

CASO

GEM Corp. c. la República Federal de Occidente

1. La noche de año nuevo de 1948 vio nacer un bebé de ojos color azabache y ovalados, rollizo hasta en los labios y pelón como su padre. A Gertrudis Paratzzi ni el cansancio de las 17 horas que duró el parto, le aplacaba la alegría de tener en sus brazos al pequeño Manzini, a sus besos de primeriza siguieron sus susurros amorosos en la rojiza y sedosa oreja del pequeño, que repetían como si fuera el más energético de todos los mantras: "Máximo querido, el mundo un día sabrá de ti". Las palabras amorosas de la madre 45 años después se hicieron realidad.
2. Simultáneamente con el último campanazo proveniente del Campanario Central que marcaba la media noche, el 31 de diciembre de 1948 en la Provincia de Bato, dio su primer respiro de vida Máximo Manzini. Al momento del nacimiento de Máximo, Bato era un territorio perteneciente a la República del Pacífico (en adelante, "RP"). Ni el deceso de Bāpu en Delhi, ni el destello atómico de Yoke en el atolón de Enewetak, ni aún siquiera la independencia firmada en el número 16 del bulevar Rotchschild en Tel Aviv habrían salvado a 1948 del olvido, si no hubiera sido porque al sonar de los últimos campanazos del 31 de diciembre, el Primer Ministro, Augusto Locorotrenco, firmaba el Decreto Presidencial por el que cedía unilateralmente la Provincia de Bato a Butanolandia y con ello, ponía fin a conflictos centenarios por el territorio de Bato entre la República del Pacífico y Butanolandia.
3. Un hecho histórico sin duda alguna. Durante los siglos XVIII y XIX, Bato había hecho parte de lo que en 1907 se consolidó como la RP. Su población y costumbres estaban atadas en parte a las de la RP y en parte a las de Butanolandia. La lengua Pacifizche, era enseñada oficialmente en todos los colegios de Bato, pero gran parte de su población hablaba Butanolandes como lengua nativa. La consolidación de las fronteras territoriales entre los dos Estados nunca fue pacífica. Una parte de la población de Bato reclamaba su pertenencia a Butanolandia, mientras que la otra hacía suya la nacionalidad de la RP.
4. A cambio de la cesión unilateral, los dos Estados suscribieron un Tratado de Amistad, Comercio y Cooperación en 1948, por el cual afirmaron el respeto de sus fronteras, de los derechos y libertades de sus ciudadanos, y fijaron compromisos bilaterales en relación con las empresas extranjeras, la facilitación del comercio, y en especial, con respecto al transporte de hidrocarburos por el territorio de la Provincia de Bato.¹ Butanolandia por su parte emitió la Reforma Constitucional de 1949, en la que se

¹ Tratado de Amistad, Comercio y Cooperación entre la República del Pacífico y la República de Butanolandia, firmado en Mérida el 31 de diciembre de 1948.

consignó la incorporación de la Provincia de Bato como parte del territorio butanolandes y reguló la nacionalidad de los habitantes de la Provincia de Bato (artículo 122²).

5. En 1958 ni doña Gertrudis ni el Sr. Manzini (padre) salieron con vida de un accidente, que dejó a Máximo como heredero único de una vieja isba ubicada en la RP y algunos acres de su padre ubicados en los valles del norte de la República del Pacífico. Máximo se enteraría luego que esos valles no sólo sepultaban los cuerpos de sus padres fallecidos, sino una de las reservas más grandes de gas natural del mundo.
6. Unos años después nació *Gas y Energía para el Mundo Corporation* (en adelante, "GEM Corp."), una empresa incorporada desde 1973 en la Avenida El Paso, 107865, Mérida, RP. Sus acciones en su totalidad eran de Máximo Manzini y así permaneció siempre. En 1993 Máximo Manzini se había proyectado internacionalmente con la construcción del primer gasoducto que abastecería la demanda europea de gas, que se llamó el Gasoducto del Sur (en adelante, "GdS").
7. La línea de GdS salía desde los pozos de gas ubicados en el norte de la RP y pasaba por la región de Bato en Butanolandia para llegar a la República Federal de Occidente (en adelante, "RFO"), un país altamente dependiente del gas para la generación de energía eléctrica. Finalmente, la línea GdS se conectaba a toda la red de gasoductos que abastecían la demanda europea. El GdS era definitivamente uno de los ductos más importantes y vitales para la seguridad energética de toda Europa, lo que junto con otros activos estratégicos adquiridos por el ingenio del predestinado Máximo Manzini convirtió a GEM Corp. en una de las 3 empresas más grandes en el sector gasífero del mundo.
8. En 1994, luego de la caída de la Unión Soviética, algunos Estados de Europa Occidental y Oriental crearon una comunidad energética que pudiera contribuir a la recuperación económica de los países que realizaban una transición a economías de mercado y que asegurara reglas claras y confiables para la inversión extranjera en el sector energético. En este contexto, el 17 de diciembre de 1994 dichos Estados firmaron el Tratado de la Carta de la Energía ("TCE") en Lisboa. Butanolandia, la RP, y la RFO firmaron el TCE en la misma fecha.
9. En el año 2005 se realizaron elecciones en la RFO y el Sr. Oliver Atomic, un candidato impulsado por una alianza entre el Partido Conservador de la RFO y el partido político

² Artículo 122. También serán nacionales de Butanolandia:

1. Los nacidos en la Provincia de Bato desde la fecha de la cesión unilateral, siempre que, o alguno de sus padres haya sido natural o nacional de Butanolandia, o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República de Butanolandia en el momento del nacimiento, y;
2. Los hijos de padre o madre butanolandeses que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio butanolandes o registraren en una oficina consular de la República de Butanolandia."

de *Los Verdes* llegó al poder con la consigna: "Por una Federación Integrada". El gobierno de Oliver Atomic persiguió 1 objetivo principal: pretendía que al final de su mandato la RFO fuera un miembro más de la Unión Europea.

