



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary,  
University of London

# International Arbitration Case Law

Directores Académicos: Ignacio Torterola &  
Loukas Mistelis\*

JOSEPH CHARLES LEMIRE

V.

UKRAINE

(CASO ICSID NO. ARB/06/18),

DECISIÓN S. JURISDICCIÓN Y RESPONSABILIDAD

Autor: Alejandro Turyn\*\*

Editado por Claudia Frutos-Peterson\*\*\*

En una decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad dictada el 14 de enero de 2010, el Tribunal rechazó las objeciones a la jurisdicción y competencia del Tribunal presentadas por la Demandada y decidió que Ucrania había incumplido el estándar de trato justo y equitativo establecido en el Artículo II.3 del TBI firmado entre Ucrania y EE.UU. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal sostuvo que la Demandada actuó de una forma discriminatoria y arbitraria al distorsionar la competencia leal entre los aspirantes a las licencias de frecuencias de radio, supuestamente, beneficiando candidatos con conexiones políticas y facilitando el otorgamiento secreto de licencias. El Tribunal decidió diferir la cuestión de reparación – incluyendo cuestiones sobre *quantum* – para una etapa posterior.

<b>Tribunal:</b>	Profesor Juan Fernández-Armesto (Presidente), Jan Paulsson y Dr. Jürgen Voss.
<b>Demandante:</b>	Dr. Hamid G. Gharavi, Julien Fouret y Nada Sader de Derains & Gharavi (Paris, Francia).
<b>Demandada:</b>	John S. Willems, Michael A. Polkinghorne y Olga Mouraviova de White & Case LLP (Paris, Francia); Sergii Svyryba, Marta Khomyak y Olha Yaniutina, Magisters (Kiev, Ucrania).

\* Los Directores pueden ser contactados por email a [ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com](mailto:ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com) y [loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com](mailto:loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com)

\*\* Alejandro Turyn es un Abogado Senior de la Procuración del Tesoro de la Nación, Argentina.

\*\*\* Claudia Frutos-Peterson es una ex-Asesora jurídica del CIADI y actualmente es Asesora jurídica externa en Arbitraje en Curtis Mallet.

## ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1.	Hechos del Caso.....	3
2.	Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión.....	4
	(a) Jurisdicción en general (¶¶ 45-46).....	4
	(b) Jurisdicción <i>ratione materiae</i> – transferencia de fondos desde el extranjero (¶¶ 56-59) – “surjan directamente de una inversión” (¶¶ 92-98).....	4
	(c) Jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> (¶¶ 75-83).....	5
	(d) Los Principios UNIDROIT (¶¶ 108-111) .....	5
	(e) La interpretación de las obligaciones en el Acuerdo (¶¶ 114-208).....	6
	(f) Trato justo y equitativo (¶¶ 240-285).....	6
	(g) Discriminación (¶ 261) .....	8
	(h) Arbitrariedad (¶¶ 262-263).....	8
	(i) Expectativas legítimas (¶¶ 266-268).....	9
	(j) Recursos Domésticos (¶¶ 274-283).....	9
	(k) Análisis de las reclamaciones de violación del TJE (¶¶ 287-421) .....	9
	(l) Daños morales en los arbitrajes de inversión (¶¶ 449-453, 475-479, 486) .....	10
	(m) La "cláusula paraguas" (¶ 498).....	11
	(n) Requisitos de desempeño (¶¶ 505-506, 510-511).....	11
3.	Decisión .....	11

## *Resumen del Caso*

### **1. Hechos del Caso**

Joseph Charles Lemire, ciudadano de los Estados Unidos, indirectamente era dueño y tenía control de "Radiocompany Gala" ("Gala"), una estación de radio con licencia para transmitir su señal en Ucrania a través de varias frecuencias.

El 14 de noviembre de 1997, el Sr. Lemire (el "Demandante") presentó al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o el "Centro") una primera solicitud de arbitraje (el "Primer Arbitraje") contra Ucrania, solicitud que se refería a las mismas inversiones de las que trata el presente arbitraje. El Primer Arbitraje concluyó con un Acuerdo negociado (el "Acuerdo") que fue formalizado por el tribunal en la forma de un laudo el 18 de septiembre de 2000 (el "Laudo de 2000") (Véase Caso CIADI No. ARB (AF)98/1). El Acuerdo preveía que las disputas que surgieran de o en conexión al mismo, serían sometidas a arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (la "Cláusula Arbitral").

