública era irreversible y que MEL podría hacer uso del derecho de preferencia que le había sido otorgado en el MDE.
63. Prestaron interés por el proyecto dieciséis empresas y MEL, bajo reserva de derechos, participó en el proceso de licitación bajo el Consorcio MEL (en adelante, el **Consorcio**).
64. El 12 de abril de 2023, el MTC emitió los documentos de licitación para seis empresas precalificadas, de entre las que se destaca Indian-Taiwan Development Company (en adelante, **ITD**).

F. LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS

65. El 18 de abril de 2023, el MTC informó a MEL de que el Consejo de Ministros había decidido que era de interés estratégico nacional llegar a un acuerdo con ellos dada la urgencia del Proyecto y que habían sido los que habían realizado los trabajos de viabilidad e ingeniería.
66. MEL respondió afirmativamente para iniciar las negociaciones sin recurrir al procedimiento de licitación.
67. No obstante, el 13 de mayo de 2023, el MTC informó a MEL de que Aldovia había cambiado de opinión pues había escuchado a varias partes interesadas en el Proyecto y la ley aldoviana no permite la concesión directa en caso de que existan varios postores. El MTC volvió a incidir en que MEL podía efectivamente hacer uso de su derecho de preferencia en el procedimiento de licitación.

G. EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

68. El 19 de julio, representantes del MTC anunciaron los resultados de la licitación pública, asignando 95 puntos a ITD, mientras que a MEL le fueron asignados 72,5. Por tanto, el 26 de julio de 2023, el MTC anunció a ITD como el postor ganador.
69. El consorcio MEL envió una carta al MTC expresando su preocupación por no haberse seguido los cauces legalmente establecidos adecuados. Seguidamente, MEL presentó conforme al artículo 141 de la Ley de Contratación Pública de Aldovia, su protesta contra la licitación.

70. El MTC, no obstante, se mantuvo firme en su postura afirmando que a pesar de que se hubiera aplicado el derecho de preferencia del 15% a MEL, este siguió siendo el postor perdedor.
71. Tras diversa correspondencia entre las partes y la intransigencia de ambas de cambio de sus respectivas posturas, MEL presentó una solicitud de arbitraje.

V. LEY APLICABLE A LA CONRTOVERSA

72. El artículo 42(1) de la Convenio del CIADI establece las normas correspondientes a la ley aplicable por el Tribunal:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

73. En concordancia con este precepto, nos remitimos al artículo 8.30 del TLC, concretamente a sus apartados 1 y 2 que establecen lo siguiente:

- 1. Al comunicar su decisión, el tribunal creado con arreglo a la presente sección aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes.*
- 2. El Tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales y las autoridades de dicha Parte.*

74. A la luz de estos preceptos, se confirma que el derecho que será objeto de interpretación fáctica en el presente procedimiento es la Ley de Contratación Pública de Aldovia, dejando como primera fuente de derecho aplicable entre las partes, el Acuerdo de Libre Comercio.

VI. PETITORIO EXPUESTO POR LAS PARTES

A. PETITORIO DE LA PARTE DEMANDANTE

75. En su escrito de demanda, MEL solicitó que este Tribunal estimara su demanda en los siguientes términos:

- (i) *CONCEDA las medidas cautelares requeridas por MEL;*
- (ii) *DECLARE que Aldovia incumplió del Acuerdo de Libre Comercio, en particular del artículo 8.10;*
- (iii) *ORDENE a Aldovia a reembolsar a MEL la suma de USD 4.000.000 (CUATRO MILLONES USD) derivada de la confección del Estudio de Prefactibilidad, posteriormente trasladado a los demás postores de la licitación;*
- (iv) *ORDENE a Aldovia a compensar a MEL la suma del 0,5% del valor nominal de la inversión previsto en el EDP, véase, 10.575.000\$ (DIEZ MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL USD), por haber sido el motor inicial del Proyecto que no pudieron llevar a cabo, dadas las reiteradas infracciones del Acuerdo cometidas por Aldovia y*
- (v) *CONCEDA toda otra medida reparatoria que estime apropiada o que en Derecho proceda.*

B. PETITORIO DE LA PARTE DEMANDADA

76. En su escrito de contestación a la demanda, Aldovia solicitó que este Tribunal desestimara íntegramente la demanda en base a los siguientes términos:

- (i) *Que DECLARE que no existe la inversión protegida alegada por el Demandado,*
- (ii) *Que DETERMINE que no tiene competencia para resolver la presente Controversia*
- (iii) *Que DECLARE que la República de Aldovia no expropió indirectamente a Maracaibo Engineering Limited por la concesión del proyecto a ITD.*

- (iv) *Que DECLARE que la República de Aldovia no incumplió con el artículo 8.10 TLC, referido a la vulneración del Trato Justo y Equitativo.*
- (v) *CONCEDA toda otra medida reparatoria que proceda y se estime apropiada.*

VII. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

A. LA COMPETENCIA RATIONE TEMPORIS DE ESTE TRIBUNAL

- 77. Este punto no es una cuestión controvertida en el presente procedimiento.
- 78. El Acuerdo de Libre Comercio de la República de Aldovia y la República de Barama se firmó en 19 de febrero de 2009, teniendo su entrada en vigor el 23 de septiembre de 2009.
- 79. Los hechos relevantes discutidos entre las partes se originan en febrero de 2021, culminando en la presentación de la solicitud de arbitraje de MEL el 15 de agosto de 2023.
- 80. A estos efectos, ninguno de los hechos transgredidos entre las partes es posterior a la entrada en vigor del Tratado. Por esta razón, este Tribunal puede confirmar su competencia temporal.

B. LA COMPETENCIA RATIONE PERSONAE DE ESTE TRIBUNAL

- 81. La competencia personal de este tribunal tampoco es una cuestión controvertida para las partes. Ambas se remiten al artículo 8.1. del TLC que califica de inversor “una empresa de una parte” en los siguientes términos: *una empresa que esté constituida u organizada con arreglo a las leyes de dicha parte y desarrolle una actividad empresarial importante en el territorio de dicha parte.*
- 82. Así, no cabe duda de que MEL es una empresa establecida y con su sede principal en Barama, por lo que esta sociedad se encuentra amparada por el Derecho de esta República, cumpliendo así con los requisitos del artículo 8.1. del Tratado expuestos *supra*.
- 83. En conclusión, este Tribunal tiene competencia personal.