Gasoducto de Occidente S.p.A.: una idea para solucionar dos problemas

10. En su momento, el GdS había sido todo un éxito, y había posicionado a GEM Corp. en el escenario internacional como un gran competidor y como el principal proveedor de gas a la RFO. Sin embargo, el GdS tenía 2 crecientes problemas: (i) su paso obligado por Butanolandia y (ii) su capacidad instalada.
11. El paso obligado del GdS por Butanolandia condicionaba la seguridad energética de la RFO debido a que Butanolandia recurrentemente tenía deudas pendientes con GEM Corp. por suministros de gas no pagados, lo que terminaba con GEM Corp. suspendiendo temporalmente el suministro de gas destinado a consumo interno en Butanolandia y en respuesta a dicha medida, Butanolandia suspendía el bombeo de gas que pasaba por su territorio con destino a la RFO y otros países europeos.
12. Por otro lado, la capacidad instalada del GdS se había quedado corta: mientras GEM Corp. transportaba un máximo de 16,000 millones de metros cúbicos de gas al año por medio del GdS hacia RFO, la demanda de gas de RFO estaba en 85,000 millones de metros cúbicos de gas al año. Aunque la producción total anual de gas de GEM Corp., alcanzaba ampliamente para cubrir la demanda de gas de RFO, pues era una producción anual de más de 350,000 millones de metros cúbicos de gas, el GdS era un cuello de botella que obligaba a GEM Corp. a asumir mayores costos por el transporte del gas a través de otros gasoductos, así como mayores costos por almacenamiento de gas en depósitos subterráneos.
13. Estas dos situaciones planteaban una oportunidad de oro para GEM Corp., por lo que el 3 de marzo de 2007 el casi ya sexagenario Manzini se reunió con los ingenieros y el gerente general de GEM Corp. para formular la construcción del *Proyecto de Inversión Gasoducto de Occidente* (en adelante "GdO"), un gasoducto submarino que conectaría a RFO con los pozos de gas de GEM Corp. a través del Mar de la Discordia, y que terminaría uniéndose a la red de gasoductos de Europa Central. La inversión que exigía GdO estaba evaluada en US \$ 13.000 millones. En consecuencia, GEM Corp. necesitaba financiamiento, para lo cual la empresa primero debía: (i) asegurarse de una tendencia creciente y sostenida en la demanda de gas por parte de RFO y (ii) debía asegurar cantidades diarias de suministro para que el Proyecto generara el flujo de caja necesario para su viabilidad económica y operativa.
14. Y, según los expertos contratados por GEM Corp. para evaluar cómo se comportaría la demanda de gas de RFO entre 2007 y 2030, se estimaba un crecimiento constante

y en el peor caso, una estabilidad en el largo plazo, suficientes para que GdO fuera rentable.

15. El 10 de junio de 2007, GEM Corp. se reunió con los Ministros de Infraestructura y Transporte, y con el Ministro de Energía de RFO con el fin de socializar el proyecto GdO con el gobierno a efectos de iniciar una negociación sobre la compra del gas. Al término de la mesa de socialización del proyecto, el Ministro de Energía manifestó: *"GEM Corp. es un actor muy importante para el mercado energético de RFO, y la construcción de este gasoducto es un proyecto necesario, no sólo para nuestro país sino para toda Europa. Apoyaremos su construcción dentro del marco económico y jurídico de nuestra nación para procurar el mayor beneficio de nuestra población"*.
16. El 13 de julio de 2007 GEM Corp. constituyó la sociedad de propósito especial (SPV por sus siglas en inglés) *"Gasoducto de Occidente S.p.A."* (en adelante "GOSPA") en las Islas de María, con un capital de US \$10.000 millones y con GEM Corp. como único accionista. A través de GOSPA, GEM Corp. negoció durante 5 meses un contrato de suministro del gas que se iría a transportar por el futuro GdO con la empresa "Generadora de Gas Inc." (en adelante "GenerGas"), sociedad de capital mayoritariamente público, incorporada en la RFO y la principal generadora de energía eléctrica de RFO. En la mesa de negociaciones del contrato estuvieron presentes los ministros de Energía (como representante legal de GenerGas), de Infraestructura y Transporte, así como el Director General de la Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas (AOMS) de RFO.
17. En el contrato se pactó que GenerGas compraría un monto anual de 110.000 millones de metros cúbicos, con un compromiso *take-or-pay* del 80%.³ El contrato establecía que GenerGas no podía revender el gas suministrado sin obtener previa autorización de GEM Corp., y que en caso de que GenerGas decidiera revender montos de gas sobrantes en temporadas de baja demanda, se debía hacer una repartición del beneficio obtenido de dicha reventa en una proporción 40/60⁴. Adicionalmente, las partes pactaron un mecanismo de crédito contra volúmenes *take/send-or-pay* de gas que no se usaran⁵. Finalmente, el precio del gas fue fijado por las partes a una

³ Cláusula Primera, Contrato de Suministro y Compra de Gas. El objeto del presente contrato es el suministro y transporte efectuado por GEM Corp. desde el punto de consignación hasta el punto de entrega de las cantidades de gas natural adquiridas por GenerGas en virtud del Contrato de Compra y destinado a ser comercializado aguas abajo del punto de entrega.

⁴ Cláusula Décimo-sexta, Contrato de Suministro y Compra de Gas. GenerGas no podrá vender, revender, distribuir, suministrar o de cualquier otra forma poner a disposición de un tercero los volúmenes de gas efectivamente suministrados por GOSPA en el marco del presente contrato, sin previo aviso y autorización de GOSPA.

Parágrafo. En caso de que GenerGas incurra en incumplimiento de la obligación establecida mediante el presente artículo, las ganancias, ingresos o beneficios adicionales que de dicha operación se deriven para GOSPA deberán ser compartidas con GEM Corp. en una proporción 60/40 respectivamente.