De conformidad con el Acuerdo, se le entregaron a Gala varias licencias de transmisión radial. Sin embargo, después de concluido el Primer Arbitraje, la compañía participó en más de 200 licitaciones de licencias de transmisión adicionales, todas las cuales – excepto una – fueron otorgadas a sus competidores.

El 11 de septiembre de 2006, el Sr. Lemire presentó una segunda solicitud de arbitraje (el "Segundo Arbitraje") contra Ucrania. La solicitud, que fue complementada por el Demandante el 14 de noviembre de 2006, fue registrada por el Centro el 8 de diciembre de ese mismo año.

En el Segundo Arbitraje el Demandante alegó el incumplimiento del Acuerdo (i.e. el Laudo de 2000) y violaciones del TBI Ucrania-EE.UU. Específicamente, el Demandante arguyó que Ucrania no había cumplido con sus obligaciones bajo el Acuerdo, y que (1) no había otorgado un trato justo y equitativo en el otorgamiento de las licencias, (2) había hostigado al Sr. Lemire, (3) había quebrantado la "cláusula paraguas" del tratado, y (4) había violado la prohibición de imposición de requisitos de compra.

El Tribunal se constituyó el 14 de junio de 2007. El 26 de marzo de 2008, el Tribunal notificó a las partes que había decidido unir la cuestión de la jurisdicción a la del fondo.

La Demandada impugnó los alegatos relativos a la violación del TBI y del Acuerdo, a la vez que planteó una serie de objeciones jurisdiccionales: (1) que el Centro carecía de competencia para conocer de las acciones derivadas del Acuerdo, (2) que no existía un reclamo relativo a una inversión respecto de las

ofertas presentadas para las frecuencias radiales adicionales, (3) que el capital invertido por el Demandante no provino del exterior, y (4) que el Demandante no había planteado *prima facie* un caso de expropiación.

## 2. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión

### (a) Jurisdicción en general (¶¶ 45-46)

Para que el Tribunal tenga competencia y el Centro tenga jurisdicción con respecto a las reclamaciones presentadas por el Demandante, deben cumplirse cuatro condiciones, de las cuales tres se derivan del artículo 25 del Convenio CIADI y la cuarta del principio general de irretroactividad del derecho:

- En primer lugar, una condición *ratione personae*: la controversia debe oponer a un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante;
- En segundo lugar, una condición *ratione materiae*: la controversia debe ser una controversia jurídica que surja directamente de una inversión;
- En tercer lugar, una condición *ratione voluntatis*: el Estado Contratante y el inversionista deben dar su consentimiento por escrito de que la controversia sea resuelta mediante arbitraje CIADI;
- En cuarto lugar, una condición *ratione temporis*: el Convenio CIADI debe estar en vigor para las partes al momento de los hechos. (¶ 45)

Los requisitos jurisdiccionales del Artículo 25 del Convenio del CIADI deben ser leídos en conjunto con los del TBI. (¶ 46)

### (b) Jurisdicción *ratione materiae* – transferencia de fondos desde el extranjero (¶¶ 56-59) – “surjan directamente de una inversión” (¶¶ 92-98)

La Demandada objetó la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal alegando que el Sr. Lemire no había invertido en Ucrania debido a que, entre otras razones, no había probado que los fondos que invirtió en el país provinieron del extranjero. El Tribunal determinó que ni el TBI ni el Convenio del CIADI contenía un requisito de origen del capital, y que dicho requisito no podía inferirse del propósito de dichos instrumentos (¶ 56). Es más, la disposición del TBI sobre reinversión de ganancias sugiere exactamente lo contrario: que los fondos invertidos no necesariamente tienen que provenir del exterior. (¶ 57)