C. LA COMPETENCIA RATIONE MATERIAE DE ESTE TRIBUNAL

84. Sobre este punto, las partes tienen opiniones disidentes, por lo que será necesario exponer ambas posturas para poder llegar a una conclusión clara.

i. Posición de la parte demandante

85. Antes de iniciar su argumentario, la parte demandante hace referencia al artículo 8.1 del Tratado que define el concepto de inversión protegida como:

Cualquier tipo de activo que sea propiedad de un inversor o esté bajo el control, directa o indirectamente, de este, que tenga las características de una inversión, lo que incluye una duración determinada y otras características, como el compromiso de capital o de otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgos. Una inversión puede revestir, entre otras, las formas siguientes:

g) los derechos de propiedad intelectual

86. Por tanto, MEL afirma haber realizado una inversión que se materializa en los esfuerzos materiales y humanos de la empresa dirigidos a la realización del EDP del cual resulta el interés derivado de la concesión y de los acuerdos formalizados entre las partes.

87. Así, esta parte prosigue su análisis aplicando los criterios del TLC:

1. La duración suficiente: MEL realiza sus primeros acercamientos hacia el Gobierno de Aldovia en febrero de 2021, la licitación basada en el EDP es convocada el 19 de julio de 2023 y MEL presenta su solicitud de arbitraje el 15 de agosto de 2023. Por lo que la inversión superaría los 24 meses establecidos.
2. El compromiso de recursos: Mel afirma haber invertido una suma monetaria considerable, recursos técnicos y humanos, así como su *know how*.
3. La expectativa de ganancia: MEL considera que en el momento en el que se firma el Memorando, se prevé que, a cambio de la aprobación del EDP, se le adjudicaría directamente la concesión lo que puede ser considerado como su expectativa de ganancia.
4. Asunción del riesgo: cuando MEL acepta llevar a cabo el EDP, nada le garantiza que el MTC fuera a aprobarlo, por lo que asumió un riesgo claro.

88. Además, efectúa un análisis del laudo *Mihaly c/ Sri Lanka*⁹ afirmando que, a pesar de que las pre-inversiones no estén cubiertas por los tratados de inversión, en caso de ser posteriormente aceptadas por el estado receptor, estas entrarían dentro del umbral de su protección.

⁹ *Mihaly International Corporation c. República Democrática de Sri Lanka*, CIADI, Caso No. ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002

89. Finalmente, concluye indicando que el TLC reconoce los derechos de propiedad intelectual como inversiones y que el EDP recae dentro de esta categoría protegida.

ii. Posición de la parte demandada

90. Por el contrario, la parte demandada niega en todo momento que MEL haya efectuado en algún momento una inversión que recaiga en el umbral de protección del Tratado. Fundamenta su argumentario en que la inversión identificada por MEL no cumple con los requisitos expuestos por el TLC y además la califica de pre-inversión.

91. En cuanto al primer fundamento, plantea que el EDP no cumple con los requisitos de duración, ni de expectativa de ganancia, ni de asunción de riesgo.

92. En lo que respecta la duración, argumenta que atendiendo al laudo *Salini c/ Marruecos*¹⁰, para apreciar la existencia de una inversión esta debe perdurar en el tiempo entre dos 2 y 5 años. Recalca que el EDP no fue entregado hasta el 2 de mayo de 2022, por lo que, si se toma en consideración que la solicitud de arbitraje se plantea en agosto de 2023, solo habría transcurrido poco más de un año.

93. En cuanto a la expectativa de ganancia, hace hincapié en el hecho de que el Memorando incluía dos derechos distintos, por lo que MEL asumió a su riesgo y ventura la posibilidad de que nunca llegaría a ejecutar el Proyecto.

94. Al hilo de este último argumento, subraya que el riesgo mencionado es meramente comercial y no comporta las características correspondientes a lo que se entiende por riesgo en la consideración de inversión.

95. Con respecto al segundo argumento, sostiene que el EDP fue un gasto incurrido a lo largo de los procesos de negociación. Su objetivo era la formalización posterior de la inversión, pero no puede ser considerado por su propio peso como la misma.

96. Por ende, rechaza la competencia material del Tribunal.

iii. Decisión del Tribunal

97. En primer lugar, este Tribunal quiere subrayar el artículo 25 del Convenio CIADI, que limita la competencia del Centro a las controversias recaídas sobre inversiones. En consonancia con este precepto, el artículo 8.18.1 del TLC reserva los mecanismos de resolución de conflictos a disputas relativas a una inversión.

¹⁰ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, CIADI, Caso No. ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción, 23 de julio de 2001, ¶ 52.

98. Para resolver esta cuestión, es menester centrarse sobre los dos argumentos planteados por la parte demandada para contestar la competencia material de este Tribunal.

1) De la existencia de una inversión protegida

99. El método histórico empleado por los Tribunales para determinar la existencia de una inversión es el reconocido *Test Salini*, consistente en valorar la existencia del compromiso de recursos, la duración, la asunción del riesgo y la contribución al desarrollo del estado receptor. En la actualidad, este último criterio ya no es aplicado¹¹.

100. Se apoya este razonamiento en el hecho de que actualmente y, como sucede en este caso, los Tratados recogen la definición empleada en el *Test Salini*. Por esta precisa razón, este Tribunal considera innecesario realizar un análisis objetivo de la inversión y se centrará en analizar los términos incluidos en el propio Tratado, o lo que es lo mismo, se centrará en el análisis subjetivo de la inversión.

101. En primer lugar, en lo que respecta la duración de la inversión, Aldovia ha incurrido en un error manifiesto de interpretación de este concepto. Si bien es cierto que apenas transcurre un año desde que se aprueba el EDP y se plantea la solicitud de arbitraje, la duración a tener en cuenta es aquella correspondiente a la prevista por el inversor. Así, con la creación del EDP se vinculaba toda una inversión suplementaria que tenía vocación a superar el tiempo aceptado jurisprudencialmente.

102. En segundo lugar, no hay lugar a dudas de que el demandante comprometió toda una serie de recursos tanto materiales, humanos como técnicos. Recordemos que la razón de ser del EDP era ingeniar el Proyecto, que hasta la fecha se consideraba inejecutable. El demandante destinó, por ello, todos los recursos a su disposición para garantizar la viabilidad del Proyecto.

103. Por último, en lo que respecta la asunción del riesgo, nos remitimos a la jurisprudencia arbitral para ilustrar que el riesgo analizado a efectos de la consideración de inversión no puede ser aquel inherente a cualquier transacción comercial. El riesgo debe nacer de la propia inversión como puede ser la incertidumbre de los riesgos económicos de un proyecto¹².

104. A estos efectos, el EDP no puede ser reconocido como una inversión protegida a efectos de los términos empleados por el Tratado.