⁵ Cláusula Vigésima, Contrato de Suministro y Compra de Gas. Cuando los volúmenes *take/send or pay* de gas contratados por GenerGas no sean usados para determinado período, GOSPA emitirá una nota a GenerGas informando el volumen inutilizado y su correspondiente valor monetario, que será descontado del precio *take/send or pay* de la próxima vigencia de

tasa de US \$ 5/mmbtu más 5% del precio del petróleo cuando los volúmenes suministrados estuvieran por debajo del volumen *take/send-or-pay* contratado⁶. En virtud de la Cláusula sobre Disposiciones Finales, la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato quedaba suspendida a la construcción y puesta en marcha del Gasoducto. En cuanto al mecanismo de solución de disputas del contrato, las Partes pactaron una cláusula compromisoria⁷, y pactaron una cláusula de estabilidad, conforme con la cual la regulación tributaria aplicable a los suministros permanecería siendo la que las partes habían pactado en la fecha de suscripción del contrato.

18. Entre enero y mayo de 2008, GEM Corp. estructuró la financiación del proyecto. El 30% del fondeo de GdO sería asumido por el banco austríaco Bank of Well, quien aprobó una línea de crédito por US \$3,900 millones en abril de 2008 a favor de GOSPA. Otro 20% de los recursos serían obtenidos de la emisión de bonos por parte de GOSPA, y el restante 50% del financiamiento provendría de tres sponsors: Oil Red Corp., Coal & Supplies Inc., (incorporadas en las Islas de María) y Gas Europe Inc. (incorporada en la República del Pacífico). Aunque los sponsors no tenían participación accionaria en GOSPA, cada uno aprobó una línea de crédito por US \$2,167 millones para el financiamiento de GdO con montos anuales de desembolso y un término de financiamiento de 5 años.
19. Así, el 25 de septiembre de 2008 GOSPA suscribió un Contrato de Engineer Procurement and Construction (EPC) con Providers & Engineer⁸, una firma suiza de construcción con amplia experiencia en el sector del gas. Para la operación del proyecto en territorio de la RFO se importarían tuberías elaboradas principalmente en la RP. Los ingenieros del Proyecto estimaban que la fase de pre-construcción y construcción duraría un máximo de 5 años, con una proyección de entrar en operación a finales del 2012 e inicios del 2013. Sin embargo, algunos problemas se empezaron a presentar desde el inicio del proyecto.

pago [léase año]. El incumplimiento del deber de información que reposa en GOSPA acarreará el deber de suministrar en especie los montos de gas no consumidos por GenerGas.

⁶ Cláusula Quinta del Contrato de Suministro y Compra de Gas.

⁷ Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Suministro y Compra de Gas. Solución de Diferencias. Toda disputa, controversia o demanda que derive del presente contrato o que guarde relación con éste, o con la ruptura, extinción o invalidez del mismo, será resuelta definitivamente por medio de Arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (la "CCE"). Resultará aplicable el Reglamento de Arbitrajes Simplificados cuando la cuantía de la disputa no exceda la suma de EUR 100,000. Cuando la cuantía de la disputa exceda la suma de USD 100,000, se aplicará el Reglamento de Arbitraje. El Tribunal Arbitral estará compuesto por un árbitro cuando la cuantía de la disputa exceda la suma de USD 100,000 pero no supere la suma de USD 1,000,000. Cuando la cuantía de la disputa exceda la suma de USD 1,000,000, el Tribunal Arbitral estará compuesto por tres árbitros. La cuantía de la disputa incluye las demandas efectuadas en la Solicitud de Arbitraje y toda demanda reconvenional efectuada en la Respuesta a la Solicitud de Arbitraje. La sede del arbitraje será París. El idioma a ser utilizado en el proceso arbitral será el español. Este contrato se regirá por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010 y demás normas a que haga referencia este Contrato.

⁸ Contrato de Engineer, Procurement and Construction (EPC) entre Gasoducto de Occidente S.p.A. y Providers & Engineer L.L.C, suscrito el 25 de septiembre de 2008.

La Independencia de Bato

20. A finales de 2007, las tarifas del gas se habían incrementado vertiginosamente a raíz de una fuerte crisis económica que había afectado los mercados internacionales del petróleo y del gas. Este incremento en las tarifas del gas causó que Butanolandia incumpliera los contratos de suministro que tenía con GEM Corp. La respuesta de la compañía no se hizo esperar y el 1º de diciembre de 2007 GEM Corp. suspendió completamente el suministro del gas destinado a consumo interno de Butanolandia sin fecha definida de restablecimiento del servicio hasta tanto Butanolandia pagara los montos adeudados que ya alcanzaban un 2% del PIB de dicho país, con períodos de mora superiores a 6 meses en el último año. Estas medidas generaron una crisis energética sin precedente en todo el país y en especial en la Región de Bato.

21. El 17 de diciembre de 2007, el Primer Ministro butanolandes, Alexandre Pietro se pronunció en un comunicado oficial en el que manifestaba:

"La situación es crítica. El gobierno de Butanolandia no aceptará más abusos en la fijación del precio de las tarifas del gas por parte de las empresas de RP que tienen una posición de dominio en el mercado.

En el estado de necesidad de suplir la demanda energética de nuestro país hemos recurrido al gas almacenado en nuestros depósitos subterráneos. También hemos decidido suspender todo suministro de gas proveniente de la RP y con destino a otros países. Esta suspensión no se levantará hasta tanto un tribunal no resuelva esta disputa o la RP se siente a negociar condiciones realmente justas en los contratos que tenemos actualmente".