La Demandada también argumentó que la disputa relacionada a la adjudicación de las nuevas frecuencias – aunque debatiblemente dentro del ámbito del TBI – no surgía directamente de una inversión, y por tanto, no cumplía con los requisitos del Artículo 25 (1) del Convenio. Para determinar si el caso presentado por la Demandante surgía “directamente de una inversión”, el Tribunal distinguió el escenario en que un inversionista intenta entrar a un mercado por primera vez, de aquel en que el inversionista hace inversiones adicionales luego de la inversión de capital inicial. A pesar de que el asunto de si las actividades previas a la inversión merecen la protección del tratado es debatible (¶ 89) está claro que en este caso el

Sr. Lemire ya había invertido en Gala y sus aplicaciones de licencias adicionales eran simplemente la implementación de un plan de negocios relacionado con dicha inversión. (¶¶ 92-98)

(c) *Jurisdicción racione voluntatis* (¶¶ 75-83)

La Demandante inició el procedimiento arbitral sobre la base de la Cláusula Arbitral en el Acuerdo (Laudo de 2000) y el TBI Ucrania-EE.UU. Por consiguiente, el Tribunal analizó el requisito *racione voluntatis* de la jurisdicción de acuerdo a cada uno de los instrumentos invocados. (¶ 60)

La Cláusula Arbitral preveía el arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Sin embargo, dicho Reglamento fue derogado por las Reglas del CIADI como resultado de la ratificación de Ucrania del Convenio CIADI. El Tribunal declaró que las cláusulas de arbitraje imprecisas son frecuentes en el arbitraje comercial y que los árbitros deben interpretarlas con el fin de restaurar la verdadera intención de las partes, la cual puede verse potencialmente distorsionada por su ignorancia acerca de la mecánica del arbitraje, errores en la designación de la institución o reglas correctas, o, como aquí, por una evolución jurídica sobreviniente. Para el Tribunal, la verdadera intención de las partes en este caso era muy clara: la Cláusula Arbitral estipulaba que cualquiera de las partes podría someter al CIADI su solicitud para la solución de la controversia. Por lo tanto, para el Tribunal, el propio tenor de la Cláusula Arbitral evidenciaba el deseo de las partes de que las controversias derivadas del Acuerdo se resolviesen mediante un arbitraje administrado por el CIADI, y no a través de otros mecanismos de solución de controversias, ni por tribunales nacionales. (¶¶ 75-81)

El Tribunal encontró que en la Cláusula Arbitral, las partes correctamente se refirieron a las reglas que eran aplicables al momento en que el Acuerdo fue ejecutado – i.e. el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Sin embargo, cuando el Acuerdo fue reproducido como un Laudo un par de meses más tarde, las partes no tuvieron en cuenta que Ucrania había ratificado el Convenio CIADI, y que las normas de arbitraje aplicables para ese momento eran las Reglas de Arbitraje del CIADI y no el Reglamento del Mecanismo Complementario. Para el Tribunal, la ambigüedad de las partes al formalizar el Acuerdo en forma de Laudo era puramente técnica y auxiliar, y no podía distorsionar su verdadera intención: que cualquier disputa que surgiese en conexión con el Acuerdo se resolvería mediante un arbitraje administrado por el CIADI y regido por las normas adecuadas autorizadas por el Centro (i.e. antes de la ratificación de Ucrania del Convenio CIADI, por el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; a partir de ese momento, por las Reglas de Arbitraje del CIADI). (¶¶ 82-83)

(d) *Los Principios UNIDROIT* (¶¶ 108-111)

El tribunal discutió los principios UNIDROIT en el contexto del análisis de la ley aplicable al Acuerdo. La cláusula de ley aplicable del Acuerdo establecía que ésta sería determinada de conformidad con el Artículo 54 del Reglamento del Mecanismo Complementario. El Tribunal determinó que, al incorporar partes sustanciales de los principios UNIDROIT en el Acuerdo, las partes en realidad habían efectuado una elección negativa de cualquier sistema legal nacional. Por consiguiente, el Tribunal decidió que era apropiado someter el Acuerdo a las normas de derecho internacional, prestando particular atención a los principios UNIDROIT. (¶¶ 110-111)

(e) *La interpretación de las obligaciones en el Acuerdo* (¶¶ 114-208)