¹¹Decisión sobre jurisdicción Mabco Constructions c/ Kosovo, CIADI, Caso c° ARB/17/25, de 30 de octubre de 2020

¹² Romak S.A. c/ República de Uzbekistán, CPA, Laudo Caso n° AA280, 26 de noviembre de 2009 (¶230)

2) De la consideración del EDP como una pre-inversión

105. La parte demandante califica el EDP como una pre-inversión, lo que a juicio de este Tribunal es del todo acertado.
106. El EDP no puede ser considerado como una inversión por ser un mero acto de preparación de lo que, de haberse materializado un contrato, por ejemplo, habría constituido la inversión.
107. En el laudo *Mihali c/ Sri Lanka*¹³, se hace una interpretación clara de estos hechos. Así, califica de pre-inversión un Estudio de Prefactibilidad que posteriormente no se consolidó a través de un contrato. Por tanto, se puede deducir que en este caso, el MDE al ser considerado como una “hoja de ruta” y no como un contrato, también tiene vocación a preparar la relación que en un futuro de se podría consolidar entre las partes.
108. Asimismo, en el caso *PEL c/ Mozambique*,¹⁴ queda plasmado que la razón de ser de una pre-inversión no es la obtención directa de ganancias, sino el establecimiento o futura adquisición de un activo.
109. Este precepto es directamente extrapolable al caso que nos ocupa pues, como bien se estableció en el MDE, el EDP se efectuaba a cambio de una concesión que habría generado un cierto enriquecimiento para MEL. Ahora bien, aquello que genera las ganancias no es el EDP, sino la conexión en sí misma.
110. En conclusión, este Tribunal carece de competencia material porque el EDP es sin duda alguna una pre-inversión.

D. LA COMPETENCIA RATIONE VOLUNTATIS DE ESTE TRIBUNAL

i. Posición de la parte demandante

111. La Demandante alega que ha sometido la disputa a arbitraje en cumplimiento de todos los requisitos contenidos en el artículo 8.24 del Tratado.
112. Además, considera que ha cumplido con el trámite de consultas del artículo 8.19.3 TLC, por medio de su carta del 22 de enero de 2023 que reúne los requisitos de contenido que en él se reflejan.

¹³ *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, CIADI, laudo, 15 de marzo de 2002, (¶ 48).

¹⁴ *Patel Engineering c. República de Mozambique*, CIADI, laudo final, 7 de febrero de 2024, (¶ 327)

113. También, recalca que el artículo 8.10.4 recoge la razón de ser de las consultas al permitir al Estado negociar y preparar su defensa eficazmente. Así, entiende que la forma de la solicitud no debe ser interpretada de forma estricta, sino que, siempre y cuando se hayan facilitado los medios al Estado necesarios para poder preparar su defensa, los requisitos de forma del artículo 8.19.3 no tendrán por qué ser cumplidos. Al hilo de este argumento, MEL afirma que, de las actuaciones del Estado, se desprende que fue notificado.
114. MEL identifica la existencia de una cláusula de *cooling-off* que impone la necesidad de esperar un periodo de 180 días entre el momento en el que las consultas son efectuadas y aquél en que la solicitud de arbitraje es presentada. Así, defiende que, enviada la notificación el 22 de enero de 2023 y presentada la solicitud el 15 de agosto de 2023, el periodo de *cooling-off* ha sido respetado.
115. Finalmente, concluye su argumentación afirmando que las negociaciones son una mera obligación de medios destinadas a evitar el inicio de un procedimiento. Por tanto, a partir del momento en el que Aldovia negó la posibilidad de llegar a un acuerdo de adjudicación directa de la concesión en fecha de 10 de junio de 2023, el interés de la negociación devino fútil.
116. En todo caso, recalca que, de apreciarse un incumplimiento de los artículos precitados del TLC, se plantearía un conflicto respecto de la admisibilidad y no respecto de la competencia de este Tribunal.

ii. Posición de la parte demandada

117. Aldovia considera que la interpretación realizada por MEL del artículo 8.24 del Tratado resulta extremadamente laxa, considerando que el propio artículo condiciona la voluntad de las partes de someterse a un procedimiento arbitral, al cumplimiento de unos “*procedimientos estbalecidos*”. A su vez, se remite al artículo 8.21 del Tratado que expone los requisitos de los procedimientos establecidos en cuestión.
118. Así, plantea que este Tribunal carece de competencia por no haberse cumplido con los requisitos de las consultas y consecuentemente, tampoco haberse respetado el periodo de *cooling off*. Según la Demandada, este artículo establece inequívocamente que para poder presentar una demanda arbitral, es necesario realizar una solicitud de consultas (artículo 8.21.1.d del Tratado) y observar un periodo de *cooling-off* de ciento ochenta días tras su presentación (artículo 8.21.1.b del Tratado).
119. Aldovia niega rotundamente que puedan ser considerados facultativos estos procedimientos. El Tratado incluye una explicación exhaustiva de los medios que deben seguirse para poder plantear el inicio de un arbitraje. Por lo que, concluir que

realmente serían más bien procedimientos opcionales implicaría vaciar de contenido estos preceptos.

120. En esta línea, reitera que no es posible considerar fútil unas negociaciones que ni siquiera llegaron a iniciarse.
121. En conclusión, considera que el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione voluntatis*, porque MEL no cumplió con requisitos recogidos en los artículos 8.los solicita que el Tribunal constate que se han incumplido los requisitos del artículo 8.21 del Tratado.

iii. Decisión del Tribunal

122. Antes de adentrarnos en el análisis de la efectiva competencia de este Tribunal es preciso destacar que el consentimiento de las partes para iniciar cualquier tipo de arbitraje es absolutamente crucial.¹⁵ Por esta razón, en caso de falta de consentimiento de alguna de las partes habrá falta de competencia del presente Tribunal y no será posible plantear un problema de admisibilidad de la demanda.
123. A estos efectos, dado que los argumentos empleados por las partes versan esencialmente sobre la interpretación de los artículos del Tratado, recordamos que será de aplicación el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969¹⁶. Así, este Tribunal deberá hacer una interpretación de buena fe, “*conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*”
124. De esta forma, se analizará si ambas partes han prestado su consentimiento al arbitraje
125. En primer lugar, no es un hecho controvertido que la parte demandante, al presentar la solicitud de arbitraje ha prestado intrínsecamente su consentimiento al arbitraje. De hecho, la jurisprudencia arbitral reconoce esta situación¹⁷.
126. Cuestión más complicada es el consentimiento de la parte demandada. Existe jurisprudencia arbitral que afirma que un Estado presta su consentimiento al arbitraje¹⁸ en el momento mismo en el que se adhiere al Tratado que prevé el empleo de este procedimiento. Sin embargo, nos encontramos ante un Tratado de inversión de nueva generación, conocidos por ser más protectores con los Estados que con los inversores. Un ejemplo sería la inclusión de cláusulas de sometimiento al arbitraje

¹⁵ *Latam Hydro c. República del Perú*, CIADI, laudo final, 20 de diciembre de 2023, (¶ 405).