22. Para el 28 de enero de 2008, las reservas de gas se habían agotado y las negociaciones entre los gobiernos no avanzaban. El 10 de febrero de 2008 se presentaron 20 muertes por hipotermia en recién nacidos y población de tercera edad en la región de Bato. El 28 de febrero de 2008, la crisis en todo el país, y en especial en la región de Bato ya no era sólo energética, sino que social. Se presentaron manifestaciones sociales en Bato y revueltas contra el gobierno nacional, lideradas por el movimiento "Bato Independiente", y la situación escaló a una crisis de gobierno. La población de Bato, de mayoría pacifizcheparlante, reclamaba la Independencia de la provincia y su reconocimiento como parte del territorio de la RP. El gobierno central de Butanolandia decidió afrontar la crisis con mano dura, y envió contingentes militares a la provincia de Bato para controlar la situación de orden público, pero esto causó que se agravara aún más la crisis y que los enfrentamientos armados entre las fuerzas militares de Butanolandia y las milicias separatistas fueran cada vez más fuertes.

23. El 7 de marzo de 2008, y ante la situación de emergencia social y la inestabilidad del orden público en la provincia de Bato, el presidente de la RP ordenó a sus fuerzas militares ubicadas en la frontera que, como medida de urgencia, protegieran las instalaciones del GdS, la vida y la propiedad de los ciudadanos de la RP domiciliados en Bato.
24. El 15 de marzo de 2008, el parlamento regional de Bato convocó un referendo independentista en el que se le preguntaba a la población si quería que Bato retornara a ser parte del territorio de la RP. La votación se realizó el 20 de marzo de 2008 y el resultado fue aplastante a favor de la anexión de Bato a territorio de la RP. El 20 de marzo el parlamento regional de Bato firmó la declaración de independencia de la Provincia Autónoma de Bato y emitió una nota diplomática dirigida al Presidente de la RP con el fin de firmar un tratado internacional por el cual se reconociera a Bato como parte del territorio de la RP.
25. No obstante, el gobierno central de Butanolandia, en cabeza de su Primer Ministro, el Sr. Alexánde Pietro, desconocieron los resultados del referendo independentista de Bato. El 22 de marzo de 2008, el Sr. Pietro emitió un comunicado oficial en el que expresaba:

"Desconocemos cualquier declaración de independencia, secesión o anexión de la Provincia de Bato al territorio de la República del Pacífico, así como cualquier acto que desestabilice y afecte la integridad del territorio butanolandes.

Reiteramos que la provincia de Bato es parte de nuestro territorio y que las situaciones que se han venido presentando en la Provincia han sido fruto de una intervención e intromisión completamente ilegales de las fuerzas armadas de la República del Pacífico en el territorio de Bato.

La situación de abuso del Gobierno de la República del Pacífico es inaceptable y ha transgredido normas básicas del Derecho Internacional, así como los tratados internacionales en los que son parte las 2 naciones.

Solicitamos urgentemente a la Comunidad Internacional que tome medidas severas y que rechace completamente estas interferencias ilegítimas a la soberanía nacional y a la integridad territorial contempladas en nuestra Constitución y en los tratados internacionales."

26. El 25 de marzo de 2008, el Parlamento Europeo emitió un comunicado oficial en el que solicitó a la RP que cesaran las intervenciones en la soberanía territorial de Butanolandia, so pena de emitir decisiones sin demora, destinadas a restringir las transacciones con ese país.

27. El 29 de marzo de 2008, y en una medida urgente del Parlamento Central de Butanolandia, se adicionó el artículo 93 a la Constitución de Butanolandia, en los siguientes términos:

***"ARTÍCULO 93.** La Provincia Autónoma de Bato sólo puede organizar referéndum sobre asuntos locales pero no sobre la modificación de la configuración territorial de Butanolandia".*

28. El 2 de abril de 2008, la RP emitió un Decreto Presidencial por el que reconoció a Bato como Estado soberano independiente, y el 5 de abril el Presidente de la RP firmó un Tratado Internacional de anexión con el Gobierno de la Provincia Autónoma de Bato por el cual se anexó el territorio de la Provincia al territorio nacional de RP. Posteriormente el Tribunal Constitucional de la RP validó la anexión en un término récord de 5 días. Finalmente, el 23 de julio de 2008, las tropas y el gobierno de Butanolandia se retiraron de la Provincia de Bato y asumieron que el territorio había sido ilegítimamente usurpado por su país vecino.

La Unión Europea emite Reglamento de Sanciones Económicas contra la República del Pacífico

29. El 3 de septiembre de 2008 el Consejo de la Unión Europea adoptó un reglamento de sanciones económicas en contra de la RP⁹ debido a su ilegítima intervención en territorio de Butanolandia. En su reglamento, la Unión Europea prohibió la realización de todo tipo de transacciones comerciales o inversiones desde, hacia o con destino final en la RP o con nacionales de la RP. El reglamento incorporó disposiciones especiales respecto de transacciones comerciales sobre servicios financieros y del sector de hidrocarburos.¹⁰
30. El 5 de octubre de 2008, Providers & Engineer emitió una comunicación a GOSPA notificándole que las autoridades aduaneras de la RFO habían detenido la importación de los materiales y tuberías importados desde la RP hacia la RFO, por considerar que se hallaba incurso en una de las causales del Reglamento de Sanciones emitido por la Unión Europea, motivo por el que se debía elevar una solicitud previa de autorización ante las autoridades correspondientes. Ante dicha eventualidad, Providers & Engineer comunicó a GOSPA la necesidad de tramitar ante el Departamento de Estado de la RFO una autorización para la adquisición e importación a territorio de la RFO de los materiales y tuberías necesarios para la construcción del tramo que cubría territorio de la RFO. En dicha comunicación, Providers & Engineer resaltaba: "Muy atentamente solicitamos que GOSPA inicie el

⁹ Reglamento (UE) No XYZ/2008 del Consejo Europeo, de 3 de octubre de 2008, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de la República del Pacífico que desestabilizan la situación en Butanolandia.

¹⁰ Artículos 5 y 7 del Reglamento.

trámite lo antes posible para evitar retrasos adicionales y sobrecostos en la construcción de esta fase final del gasoducto”.