Antes de analizar si la Demandada había incumplido sus obligaciones bajo el Acuerdo, el Tribunal interpretó el significado y alcance de dichas obligaciones a la luz de los principios UNIDROIT. El Tribunal determinó que el texto del Acuerdo era la única fuente de obligaciones, y que, a menos que las expectativas generadas en el Demandante durante el proceso de negociación se encontraran reflejadas en el texto, éstas no generaban obligaciones contractuales. (¶ 115) El Tribunal analizó cada uno de los supuestos incumplimientos del Acuerdo y determinó que la Demandada no había violado ninguna de sus obligaciones contractuales. (¶¶ 117-208)

(f) *Trato justo y equitativo* (¶¶ 240-285)

El Demandante alegaba que la Demandada había violado el TBI Ucrania-EE.UU. al no otorgar trato justo y equitativo (“TJE”) a su inversión. En particular, el Demandante se quejaba del rechazo sucesivo por parte de las autoridades de las más de 200 aplicaciones de licencias adicionales de radiodifusión presentadas por Gala.

El Tribunal comenzó por definir el estándar de TJE en el TBI. Rastreó los orígenes de la disposición TJE al TBI Modelo de EE.UU. de 1994, de donde se tomó el texto casi literalmente, salvo por la adición de la frase que se refiere a la revisión judicial. (¶¶ 243-246)

El Tribunal observó que la relación entre el estándar TJE y el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario (“nivel mínimo de trato”) ha sido un tema de mucho debate. La misma definición del nivel mínimo del trato está llena de dificultades. (¶¶ 247-248)

El Tribunal notó que en el contexto del TLCAN, una nota interpretativa de fecha 31 de julio de 2001 se ocupó del asunto. La nota interpretativa del TLCAN estableció el nivel mínimo de trato como techo del TJE. Esta misma proposición fue luego adoptada en el TBI Modelo de EE.UU de 2004. (¶¶ 250-251) No obstante, el Tribunal determinó que esta interpretación no era aplicable al TBI Ucrania-

EE.UU. En la opinión del Tribunal, el texto del TBI claramente mostraba que los EE.UU. y Ucrania habían acordado que el nivel mínimo de trato operaría como piso – no como techo – del TJE. Así, las inversiones protegidas por el TBI deberían, en cualquier caso, recibir el nivel de protección ofrecido bajo el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, este nivel de protección podría sobrepasarse si el estándar TJE le otorga al inversionista un conjunto de derechos superior. Finalmente, el Tribunal encontró que las acciones y omisiones de un estado receptor pueden calificarse como injustas e inequitativas incluso si no llegan a considerarse como un atropello, una negligencia intencional de deber, una insuficiencia flagrante en el accionar del Estado, o mala fe subjetiva. (¶¶ 252-254)

El Tribunal continuó luego con el análisis del significado específico de la disposición sobre TJE en el TBI (el Artículo II.3). Una indagación del sentido corriente de la expresión "trato justo y equitativo" no aclaró el significado del concepto. Debido a que se trata de un término técnico, cualquier esfuerzo por descifrar el significado ordinario de las palabras sólo conduce a términos análogos de igual vaguedad. (¶ 258)

Una lectura literal del artículo II.3 del TBI fue más útil. Según las palabras utilizadas, Ucrania asumió una obligación positiva y otra negativa: la positiva fue otorgar TJE a las inversiones extranjeras protegidas, y la negativa fue abstenerse de tomar medidas arbitrarias o discriminatorias que afectasen dichas inversiones. Mientras que cualquier medida arbitraria o discriminatoria, por definición, no puede considerarse justa y equitativa, lo contrario no es cierto. Una acción u omisión de un Estado puede no corresponder con la justicia y la equidad sin que sea considerada discriminatoria o arbitraria. Más aun, el Tribunal explicó que para violar el TJE es suficiente que una medida sea o discriminatoria o arbitraria. (¶¶ 259-260)

Seguidamente, el Tribunal analizó el significado del Artículo II.3 en el contexto del TBI. En el preámbulo del TBI, las Partes contratantes establecieron "que el trato justo y equitativo de la inversión es deseable para mantener un marco estable para la inversión...". Para el Tribunal, de esto se desprendía que el estándar TJE está estrechamente ligado con la noción de expectativas legítimas. Las acciones y omisiones de Ucrania son contrarias al estándar TJE si frustran las expectativas legítimas y razonables del inversionista al momento de realizar la inversión. (¶ 264)