¹⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969

¹⁷ SCHREUER, C., "Commentary on the ICSID Convention", *11 ICSID Rev-F.I.L.J.* 318, para. 277 (1996), "El momento del consentimiento mutuo viene determinado por la aceptación de la oferta por parte del inversor Esta oferta puede aceptarse presentando una solicitud de arbitraje al Centro"

¹⁸ *SPP c. República de Egipto*, CIADI, Caso No ARB/84/3, Decisión acerca de la jurisdicción, 27 de noviembre de 1985 (¶ 115 y 116); *Cemez Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI, Caso ARB/08/15, Decisión de jurisdicción, 30 de septiembre de 2010 (¶ 58 y 138)

más complejas. Por lo que el consentimiento del Estado en este caso concreto no resulta claro.

127. Por tanto, con el fin de dilucidar la cuestión es necesario remitirnos a los términos empleados por el propio Tratado con el fin de entender qué fue lo que los propios Estados contratantes acordaron.

128. Así, como acertadamente han mencionado las partes en sus escritos, el artículo 8.24 es el que subordina el consentimiento al arbitraje al cumplimiento de los procedimientos previstos en la Sección F del Tratado.

129. Procedemos a analizar antes de todo, el artículo 8.21 TLC que corresponde al procedimiento y otros requisitos para presentar una demanda arbitral:

1. Un inversor solo podrá presentar una demanda de conformidad con el artículo 8.22 si el inversor: [...]

b) deja que pasen, como mínimo, ciento ochenta días desde la presentación de la solicitud de consultas [...];

d) cumple los requisitos relacionados con la solicitud de consultas

4. Previa solicitud del demandado, el tribunal se inhibirá en caso de que el inversor [...] no cumpla alguna de las condiciones de los apartados 1 y 2."

130. Atendiendo a precepto precitado de la Convención de Viena, la interpretación del numeral 4 de este artículo es más que clara, el Tribunal está en la obligación de inhibirse cuando el inversor no cumpla con la solicitud de consultas, y/o no haya dejado pasar el periodo de 180 días de *cooling-off*.

131. A estos efectos, es posible concluir que si el Tribunal se ve en la obligación de inhibirse no es posible considerar que estos procedimientos previos al arbitraje sean subsanables y por tanto cuestiones de admisibilidad. No, estos artículos afectan al consentimiento directo y como consecuencia a la competencia del Tribunal.

132. Para apoyar nuestro presente análisis, nos remitimos al razonamiento incluido en el laudo *Wintershall c/ Argentina*¹⁹ que afirma que la oferta permanente integrada en los Tratados bilaterales de inversión es aceptada caso por caso cuando un inversor pretende hacer valer sus derechos ante el CIADI, con el fin de obtener un laudo que reconozca su controversia.

133. Comprendido este razonamiento, se deduce que es necesario ver si los procedimientos, que como hemos visto son un elemento esencial del consentimiento del Estado, se han visto satisfechos en este caso.

134. En primer lugar, destacamos que el artículo regulatorio del procedimiento de consultas es el 8.19 TLC que incluye los siguientes preceptos:

¹⁹ *Laudo Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, CIADI, Caso No. ARB/04/14, 8 de diciembre de 2008, (¶ 160).

1. *En la medida de lo posible, las diferencias deben resolverse de forma amistosa.
[...]*

3. *El inversor presentará a la otra Parte una solicitud de consultas en la que figuren:*

a) el nombre y la dirección del inversor [...]

c) las disposiciones del presente Acuerdo que supuestamente se han incumplido;

d) el marco jurídico y la base fáctica de la denuncia, incluyendo las medidas controvertidas; y

e) el resarcimiento que se pretende y el importe estimado de los daños y perjuicios reclamados. La solicitud de consultas deberá contener pruebas de que el inversor es un inversor de la otra Parte que posee o controla la inversión, incluso, si procede, de que posee o controla la empresa establecida localmente en cuyo nombre se presenta la solicitud.

4. *Los requisitos de la solicitud de consultas establecidos en el apartado 4 deberán ser lo suficientemente específicos para permitir que el demandado pueda emprender consultas y preparar su defensa eficazmente.*

135. La parte actora defiende que la carta que remitió al MTC en fecha 22 de enero de 2023 reúne las características expuestas en artículo precitado. Sin embargo, en ella no se ven reflejadas las disposiciones del Tratado que se pretenden hacer valer en la presente reclamación. Es más, la carta remitida por el MEL y el presente procedimiento poseen objetos distintos. En la primera, se pretende frenar el proceso de licitación pública, mientras que el objeto de este procedimiento es el resarcimiento de daños incurridos a raíz de vulneraciones del TLC.

136. Por ende, no se puede concluir que el numeral 3 del artículo 8.19 del TLC se haya visto satisfecho. De nuevo, aplicando el criterio de interpretación incluido en la Convención de Viena y atendiendo a los términos específicos empleados, la solicitud de consultas debe ser lo suficientemente específica como para que el demandado, Aldovia, pueda emprender consultas para preparar su defensa. No siendo el objeto de la carta y el objeto de este procedimiento idénticos, se debe concluir que la solicitud de consultas no fue efectuada.

137. Si no ha existido la solicitud de consultas, el periodo de *cooling-off* tampoco se ha podido materializar, por ser esta el *dies a quo* de los 180 días.

138. En conclusión, como se ha ido adelantando a lo largo de esta argumentación, si estos procedimientos no son llevados a cabo, no se puede concluir que el Estado haya prestado su consentimiento al arbitraje, careciendo por tanto de competencia *ratione voluntatis* este Tribunal.

VIII. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE SU PROPIA COMPETENCIA

139. Dadas las consideraciones efectuadas con anterioridad, este Tribunal acogerse a las pretensiones expuestas por la parte demandada ya que carece de competencia para

conocer la controversia por no verse reunido el consentimiento de las partes y porque, de acuerdo con los términos del TLC, no existe ninguna inversión protegida.

140. No obstante, a efectos de realizar un análisis completo de la controversia, se expone a continuación la posición de este Tribunal respecto de las vulneraciones del Tratado alegadas por la parte demandante. Así, se considerará para efectuar este análisis que el EDP es una inversión protegida por el TLC.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA EXISTENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN DIRECTA O INDIRECTA

A. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

i. La existencia de una expropiación indirecta

141. MEL afirma que Aldovia expropió de forma ilegal su inversión, correspondiente al Estudio de Prefactibilidad y al *know how* que le fue transmitido a lo largo de toda su relación. En este sentido, el momento en el que Aldovia puso a disposición de los demás postores su Estudio de Prefactibilidad, privó a MEL de obtener una adjudicación directa de concesión.

142. MEL recalca el principio incluido en laudos como *Middle East c/ Egipto*²⁰ o *Casinos Austria c/ Argentina*²¹, según el cual es posible reconocer la existencia de expropiación siempre que un Estado priva a un inversor del uso, goce y beneficio de una inversión. Así, la parte actora subraya el hecho de que la divulgación de su Estudio supuso la pérdida del beneficio que le era inherente por el MDE, la adjudicación directa de la concesión.