31. El 4 de noviembre de 2008, GOSPA radicó ante la Dirección de Sanciones Financieras y Comerciales Internacionales del Departamento de Estado de la RFO una solicitud bajo el artículo 5 del Reglamento (UE) XYZ/2008 del Consejo Europeo, con el fin de obtener la autorización para la adquisición e importación de los materiales y tuberías necesarios para iniciar la construcción del GdO en territorio de la RFO. En la comunicación GOSPA señaló:

"En vista que los materiales y tuberías usados en la construcción del Gasoducto de Occidente se encuentran listados en el Anexo II del Reglamento (UE) XYZ/2008 del Consejo Europeo (el "Reglamento"), elevamos a ustedes la solicitud de autorización de importación de las mercancías, tecnologías y materiales señalados en la referencia, pues su uso no está destinado a realizarse en la República del Pacífico.

Teniendo en cuenta la importancia estratégica del Proyecto Gasoducto de Occidente, el cual ha sido previamente avalado por el Gobierno Nacional de la RFO, que hoy por hoy tenemos parada la operación del Proyecto y estamos incurriendo en gastos innecesarios, imprevistos e imprevisibles por esta circunstancia, y que cualquier retraso mínimo tiene repercusiones sustantivas en la viabilidad financiera de este proyecto multimillonario, solicitamos que nuestra autorización sea emitida en la menor brevedad del tiempo.

Adicionalmente, aclaramos que la importación de dichas mercancías se lleva a cabo para la futura ejecución de un contrato de suministro suscrito con anterioridad a la fecha a la que se refiere el artículo 5.5 del Reglamento, por lo que GOSPA tiene derecho a la autorización permitida por dicha disposición en todo caso."

32. Para el 25 de noviembre de 2008, GOSPA recibió notificación de la Dirección de Sanciones Financieras y Comerciales Internacionales del Departamento de Estado de la RFO de la Resolución 049 del 25 de noviembre de 2008 por la cual se negaba la autorización, puesto que el Reglamento de la Unión claramente provee que en caso de que la autoridad respectiva tuviera "motivos razonables para considerar que la venta, el suministro, la transferencia, la exportación o la importación de las tecnologías están destinados a proyectos relativos a la prospección y producción de petróleo en aguas profundas o su conducción por ductos superficiales o subacuáticos", no se concedería la autorización respectiva. Adicionalmente, era claro para la Dirección, que el contrato respecto del cual se estaban importando los materiales era el contrato EPC suscrito entre GOSPA y Providers & Engineer, cuya fecha era posterior a la fecha señalada en el artículo 5.5 del Reglamento.

33. El 30 de noviembre de 2008, GOSPA interpuso una acción de nulidad contra la referida resolución ante la Corte del Distrito Oriental de Callo Próspero, que fue fallada 1 año después por la Corte acogiendo las pretensiones de GOSPA y ordenando que se otorgara el permiso de importación respectivo.

La desviación obligada del Gasoducto de Occidente

34. Con el fin de iniciar la construcción del GdO, el 15 de diciembre de 2008 GOSPA elevó ante la Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas (AOMS) una solicitud de licencia ambiental para la construcción del tramo submarino del GdO que recorría 600 kilómetros de aguas de la RFO.
35. El 30 de enero de 2009 la AOMS respondió temporalmente la solicitud de GOSPA de la siguiente manera:

*Apreciado Sr. Manzini
GEM Corp. (Rep. Legal)
Apreciado Sr. Pozzola
Gasoducto de Occidente S.p.A. (Rep. Legal)*

En respuesta a su comunicación del pasado 15 de diciembre de 2008, tomamos nota de la solicitud realizada para "la autorización del inicio de construcción de la línea submarina del Gasoducto de Occidente de conformidad con el Anexo I – Trazado de diseño GdO en mar territorial de la República Federal de Occidente".

Le informamos que la Agencia de Operaciones Marítimas y Submarinas es la entidad competente para resolver solicitud de todo permiso relacionado con proyectos de infraestructura que tengan su área de influencia en zonas geográficas ubicadas en zonas de mar territorial de la República del Pacífico de acuerdo con el Decreto Oficial 1280 de 1990.

De conformidad con el artículo 2.2.3.6 de dicha regulación, la Agencia deberá solicitar concepto del Ministerio de Reserva Naturales cuando el proyecto involucre áreas protegidas. En el tramo 8 de la línea, Km 154 del Anexo I a su solicitud, encontramos un solapamiento del proyecto con las inmediaciones del Coral Rosado de Aguas Tranquilas, 5 km al sur del Islote Pie Juntillas. En vista de ello, el Ministerio deberá evaluar la compatibilidad del trazado con las obligaciones de protección de las especies marinas consagradas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, de la cual la República Federal de Occidente es Estado parte.

En vista de las anteriores circunstancias, la Agencia procederá a realizar las respectivas consultas y solicitudes ordenadas por la Ley para dar continuidad al proceso de emisión del respectivo permiso.

Atentamente,

*Juan CasadelCielo
Director General*

36. El 20 de mayo de 2009 las primeras líneas de la tubería de GdO estaban listas para instalación y ya se habían contratado los servicios de los buques para realizar la operación de montaje. Lo único que restaba obtener era el permiso o licencia solicitados a la AOMS.
37. Los recelos aparecidos -por los riesgos medioambientales que implicaba el proyecto- entre las comunidades ribereñas habitantes del Islote Pie Juntillas, por cuyas aguas había de transcurrir el gasoducto, en particular en las cercanías del área Coralina de Aguas Tranquilas, implicaron un cierto retraso del proyecto, a la espera de que se concluyeran los estudios de impacto medioambiental exigidos por el Ministerio de Reservas Naturales.
38. Finalmente, con un retraso aproximado de 6 meses, GOSPA recibió una aprobación y visto bueno del Ministerio de Reservas Naturales bajo la Resolución 1213 de 9 de julio de 2009. Sin embargo, en dicha Resolución, el Ministerio exigía que GOSPA rediseñara el trazado de la línea que pasaba por las cercanías del Coral Rosado, de manera que se conservara una distancia tangencial mínima de 50 kilómetros, y se presentaran ante la AOMS planes de revisión periódica del estado de las tuberías, así como planes de contingencia para eventos de escapes de gas.
39. El 15 de julio de 2009, en respuesta a dicha comunicación, el Sr. Manzini emitió un comunicado de prensa oficial por parte de la compañía GEM Corp., en el cual señaló:

"Las exigencias del gobierno de la RFO son un imprevisto, respecto del cual, nuestra la Compañía se extraña sobremanera, en tanto durante las negociaciones con la República Federal de Occidente se les presentó el trazado de la línea del gasoducto, y no manifestaron objeciones al respecto. Inclusive el presidente Sr. Oliver Atomic manifestó su satisfacción con el resultado de las negociaciones. Es más, en la mesa de la estructuración del proyecto cuando fue presentado a altos directivos del Gobierno Nacional de la RFO, estaba sentado el Sr. CasadelCielo. Nos extraña entonces que ahora las autoridades hayan retrasado el Proyecto de esta manera, y tomaremos las medidas legales del caso."

40. A raíz de los retrasos en el inicio de la ejecución del proyecto, y del Reglamento de Sanciones Económicas emitido por la Unión Europea, el Bank of Well solicitó una reunión de evaluación del proyecto con GOSPA el 10 de julio de 2009. En la reunión, a la que también asistieron representantes de los *sponsors* del proyecto, el presidente del Bank of Well le manifestó a GOSPA que le era imposible desembolsar los montos previstos en el acuerdo de financiamiento firmado, puesto que, al encontrarse Bank of Well incorporado en Austria, un Estado miembro de la Unión Europea, le eran aplicables las restricciones comerciales impuestas por la Unión en su Reglamento de Sanciones Económicas. Los *sponsors* por su parte exigieron que se renegociara la tasa de financiamiento, debido a los riesgos que se habían concretado. Alegaban, además, que los bonos emitidos por GOSPA ya no costaban lo mismo en el mercado, su valor había caído y en consecuencia el proyecto se había devaluado.
41. De acuerdo con Máximo Manzini la construcción del Gasoducto había sido proyectado para generar una rentabilidad temprana en la etapa de funcionamiento, que lograría cubrir los costos financieros y la deuda emitida por GEM Corp. Esto se debía a que la tasa *take-or-pay* de compra garantizada por GenerGas en el contrato de suministro suscrito con GOSPA era lo suficientemente amplia como para cubrir contingencias importantes en el flujo de caja. Máximo Manzini reconocía una situación de sobre costo sustancial equivalente a US \$2,167 millones, monto equivalente al tope máximo en la línea de financiamiento de uno de los *sponsors* del proyecto. Sin embargo, el magnate ofreció a los *sponsors* una garantía consistente en los futuros de la distribución de gas cuando éste entrara en operación, lo que se proyectaba que ocurriría en el 2014. Para los financiadores, la garantía era viable y atractiva, con lo cual el 20 de julio de 2009 las partes se pusieron de acuerdo.
42. El 22 de julio de 2009 GOSPA emitió cartas dirigidas a los presidentes de la RP y de la RFO, así como a la Comisión Europea con el fin de presentarle las inquietudes relacionadas con la aplicación de sanciones comerciales a los financiadores del Proyecto GdO. En ellas, GOSPA manifestó la importancia estratégica del proyecto para toda Europa y la necesidad de proteger la inversión que habían hecho compañías nacionales de Estados miembro de la Unión en el GdO.
43. El 1º de agosto de 2009, la Comisión Europea respondió las cartas enviadas por GOSPA y dictaminó que la decisión sobre la aplicación de las sanciones comerciales establecidas en el Reglamento adoptado por la Comisión era una facultad reservada a los Estados Miembros. Sin embargo, recomendaba a los Miembros no autorizar las operaciones de financiamiento en el caso de Gas Europe Inc., debido a que se encontraba listada expresamente en el anexo III del Reglamento.
44. El 20 de agosto de 2009, el Departamento de Estado de la RFO profirió la Decisión sobre sanciones a la financiación del Proyecto de Inversión de GdO, en la que señaló

la exclusión de Gas Europe Inc. de cualquier operación de financiamiento en el proyecto. En relación con los demás financiadores del GdO se autorizaron las transacciones. Dicha decisión no tenía recurso alguno, lo que obligó a Gas Europe Inc. a salir del Proyecto, y a GOSPA a emitir acciones para cubrir el monto de financiamiento que se había perdido.

La Ley del Impulso a Energías Renovables

45. Después de la entrada de RFO a la Unión Europea en el año 2008, el país se fijó el objetivo de cubrir el 25% de su demanda energética con fuentes renovables para el 2020, en cumplimiento de la Directiva 2009/28/CE. Para agosto de 2009, la RFO notificó a la Comisión Europea la adopción del "Plan de Acción Nacional sobre Energías Renovables: por un futuro mejor", en el que se incorporaron los medios para lograr el objetivo fijado por la nación, entre los cuales se encontraba la expedición de una ley que incentivara la inversión en el sector.
46. Luego de intensos debates en el seno de las cámaras del Congreso Nacional de RFO, el 10 de Marzo de 2010 se aprobó finalmente la Ley de Impulso a Energías Renovables, por la cual se dispuso la creación de un sistema de incentivos a largo plazo en favor de las fuentes de energía renovables a través de: (i) la creación de una línea de Financiación de Proyectos de Cooperación con el Banco Europeo de Inversiones, destinada a proyectos que dispongan de un análisis previo de viabilidad técnico-económica de inversión; y (ii) la regulación de las tarifas o primas de la energía solar y eólica.
47. Entre los puntos objeto del debate legislativo se encontraban el del mecanismo de fijación de la tarifa regulada, puesto que algunos senadores del Partido Conservador señalaban que se trataba de una indebida distorsión de mercado que en el largo plazo haría dependiente el negocio de las energías renovables de la participación del Estado. Por otro lado, en los últimos debates de sesiones conciliatorias del texto final de la Ley, se introdujo el artículo 29 que establecía en cabeza del Presidente de la República, previa consulta con las autoridades reguladoras, la posibilidad de crear mecanismos de desincentivo a la generación de energía a partir de fuentes no renovables. El texto de la Ley quedó aprobado de forma idéntica a como había sido presentado, por un mensaje de urgencia enviado por el Presidente Oliver Atomic.
48. Los resultados de la Ley no se hicieron esperar. El 20 de noviembre de 2010 las empresas La Casa en el Aire Inc. (LCA), incorporada en Noruega y Fram For Well Corp. (FFW), incorporada en Suecia, encabezaron la incursión en el mercado energético renovable con la instalación de plantas eólicas y de energía solar en el territorio de la RFO. LCA llevó a cabo el montaje de un parque eólico en el que instaló nuevos aerogeneradores con 306 MW, produciendo electricidad equivalente al