Finalmente, el Tribunal consideró el objeto y propósito del TBI. De acuerdo con el Tribunal, el objeto y propósito del TBI era estimular la inversión extranjera y el influjo correspondiente de capital. (¶ 272) Sin embargo, para el Tribunal, este propósito no se buscó de forma abstracta, sino que se insertó en un contexto más amplio: el desarrollo económico de ambos países contratantes. El desarrollo económico es un objetivo que debe beneficiar a todos. Primordialmente a los ciudadanos y empresas nacionales, y de forma secundariamente a los inversionistas. Así, para el Tribunal, el objeto y propósito del TBI no era sólo

proteger la inversión extranjera *per se*, sino promover el desarrollo de la economía doméstica, lo que a su vez, requiere que el trato preferencial a los extranjeros sea balanceado con el derecho legítimo de un Estado receptor de dictar leyes y adoptar medidas de protección de aquello que, como soberano, percibe como en el mejor interés público. (§ 273)

En suma, el Tribunal definió TJE como un estándar autónomo bajo un tratado. Para que exista un quebrantamiento del TJE se requiere que las acciones y omisiones del Estado violen un cierto umbral de decoro. Dicho umbral debe definirse por cada tribunal con base en el TBI aplicable, y el análisis de la supuesta violación debe considerar si el Estado ha fallado en ofrecer un marco legal estable y predecible, si se le ha negado el debido proceso al inversionista, si ha habido acoso, coerción o abuso de poder y mala fe, si las acciones del Estado pueden considerarse arbitrarias o discriminatorias, entre otros factores. Sin embargo, un tribunal debe también considerar factores contrapuestos, tales como el derecho soberano del Estado de dictar legislación y adoptar medidas para la protección de sus intereses públicos, y la conducta del inversionista en el Estado receptor. (§§ 284-285)

(g) *Discriminación* (§ 261)

El tribunal determinó que, para que exista discriminación, un caso debe tratarse de forma diferente a casos similares sin justificación alguna. (§§ 261)

(h) *Arbitrariedad* (§§ 262-263)

El Tribunal observó que la arbitrariedad ha sido descrita como aquello "fundado en prejuicios o preferencias en lugar de en la razón o los hechos", "... contrario a la ley, porque ... choca o por lo menos sorprende al sentido del decoro jurídico", "desconocimiento del debido proceso legal; un acto que choca o por lo menos sorprende al sentido del decoro judicial ", o como una conducta que "viola manifiestamente los requisitos de la coherencia, la transparencia, la imparcialidad y la no discriminación ". Asimismo, el profesor Schreuer definió (y el Tribunal de *EDF v. Rumania* aceptó su definición) como "arbitraria":

- "a. una medida que perjudica al inversionista sin servir a ningún propósito legítimo aparente;
- b. una medida que no se basa en normas legales, sino en la discrecionalidad, los prejuicios o las preferencias personales;
- c. una medida adoptada por razones que son diferentes a las presentadas por el tomador de decisión;
- d. una medida adoptada violando deliberadamente el debido proceso y el procedimiento". (§ 262)

Finalmente, el Tribunal explicó que la arbitrariedad es, en esencia, cuando el prejuicio, la preferencia o la parcialidad sustituyen al imperio de la ley. (§ 263)



(i) *Expectativas legítimas* (¶¶ 266-268)

El Tribunal sucintamente consideró los antecedentes históricos de la industria radial en Ucrania y analizó el momento en el cual el Sr. Lemire hizo su inversión. El Tribunal concluyó que, en un nivel general, el Demandante podía haber esperado que el sistema regulatorio de la industria de la radiodifusión fuese coherente, transparente, justo, razonable y que se hiciera cumplir sin arbitrariedad o discriminación. Aunque observó que Ucrania y los EE.UU. se habían reservado el derecho de adoptar o mantener excepciones limitativas del trato nacional en el sector radial, concluyó que el Sr. Lemire en este caso tenía derecho a esperar que, una vez que se le había otorgado la autorización administrativa necesaria para invertir en el sector radial de Ucrania, habría igualdad de condiciones, y que las medidas administrativas no serían injustas, arbitrarias o discriminatorias.