143. En este sentido, MEL alega que, al incumplir con las obligaciones incluidas en el MDE, mediante la aplicación de la Ley de Contratación Pública, Aldovia lo privó sustancialmente de su derecho a la recibir la concesión de forma directa.

144. Así, subraya el artículo 30.5, en relación con los artículos 34.4 y 52, de la Ley de Contratación Pública que permiten la adjudicación directa de una concesión, sin la necesidad de iniciar un procedimiento de licitación cuando el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de un determinado proveedor o contratista. A juicio de MEL, ellos eran los únicos capaces de ingeniar y ejecutar el Proyecto. No obstante, a partir del momento en el que Aldovia inició el proceso de licitación dando acceso a toda la información recogida en el EDP a los demás postores, de pronto estos obtuvieron la capacidad de ejecutar el proyecto.

²⁰ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c/ Egipto* CIADI, Caso No. ARB/99/6, Laudo

²¹ *Casino Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c/ República Argentina*, CIADI, Caso No. ARB/14/32, Laudo

145. Sensu contrario, de no haberse divulgado el EDP los demás postores nunca habrían tenido los conocimientos necesarios para poder ejecutar el Proyecto. De esta forma, los artículos precitados, permitían que MEL fuese el único posible postor respecto de la concesión.

146. En conclusión, al haber sido transmitidos todos estos conocimientos, MEL afirma que existe una expropiación indirecta de su inversión, pues apoyándose en laudos como *Quibrosax S.A y Non Metalllic Minerals S.A. c/ Bolivia*²² y *Metalclad c/ Méjico*²³, si bien la propiedad del EDP sigue siendo suya, al haber transmitido toda la información recogida en el a otros postores, Aldovia ha hecho que la inversión haya perdido todo su valor económico, que se haya impedido su uso efectivo y se ha privado a MEL de la expectativa razonable de ganancia que pretendía obtener por medio de la concesión directa.

ii. La existencia de una expropiación indirecta ilícita

147. A continuación, confirma la existencia de una expropiación ilegal en la medida en que la expropiación no cumple con los requisitos incluidos en el artículo 8.12.1 del Tratado:

1. Ninguna parte nacionalizará ni expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación, excepto:

- a) Por interés público;*
- b) Con arreglo al debido procedimiento legal;*
- c) De forma no discriminatoria; y*
- d) Mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva*

148. En consonancia con este artículo, se cita el caso *Burington c/ Ecuador*²⁴ para subrayar que estos requisitos son cumulativos. Por consiguiente, el incumplimiento de uno de ellos implica que la expropiación, ya sea directa o indirecta, no es acorde a Derecho.

149. MEL afirma que la expropiación realizada no responde a razones de interés público. De hecho, todo lo contrario, pues como había sido constatado al inicio de las negociaciones entre las partes, así como en la decisión del consejo de Ministros²⁵, el

²² *Quibrosax S.A, Non Metalllic Minerals S.A.y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, CIADI, Caso No. ARB/06//2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 (¶ 235)

²³ *Metalclad c. Méjico*, CIADI, Caso No.ARB (AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (¶ 103 y 104)

²⁴ *Burlington Resources, Inc. c. República de Ecuador*, CIADI, Caso No. ARB/08/5, Laudo, 7 de febrero 2017 (¶ 146)

²⁵ Ver hechos 9 y 49 del Caso.

Proyecto era urgente y MEL era la entidad con más capacidades para poder llevar a buen puerto la concesión.

150. Por último, MEL expone que si bien sería suficiente la exposición del punto anterior para demostrar que la expropiación es ilícita, pone de manifiesto que en ningún momento le ha sido abonada una compensación por la divulgación de su EDP.

B. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

151. En lo que respecta la existencia de una expropiación indirecta, Aldovia no rebate que haya divulgado el EDP a los demás postores en el momento en el que se inició la licitación pública.

152. Sin embargo, basa su defensa en una expropiación indirecta legal a ojos del artículo 8.12.1 del Tratado. Así, afirma haber actuado en aras del interés público, pues la implementación del Proyecto supondría una significativa mejora estatal. Por tanto, la convocatoria de la licitación supone una garantía en la elección del postor más apropiado para su ejecución. La única forma de obtener un abanico más amplio de propuestas era por medio de la entrega de la información recogida en el EDP, pues a partir de esta, los demás postores podrían reevaluar o incluso mejorar la propuesta.

153. El Estado también alega haber empleado el debido procedimiento legal, pues la frustración de la concesión se realizó a través de la apertura de la licitación que es un procedimiento regulado por la Ley de Contratación Pública aldoviana y sus preceptos fueron seguidos al pie de la letra.

154. Del mismo modo, Aldovia asegura no haber ejercido ningún tipo de discriminación hacia MEL, pues a pesar de haber divulgado la información a los demás postores, siempre le abrió la posibilidad de hacer valer su derecho de preferencia en el marco de la licitación pública.

155. Por último, Aldovia invoca la doctrina de los *police powers*, por la que un Estado puede resultar exento del pago de la compensación a pesar de llevar a cabo medidas expropiatorias. Así, citando *Methanex Corporation c/ Estados Unidos*, que reconoce esta posibilidad para los Estados, Aldovia pone de manifiesto que, al existir dos derechos recogidos en el MDE, la adjudicación directa y el derecho de preferencia, fue presuntoso por parte de MEL asumir que el primero iba a ser el aplicado.

156. Por ello, definir que el hecho de divulgar el EDP es la única razón por la que MEL no fue beneficiario de la adjudicación directa, que supuestamente era su expectativa de ganancia, es un error manifiesto. Aldovia siempre dejó la puerta abierta a la licitación pública, hecho que MEL conocía sobradamente y del cual asumió el riesgo.

C. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

157. La existencia de una expropiación indirecta en este caso no es una cuestión controvertida, por lo que este Tribunal se limita a analizar la legalidad de dicha expropiación.
158. En virtud del artículo 8.10.1 del TLC, este Tribunal reconoce un incumplimiento del requisito relativo al empleo del procedimiento legal adecuado. El EDP fue expropiado por su mera divulgación a otros postores. Por mucho que estas actuaciones respondan al interés público, no es cierto que hayan transgredido correctamente.
159. Además, Aldovia cita Methanex, laudo en el cual se reconoce una situación en la que el Estado queda exento del pago de la compensación. No obstante, lo que ha obviado de este caso es que se trata de una exención excepcional que responde a una situación de crisis económica brutal.
160. En la controversia presente, si bien el Estado afirma que la ejecución del Proyecto es de máxima urgencia, no responde a una situación de crisis ni de necesidad. El Proyecto está dirigido a mejorar la situación económica de Aldovia, pero no a intentar solventar una situación grave para el mismo. La exención de pago de compensación no puede ser, por tanto, admitida en este caso.
161. Por esta razón, se estima las pretensiones de MEL, en tanto en cuanto, se aprecia la existencia de una expropiación indirecta ilícita.

X. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

A. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

162. MEL afirma que Aldovia incumplió con el estándar del Trato justo y equitativo (en adelante, TJE) por tres motivos. En primer lugar, porque vulneró las expectativas legítimas del MEL respecto del otorgamiento de la concesión. En segundo lugar, ejerció medidas arbitrarias con MEL.

i. La vulneración de las expectativas legítimas de MEL

163. El primer hito que MEL pone de manifiesto como vulneración del estándar del trato justo y equitativo, es la frustración de las expectativas legítimas de MEL en cuanto una vez aprobado el EDP, Aldovia no cumplió con su parte de las obligaciones recogidas en el MDE.

164. En este sentido, recoge los preceptos establecidos en el 8.10.4 del Tratado, que permiten que este Tribunal conozca de las expectativas legítimas creadas por un Estado receptor para atraer una inversión extranjera y que luego haya actuado contrariamente a ellas. MEL se apoya en los preceptos asentados en *Pawłowski c/ República Checa*²⁶ para afirmar que cuando un Estado declara, garantiza o adquiere compromisos específicos con un inversor, estos constituyen expectativas legítimas.
165. Por tanto, MEL afirma que, si bien el MDE no es una fuente de naturaleza contractual, por estar estipulado de esta forma en la ley aldoviana²⁷, sí que generó obligaciones para las partes. De hecho, fue la razón única por la que se creó el EDP. Aldovia se había comprometido a otorgar directamente la concesión únicamente si se aprobaba el EDP, hecho que en este caso se materializó. Como consecuencia, MEL afirma que Aldovia le indujo a invertir sus recursos sin posteriormente cumplir con sus obligaciones.
166. Probada la existencia de expectativas legítimas, MEL recalca que estas fueron frustradas claramente entre las idas y venidas del Gobierno de Aldovia. Pone de manifiesto la falta de coordinación entre el Ministerios y APF. Considera que la ignorancia de APF de la existencia del Proyecto fue el primer obstáculo a su expectativa legítima, pues el hecho de tener que coordinar personalmente las dos entidades ralentizó el proceso de obtención de la concesión. Una vez indiciadas las negociaciones con APF, esta no puso ningún tipo de buena voluntad en sacar adelante el Proyecto de la mano de MEL.
167. Por tanto, concluye que a pesar de haber empleado toda su voluntad y diligencia tanto en las negociaciones como, posteriormente, cuando intercambió diversas cartas con el MTC, el gobierno aldoviense no cumplió con su parte de las obligaciones.
168. El segundo hito que frustró las expectativas legítimas de MEL fue la apertura de la licitación pública.
169. Así, cita el laudo *Phillip Morris Brands c/ Uruguay*²⁸ en los siguientes términos: “*el inversor tiene derecho a esperar que el Estado no actúe de forma manifiestamente incoherente o irrazonable*” .
170. Por tanto, MEL afirma que todo el procedimiento de la licitación pública estuvo plagado de irregularidades.

²⁶ *Pawłowski AG & Project Server c/ República Checa*, CIADI, Caso No. ARB/ 17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (¶ 612 y 613)

²⁷ Ver pie de página nº4 de la página 5 del Caso

²⁸ *Phillip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c/ República de Uruguay*, CIADI, Caso No. ARB/17/11, Laudo, 1 de noviembre de 2021 (¶127)

171. En primer lugar, señala la contradicción del MTC en afirmar que no podía revertir la decisión de apertura de la licitación por ser orden del Consejo de ministros²⁹. Sin embargo, posteriormente, el propio Consejo de Ministros es el que se acerca a MEL con el fin de negociar de nuevo la adjudicación directa por razones estratégicas y por los estrechos lazos que poseía con el Proyecto³⁰. Todo ello, para terminar cerrando la puerta nuevamente a la adjudicación directa so pretexto de que la licitación pública era inevitable³¹.
172. En segundo lugar, MEL alega una falta total de coherencia en la aplicación de los criterios de la licitación pública. Este se hecho se vio especialmente reflejado cuando, a pesar de todos los esfuerzos invertidos de MEL este obtuvo ni más ni menos que el tercer puesto, a pesar de ser el ingeniero del Proyecto³².
173. Se alcanzó el culmen de las irregularidades cuando se consolidaron los resultados finales y revelaron las formulas de cálculo empleadas. En particular, se resalta el hecho de que ITD, el ganador de la licitación había sometido una propuesta más onerosa para Aldovia que la del Consorcio MEL. Además, este último obtuvo una puntuación más baja en la sección de interpretación y comprensión del Proyecto³³.
174. Al advertir estas irregularidades, MEL manifestó su preocupación presentando una apelación formal dentro del proceso que contenía los numerosos motivos de indebida aplicación de la puntuación y solicitó la reevaluación de la adjudicación³⁴.
175. La negativa del Ministerio a esta apelación formal es considerada una vulneración de las expectativas legítimas de MEL, en tanto en cuanto, actúa en contra de las propias manifestaciones que habían sido anteriormente efectuadas. De esta forma se vulneraron las expectativas legítimas de MEL privándolo de su derecho a la concesión y al respecto de una actuación coherente y razonable del Estado.

ii. La arbitrariedad de las medidas de Aldovia

176. En cuanto a este punto, la parte demandante se centra en alegar una vulneración del artículo 8.10.2. del Tratado que afirma que un Estado vulnera el TJE en cuanto actúa con *una arbitrariedad manifiesta*.
177. De este modo, MEL recalca en primer lugar que Aldovia, al iniciar la licitación pública, a pesar de la existencia del Memorando, sin ningún fundamento jurídico adecuado y suficiente, infringió el TJE por llevar a cabo una medida arbitraria.

²⁹ Ver punto 42 del Caso

³⁰ Ver punto 49 del Caso

³¹ Ver punto 52 del Caso

³² Ver punto 57 del Caso

³³ Ver punto 58 del Caso

³⁴ Ver punto 69 del Caso

178. Del mismo modo, MEL subraya el hecho de que el artículo 52 de la Ley de Contratación Pública permite la contratación con un solo proveedor y prevé que esta entidad deba negociar con la entidad adjudicadora. En este sentido, cuando se inician las negociaciones con APF, esta afirma que MEL le debe otorgar más de un 20% de participación. No obstante, MEL se limita a afirmar que a su parecer la propia ley aldoviana no permite la puesta a disposición de un porcentaje mayor. APF termina afirmando que las negociaciones no llegaron a buen puerto por la intransigencia de MEL a este respecto, lo que, a los ojos de este último, es una clara medida arbitraria.
179. Además, MEL reitera el hecho de que la incoherencia total existente en la puntuación de la licitación no hace más que reforzar su argumento de arbitrariedad.

B. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

180. Aldovia por su parte alega el respeto más absoluto del artículo 10.2 del Tratado. En este sentido basa contestación en tres puntos: la inexistencia de un compromiso específico, el incumplimiento del deber de diligencia de la parte demandante y la transparencia existente en cada una de sus actuaciones.

i. La inexistencia de un compromiso específico

181. Aldovia alega que para que exista una expectativa legítima es necesario probar la materialización de un compromiso específico³⁵. Asimismo, cita el laudo *Eurus Energy Holding Corporation c/ Reino de España*³⁶ que establece que cuanto menos específico sea el compromiso, más difícil será determinar que cualquier expectativa basada en él sea razonable. Por tanto será complicado determinar que el incumplimiento de este compromiso pueda ser considerado una vulneración del TJE.
182. En este sentido, la parte demandante alega que la mera existencia del MDE no puede ser considerado como un compromiso lo suficientemente específico ya que no tiene valor contractual. Además, recalca que en la versión portuguesa de este documento no existe un derecho de adjudicación directa, sino un derecho de preferencia que fue ejercido correctamente y que en ningún momento garantizaba que la concesión fuese otorgada a MEL.
183. También menciona que, a efectos de la argumentación de MEL, tomando en consideración la versión inglesa, existen dos posibles derechos de mismo valor y que, por tanto, cualquiera de ellos podría ser empleado, no dejando claro cuál es la expectativa concreta, lo que a ojos de la jurisprudencia arbitral no puede ser

³⁵ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. c/ República de Croacia*, CIADI, Caso No. ARB/12/39, Laudo, de 26 de julio de 2018 (¶ 955)

³⁶ *Eurus Energy Holding Corporate c/ Reino de España*, CIADI, Caso No. ARB/16/4, Laudo, de 14 de noviembre de 2022 (¶ 74)

considerado como una expectativa legítima por no poder identificarse exactamente el origen de la expectativa alegada (*Charles ARIF c/ Moldavia*³⁷)

184. A estos efectos, Aldovia considera que MEL no puede justificar la existencia de una expectativa legítima de que le sería otorgada directamente la concesión del Proyecto por haber firmado en su idioma y por su propia voluntad un documento en que se le veían reconocidos dos derechos, el derecho a la concesión y el derecho de preferencia.

185. Siendo ambos derechos contradictorios entre sí, pero habiendo sido aceptados simultáneamente por la parte actora, se demuestra que la expectativa que se pretende hacer valer es fruto de una mera fantasía y no de un compromiso real.

ii. La falta de diligencia de MEL

186. Aldovia considera que las alegaciones de MEL respecto de la apertura de la licitación son un absoluto despropósito. MEL, teniendo un interés claro en obtener una concesión, era el encargado principal de ser conocedor de aquella reglamentación que le pudiera ser de influencia.

187. En este sentido hace referencia a la consideración del inversor diligente que consiste en alcanzar el umbral de lo que un inversor prudente haría razonablemente para conocer el marco regulatorio en cuestión (*Parkerings Compagnet c/ Lituania*³⁸, *SunReserve Luxco Holding et al. c/ Italia*³⁹).

188. Por tanto, Aldovia considera que la apertura de la licitación pública no podría ser considerada como una vulneración de su supuesta expectativa legítima pues la propia Ley de Contratación Pública prevé que en efecto se pueda asignar directamente la concesión, siempre y cuando no existan otros postores con la capacidad y el conocimiento necesario para llevar a cabo el Proyecto. No obstante, dieciséis empresas mostraron interés en el momento de la licitación y seis fueron preseleccionados para participar en ella. Por ende, no es posible afirmar que MEL era el único postor susceptible de llevar a cabo el Proyecto, no pudiendo de este modo otorgarle directamente la concesión sin vulnerar la propia ley aldoviana.

189. En conclusión, las alegaciones de MEL nacen de la ignorancia y la falta de diligencia por su parte de acudir a la legislación aldoviana para asegurarse de que la única situación susceptible de materializarse era el otorgamiento directo de la concesión.

³⁷ *Mr. Franck Charles Arif c/ Moldavia*, CIADI, Caso No. ARB/11/23, Laudo, de 8 de abril de 2013 (¶ 531 y 535)

³⁸ *Parkerings-Compagnet AS c/ Republica de Lituania*, CIADI, Caso No. ARB/ 05/8, Laudo de 11 de septiembre de 2007 (¶ 333)

³⁹ *Sun Reserve Luxco Holdings SRL c/ Italia*, SCC, Caso No. 132/2016, Laudo, de 25 de marzo de 2020 (¶ 712-714)

De haber comprobado que esto no era cierto, habría podido configurar su inversión de otro modo, ahorrando a ambas partes este procedimiento.

iii. Aldovia no ha actuado en ningún momento de forma arbitraria

190. Aldovia defiende claramente que en el momento en el que MEL no logra llegar a un acuerdo con APF, ha incumplido manifiestamente los términos incluidos en el MDE.
191. Así, recalca que una vez se aprueba el EDP, MEL es invitado a negociar con APF con el fin de llevar a cabo una asociación estratégica, negociación impuesta tanto por el MDE, como por la Ley de APP. Por tanto, a partir del momento en el que un acuerdo no es obtenido entre las partes, la continuación del Proyecto no es posible.
192. MEL se sorprende de la puntuación obtenida en la licitación, pero circunstancias como esta que lo han llevado a obtener el tercer puesto, pues en la sección Asociación estratégica, obtuvo un 0 como calificación.
193. A pesar de que MEL incumpliera este requisito incluido en el MDE, Aldovia no estaba en la obligación de cumplir con ninguna de las estipulaciones que en él se encontraban. Sin embargo, a pesar de estos hechos, el derecho de preferencia de MEL fue aplicado y mantenido.
194. Del mismo modo, como se ha afirmado anteriormente la apertura de la licitación no responde al azar ni a la voluntad repentina del Estado, sino que es la consecuencia directa de la aplicación de la ley aldoviana lo que dista mucho de lo que puede ser considerado arbitrario.

C. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

i. La existencia de expectativas legítimas

195. Habiendo analizado los argumentos de ambas partes, este Tribunal realiza una primera consideración acerca de la existencia de las expectativas legítimas de MEL.
196. En este sentido, si bien es cierto que es necesario poseer un compromiso específico para concluir que existe una expectativa, determinar que esta no existe porque el MDE posee dos derechos de igual valor parece cuanto menos ridículo. En efecto, el MDE no es un contrato, no obstante, es una fuente clara de obligaciones, de lo contrario, la presente disputa no podría haberse materializado nunca. Así, los derechos incluidos en el MDE han sido el origen de todo este dilema. No solo han sido la piedra angular del procedimiento, sino que además fueron aquello que llevo a MEL a invertir los recursos necesarios para configurar el EDP.