consumo de 700.000 hogares que evitaban la emisión anual de 670.000 toneladas de CO₂. Por su parte, el proyecto llevado a cabo por FFW, consistió en la ingeniería, suministro y construcción de un parque solar fotovoltaico con una capacidad instalada de 66.6 MW, que producía 130,84 MWh al año y suministraba energía eléctrica a 2.000 hogares. Con ello, se lograba la reducción de 16.000 toneladas de CO₂.

49. A finales del año 2010 hubo elecciones presidenciales en la RFO. El candidato más fuerte para ganar las elecciones era el Sr. Greenwood Aliston, aunque se le criticaba mucho que tenía posturas muy radicales y pocas maneras conciliadoras. El 20 de diciembre de 2010 se realizaron las elecciones y como se esperaba, Greenwood Aliston quedó elegido presidente de la RFO para el periodo 2011-2015. La primera medida de gobierno que tomó Greenwood fue dar aplicación al polémico artículo 29 de la Ley de Impulso a Energías Renovables.
50. El 2 de febrero de 2011, el Presidente Aliston emitió el Decreto Presidencial No. 001 de 2011 por el cual se creó la "*contribución especial de energía renovable*" en virtud del artículo 29 de la Ley de Impulso a Energías Renovables. El monto de la contribución dependía del grado de contaminación que una determinada industria produjera. Los recursos recaudados estarían destinados a promover proyectos de inversión, ciencia y tecnología del sector de las energías renovables.
51. El 20 de febrero de 2011, el gremio de los hidrocarburos de RFO interpuso una acción de revisión constitucional contra la contribución especial de energía renovable impuesta a través del Decreto Presidencial No. 001 de 2011. A la acción se sumó GEM Corp. En ella se elevó la petición a la Corte de Casación de RFO que declarara que la contribución era contraria a la reserva de ley para cuestiones tributarias, la separación de poderes, la libertad de empresa, la libre competencia, entre otras disposiciones constitucionales. Sin embargo, el 5 de julio de 2012, la Corte de Casación declaró la conformidad del Decreto Presidencial con la Constitución Nacional en una decisión apretada de 5 contra 4.
52. El 10 de marzo de 2013, GEM Corp. decidió aumentar su participación accionaria en GenerGas Inc. de un 10% a un 25%, pues dicha empresa manejaba el 65% de la demanda de energía eléctrica del país y para la compañía también era una forma de diversificar los riesgos asociados al Proyecto del Gasoducto de Occidente, teniendo en cuenta que algunos estudios financieros contratados por la empresa señalaban una caída en las importaciones de electricidad por la RFO.
53. A finales del año 2014 la evolución del mercado de las energías renovables era un éxito. Existían licitaciones para 26 proyectos en planificación y el crecimiento del sector había superado la meta fijada por el gobierno en el 2010. Así, el 23 de noviembre de 2014, mientras GEM Corp. inauguraba finalmente el que se había

pensado como el proyecto de inversión más ambicioso en la historia energética de Europa (GdO), el gobierno, en asocio con empresas del sector privado inauguraban 3 nuevas granjas eólicas en las costas del norte de RFO.

54. La situación de crecimiento del mercado de las energías renovables se tornó en exponencial para el año 2016, llegando a niveles del 50% de la demanda energética, y si bien el gobierno nacional estaba contento con las medidas y el éxito de la industria, no así los gremios del sector minero-energético, que habían presentado unas pérdidas de participación en el mercado de la energía eléctrica que ponía en riesgo muchas generadoras térmicas.
55. GenerGas por su parte, ya había tenido que incumplir algunos compromisos *take-or-pay* para períodos de suministro de hasta 3 meses en el 2016, y para febrero de 2017 tenía una deuda acumulada de más de US \$ 5,000 millones por suministros no pagados debido a la dificultad de competir con los precios de la energía generada a partir de fuentes renovables subsidiadas por el Gobierno y la obligación de tener que pagar la contribución especial de energías renovables, que dejaba los precios de la electricidad en un valor 40% superior al de las energías renovables. Esta situación generó que el valor de las acciones de GenerGas se desplomaran en el mercado bursátil por debajo de un 50%.

La gota que rebasó la copa...

56. El 15 de marzo de 2016, el Director de la Comisión de Regulación de Competencia de la RFO emitió una comunicación dirigida a GEM Corp. en la que señaló:

*Sr. Massimo Manzini
Representante legal
GEM Corp.*

Asunto: investigación Comisión de Regulación de Competencia

Estimado Sr. Manzini:

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 5 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo Europeo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión¹¹, por medio de la presente notificación me permito comunicarle:

- 1. Que la compañía Gas y Energía para el Mundo Corp. (GEM Corp.) está siendo objeto de investigaciones por prácticas restrictivas de la*

¹¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 4.1.2003.

competencia y de abuso de posición de dominio por parte de la Comisión de Regulación de Competencia de la RFO.