Por otra parte, el Tribunal declaró que el Sr. Lemire tenía sin duda una expectativa legítima de que a Gala, que en ese momento era sólo una estación local en Kiev, se le permitiría ampliar sus actividades en paralelo con el crecimiento de la industria radial privada en Ucrania. (¶¶ 266-268)

(j) *Recursos Domésticos* (¶¶ 274-283)

La Demandada arguyó que el Demandante no podía perseguir sus reclamaciones ante un tribunal arbitral internacional porque no había utilizado ningún recurso local para cuestionar las decisiones de adjudicación de las licencias. El Tribunal rechazó esta objeción al encontrar que el TBI no incluía ningún requisito de iniciación o agotamiento de recursos locales antes de iniciar un arbitraje de inversiones. El Tribunal distinguió este caso de los hechos en *Generation Ukraine v. Ucrania* – caso en que la Demandada se apoyaba. El Tribunal explicó que el test propuesto en el caso *Generation Ukraine* estaba basado en la sensatez. Sólo se requiere que un demandante haga un esfuerzo razonable para conseguir que se corrija una decisión errada. El Tribunal determinó que, en las circunstancias del presente caso, no hubiese sido razonable requerir que el Demandante demandara las decisiones de adjudicación de las frecuencias en las cortes ucranianas.

(k) *Análisis de las reclamaciones de violación del TJE* (¶¶ 287-421)

El Tribunal explicó que su competencia se limita a juzgar si la Demandada ha actuado de una manera que afecta al Demandante en violación del TJE consagrado en el TBI. En ejercicio de dicha competencia, el Tribunal analizó el marco jurídico general en que tuvo lugar el comportamiento en cuestión. (¶ 315)

El Tribunal encontró que el proceso administrativo para la adjudicación de licencias tenía varias falencias: los votos de los miembros del Consejo Nacional no eran públicos, sus decisiones no eran motivadas y no había criterios claros para evaluar las ofertas. Estas falencias no permitían el escrutinio público y la revisión

judicial, comprometían la transparencia del proceso y facilitaban la arbitrariedad en el proceso de decisión. Aunque ninguna de estas características por sí misma estigmatizó el proceso de licitación como arbitrario, había un riesgo de que las deficiencias habían terminado reforzándose mutuamente. (¶ 316)

En el nivel macro, el Tribunal observó que durante 6 años, Gala había presentado más de 200 aplicaciones para todo tipo de frecuencias y solamente había conseguido una. Aunque estas estadísticas no probaban de forma concluyente que la Demandada había violado el TJE en la adjudicación de las licencias de radio, en combinación con otros factores – tales como el desempeño de los competidores de Gala y las falencias del proceso licitatorio – sugerían que al menos algunas de las decisiones del Consejo Nacional al adjudicar las frecuencias habían sido arbitrarias y/o discriminatorias. (¶ 420)

Seguidamente el Tribunal analizó cinco licitaciones de frecuencias radiales, así como la práctica de adjudicación de licencias entre 1999 y 2000 (período durante el cual no estuvo en funcionamiento el Consejo Nacional) para determinar si la Demandada había violado el TJE. El Tribunal concluyó que en tres de las licitaciones analizadas, la Demandada había violado el TJE. En un caso, el Presidente de Ucrania había intervenido a favor de dos competidores impidiendo que el Consejo Nacional tomase una decisión imparcial y en violación del test de “arbitrariedad” articulado en *Saluka v. República Checa*. (¶ 356) En el segundo caso, el Consejo había negado la oferta de Gala sólo para luego adjudicar la frecuencia a otra estación que presumiblemente era de propiedad de individuos con conexiones políticas. (¶¶ 368-369) En el tercer caso, los requisitos de la licitación fueron flagrantemente ignorados y la licencia fue adjudicada a uno de los competidores de Gala, el cual no cumplía con los requisitos necesarios. Aunque no toda violación del derecho interno necesariamente se traduce en una medida arbitraria o discriminatoria bajo el derecho internacional y en una violación del estándar de TJE, en opinión del Tribunal, la violación flagrante de las normas aplicables a la licitación correspondiente, al afectar la competencia leal entre los participantes en el proceso de licitación, sí lo hace. (¶ 385)