197. Aldovia ahora, convenientemente, considera que MEL no se vio atraído a realizar el EDP única y exclusivamente por el MDE, pues de todos modos se arriesgaba a que la concesión no le fuese otorgada una vez iniciado el procedimiento de licitación, a pesar de contar con un derecho de preferencia.
198. Sin embargo, todos los esfuerzos que han sido observados a lo largo de los hechos por parte de MEL para conseguir por cualquier medio la concesión llevan a este Tribunal a pensar lo contrario. MEL no se habría arriesgado invirtiendo su *know how* si no hubiera existido algún tipo de garantía que lo respaldara.
199. Recalamos, además, que MEL era consciente de la legislación existente en materia de Contratación Pública pues de forma reiterada menciona el artículo 52 de esta ley que permite en todo caso el otorgamiento directo de una concesión. Por lo que afirmar una falta de diligencia por su parte es del todo incoherente.
200. Por tanto, en lo que respecta la existencia de las expectativas legítimas, este Tribunal se acoge a los criterios expuestos en el laudo *Pawlawski c/ República Checa*, en tanto en cuanto el Estado de Aldovia atrajo un inversor extranjero, MEL, haciéndole firmar un MDE, creando así expectativas legítimas.

ii. La frustración de las expectativas legítimas de MEL

201. Por mucho que el Gobierno de Aldovia recalque reiteradas veces que los dos derechos recogidos en el MDE son de igual valor, queremos resaltar que, en la versión portuguesa, que garantizaron era idéntica a la inglesa, no se recogió el derecho a la adjudicación directa. Este hecho causa serias dudas de las intenciones iniciales del propio Estado. Por esta razón, los argumentos planteados por la parte demandante a este respecto no son del todo convincentes.
202. Manifiestan que la licitación es abierta en aras de cumplir con su legislación. Sin embargo, recordemos que la existencia de otros postores radica en la divulgación manifiesta del EDP realizado por MEL en el marco del Memorando. Este hecho implica que la apertura de la licitación no habría sido necesaria, de no ser por la expropiación realizada por el Estado.
203. Este argumento se ve reforzado además, por las constantes idas y venidas del Estado de querer negociar y después negarse a ello con MEL. Si realmente hubiese sido necesaria la apertura de la licitación, el Consejo de Ministros no hubiera convocado a MEL nuevamente tras su apertura.
204. Por ende, este Tribunal reconoce una clara frustración de las expectativas legítimas de MEL.

iii. La vulneración del TJE por las actuaciones arbitrarias de Aldovia

205. La doctrina reconoce que una medida arbitraria es aquella basada en la voluntad del actor más que en la aplicación racional del principio al hecho⁴⁰. Por tanto, este Tribunal posee de discrecionalidad para apreciar la racionalidad existente en cada medida llevada a cabo por el Estado.
206. En este punto del análisis, la credibilidad del Estado ha sido claramente puesta en duda. En el momento en el que APF se niega a continuar con las negociaciones porque MEL no quiere aumentar su participación accionarial de un 20%, se demuestra una clara mala fe.
207. La ley de APP no permite en efecto que se supere este porcentaje, por lo que cuando exige que se rebase está faltando manifiestamente a su propia legislación. Esto es totalmente incoherente con los argumentos que han empleado para afirmar la necesidad de la apertura de una licitación pública. La legalidad parece ser relevante para Aldovia únicamente cuando es beneficiaria.
208. MEL reiteró en diversas ocasiones que no ampliaba el porcentaje por entender que este era el máximo legalmente permitido. No obstante, el Estado ha empleado este argumento para desacreditar el interés real de MEL en el Proyecto. Estas irregularidades entre los distintos organismos de Aldovia son claramente arbitrarios pues la legalidad parecer ser relevante, hasta que favorece al inversor. Estos hechos son contradictorios a los principios asentados en laudos como Tecmed c/ Méjico que determinan que un Estado receptor de una inversión deberá conducirse de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en su relación con el inversor extranjero.
209. En esta línea, querríamos hacer una reflexión acerca de la aplicación del derecho de preferencia. Se ha visto a lo largo de su argumentación que la defensa de Aldovia se fundamenta en haber aplicado el derecho de preferencia de MEL.
210. No obstante, recordemos que MEL obtuvo el tercer puesto en la licitación, con 22,5 puntos de diferencia con ITD, el ganador. Esta separación es considerable teniendo en cuenta que, en teoría, MEL tenía un derecho preferente de 15 puntos y que fue el ingeniero del Proyecto y el más conocedor del terreno y de las infraestructuras necesarias. Por ello, atendiendo a estos hechos, la organización de la puntuación otorgada a cada parte parece prácticamente aleatoria. Se podría haber barajado que MEL perdiera la licitación, pero esta diferencia parece excesiva.
211. Los procesos de licitación pública existen en aras de obtener varias propuestas con el fin de llevar a cabo una selección objetiva. Sin embargo, en este caso Aldovia

⁴⁰ Ver BLACK'S LAW DICTIONARY 119 (9ª edición, 2009)

otorgo la concesión a ITD que, recordemos, aportó una propuesta más onerosa para el Estado. Acogiéndonos al criterio incluido en el laudo *Fleming DutyFree c/ Polonia*⁴¹, MEL ejerció una medida arbitraria por no haber llevado una selección objetiva basada en criterios técnicos y económicos.

212. En línea con el criterio de selección objetiva, supone, además, la necesidad de justificar la elección que el Estado pueda realizar⁴². Sin embargo, en este caso, MEL nunca conoció el método de cálculo empleado, únicamente el resultado desglosado final, incurriendo de nuevo en medidas claramente arbitrarias.

213. En conclusión, este Tribunal constata una arbitrariedad manifiesta en las distintas actuaciones del Estado.

XI. CONCLUSIÓN DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

214. Gracias al análisis previo, este Tribunal afirma que el Estado de Aldovia ha vulnerado artículo 8.12 en materia de expropiación al haber divulgado el EDP confeccionado por MEL.

215. Del mismo modo, constatamos una vulneración del artículo 8.10.4 correspondiente al estándar de trato justo y equitativo, por apreciar una frustración de las expectativas legítimas de MEL, así como arbitrariedad manifiesta.

216. No obstante, como se ha anunciado *supra*, este Tribunal no concede la indemnización solicitada por MEL por no tener la competencia legítima dada la falta de consentimiento de las partes y la falta de inversión protegida.

En Washington D.C., a 18 de diciembre de 2024

⁴¹ *Fleming DutyFree Shop Private Limited c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo, 16 de agosto de 2016 (¶161)

⁴² *Neustar Inc. c. República de Colombia*, CIADI, Caso No ARB/20/7, Laudo, 25 de febrero de 2022 (¶ 150 y 163)