Finalmente, el Tribunal encontró que el procedimiento para la adjudicación de licencias durante el interregno del Consejo también constituyó una violación del TBI porque facilitó la adjudicación secreta de licencias, sin transparencia o posibilidad de revisión judicial, y con total desprecio del proceso legal. (¶ 418)

(1) *Daños morales en los arbitrajes de inversión* (¶¶ 449-453, 475-479, 486)

En Tribunal explicó que en la mayoría de los sistemas jurídicos, se pueden recuperar daños y perjuicios no sólo por daño emergente y lucro cesante, sino también por daño moral. El Tribunal compartió las conclusiones alcanzadas en el caso *Desert Line Projects v. Yemen* que estableció: "Incluso si los tratados de inversión tienen como primer objetivo la protección de la propiedad y los valores económicos, ello no excluye, por tanto, que una de las partes pueda, en

circunstancias excepcionales, pedir indemnización por daño moral". Sin embargo, el Tribunal consideró que las circunstancias en el caso *Desert Line Projects* eran excepcionales dado que el demandante en ese caso había sido objeto de acoso físico. Por el contrario, en este caso, el Demandante no había efectuado ninguna denuncia de acoso físico. La cuestión de si las circunstancias de este caso constituyeron "circunstancias excepcionales" y ameritaban el otorgamiento de daños morales fue diferida para ser decidida en una fase posterior del procedimiento. (¶ 486)

(m) *La "cláusula paraguas" (¶ 498)*

El Tribunal estuvo de acuerdo con el Demandante en que la cláusula paraguas llevó el Acuerdo al ámbito del TBI, de manera que cualquier violación contractual se convirtió *ipso iure* en una violación del TBI. Sin embargo, esto no tuvo ningún impacto en el significado o alcance del Acuerdo. Por consiguiente, ya que el Tribunal llegó a la conclusión de que la Demandada no había incumplido el Acuerdo, entonces concluyó también que no se había violado el TBI sobre la base de la cláusula paraguas. (¶ 498)

(n) *Requisitos de desempeño (¶¶ 505-506, 510-511)*

El Demandante también argumentó que el requisito de 50% música local impuesto por la ley Ucraniana violaba la prohibición en el TBI de que el Estado receptor imponga requisitos de desempeño. El Tribunal rechazó la reclamación del Demandante decidiendo que como Estado soberano, Ucrania tiene el derecho intrínseco a regular sus asuntos y adoptar leyes con el fin de proteger el bien común de su pueblo. Esta prerrogativa incluye la promulgación de normas que definen la propia política cultural del Estado. La promoción de la música nacional válidamente puede reflejar una política de Estado para preservar y fortalecer la herencia cultural y la identidad nacional. Dado que otros países también protegen su cultura nacional imponiendo requisitos mínimos de radiodifusión, y considerando que la regla de 50% música ucraniana se aplicaba a todas las cadenas radiales, el Tribunal encontró que esta medida era compatible con el estándar de TJE. (¶¶ 505-506) De igual forma, el Tribunal no encontró una violación de la prohibición de imponer requisitos de desempeño. De acuerdo con el Tribunal, el propósito de esta obligación es de índole comercial: prevenir que los Estados impongan requisitos de contenido local como medida de protección de la industria local en contra de las importaciones. Por el contrario, la regla de 50% música ucraniana tenía como objetivo promover la herencia cultural de Ucrania, y por consiguiente, no se encontró que violara el artículo II. 6 del TBI. que prohíbe "requisitos de desempeño... que especifiquen que los bienes o servicios se adquieran localmente". (¶¶ 510-511)

### 3. *Decisión*

El Tribunal desestimó las objeciones de la Demandada a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal y encontró que Ucrania no había violado las obligaciones asumidas en el Acuerdo. Sin embargo, el Tribunal declaró que la Demandada, había violado el estándar de TJE del TBI. Todas las demás reclamaciones en cuanto al fondo del asunto fueron rechazadas. (¶ 513)

El asunto de la reparación del daño, incluyendo la determinación del monto, fue diferido para una etapa posterior del procedimiento para la cual el Tribunal retuvo su jurisdicción. (¶ 514)