2. *Que el objetivo de las investigaciones de la Comisión es verificar el cumplimiento de la legislación europea relacionada sobre competencia en el sector del gas y la energía eléctrica y así evitar prácticas de abuso de posición de dominio por parte de GEM Corp. En especial, se está verificando el cumplimiento de la Directiva 2009/73/CE¹² y demás disposiciones que hacen parte del "Tercer Paquete de Energía".*

Con el fin de hacer más eficiente el proceso de investigación, agradecemos su colaboración en el envío de toda la información relativa a los contratos de suministro que la empresa GEM Corp. haya suscrito durante los últimos 5 años, así como cualquier información corporativa y financiera relacionada con dichos contratos.

Finalmente, solicitamos la colaboración suya y de los funcionarios de GEM Corp. en cualquier requerimiento de información por parte de la Comisión, así como en relación con cualquier visita técnica que se programe en las instalaciones de la empresa.

Atentamente,

M. Volsguten

Director General

Comisión de Regulación de Competencia de RFO

57. GEM Corp. no contestó dicha comunicación, y se negó a suministrar la información alegando la no aplicación de la Directiva 2009/73/CE a sus negocios, frente a lo cual el 16 de mayo de 2016, la Comisión de Regulación de Competencia emitió la notificación CRC-290 en la que solicitaba formalmente a los directivos de GEM Corp.:

[...]

PRIMERO: vender su participación accionaria en GOSPA, pues de acuerdo con los artículos 101 y 102 del TFUE (antes artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea), que prohíben los acuerdos horizontales o verticales que restrinjan la competencia y proscriben el abuso de la posición dominante, así como los artículos 9, 15 y 26, entre otros, de la Directiva 2009/73/CE, no es posible que un suministrador de gas natural también participe en la producción, gestión y almacenamiento del mismo.

¹² Diario Oficial de las Comunidades Europeas 16.5.2009

SEGUNDO: cumplir con la garantía de acceso de terceros a la red de suministro de gas del Gasoducto de Occidente y del Gasoducto del Sur en cumplimiento del artículo 32 de la Directiva 2009/73/CE. Para ello, GEM Corp. no podrá imponer barreras de acceso a la red, como tarifas de ingreso, mayores costos de transporte, entre otras prácticas restrictivas, y deberá garantizar un 'cupo' razonable de volúmenes para su uso por terceros.

58. El 21 de mayo de 2016 GEM Corp. presentó un recurso de reposición contra dicha notificación. De acuerdo con GEM Corp., la regulación europea no se aplicaba a sus negocios en tanto su domicilio social y sus actividades se encontraban por fuera de la Unión Europea. Según GEM Corp., tampoco se podría aplicar al GdO puesto que no se trataba de una red que operara sólo al interior del Mercado Único Europeo. Por otro lado, GEM Corp. argumentó que el GdO calificaba para las 'exenciones' del artículo 36 de la Directiva 2009/73/CE, por tratarse de una inversión de gran envergadura de acuerdo con el artículo 36, y que, en consecuencia, debía ser eximido de la regulación sobre acceso de terceros a las redes de transporte del gas que operaba GOSPA, así como las demás restricciones que imponía la Directiva 2009/73/CE. Manifestó, además, que no era comprensible cómo sólo ahora que el gasoducto había entrado en operación se notificaba la aplicación de la legislación de la Unión, casi 5 años después de estructurado todo el proyecto y de realizadas las inversiones requeridas para el mismo. En la comunicación, el Sr. Manzini resaltaba que toda la estructuración del proyecto GdO se había realizado con base en el contrato de suministro de gas que el Ministro General de Energía de la RFO había firmado como representante legal de GenerGas y que era una decisión "*que dejaba sin pies ni cabeza el proyecto del Gasoducto de Occidente, y que esperarían el fallo de las autoridades*".
59. Posteriormente, y no contento con ello, el Sr. Manzini envió una carta el 1º de junio de 2016 dirigida al Presidente de la RP haciéndole notar su inconformidad con las exigencias de la RFO con respecto al proyecto "Gasoducto de Occidente", y le solicitó que tomara acciones al respecto, debido a que era un sinsentido querer aplicar la legislación de la Unión a un país que nada tenía que ver con ella. Manzini resumía su inconformidad en las siguientes palabras que emitió ante la prensa local luego de la reunión con el Presidente de la RP: "*es tan simple como que ahora entonces todo aquel que tenga algún tipo de relación comercial con la RFO ya se considera como si fuera de la Unión Europea, lo cual es absurdo porque la mitad del mundo entero tendría que cumplir lo que dice la Unión Europea. Es simplemente un sinsentido*".
60. El 27 de octubre de 2016 y luego de varias reuniones entre el personal directivo de GEM Corp. y sus abogados con agentes del Ministerio de Asuntos Comerciales de la RP, el Ministerio decidió iniciar un procedimiento de consultas ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) contra RFO por una aplicación discriminatoria de las

disposiciones del "Tercer Paquete de Energía" que obligaban a las generadoras de gas de su país a vender su participación o propiedad sobre activos, empresas o bienes de la red de suministro del recurso gasífero, y que limitaban las libertades de los gestores de servicios de transporte de gas en relación con el acceso a las capacidades de las redes de gas natural y de electricidad. Según la RP, las medidas del "Tercer Paquete de Energía" eran incompatibles con el AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo por el que se establece la OMC.

61. El 10 de enero de 2017 el Presidente de la RP notificó al Depositario del Tratado de la Carta de la Energía, que terminaba la aplicación provisional de la misma conforme al artículo 45(3) (a) del Tratado.
62. Para el 13 de enero de 2017, la Corte de Casación de la RFO dejó en firme en única instancia la notificación CRC-290 del 16 de mayo del 2016 por la cual la Comisión de Regulación de la Competencia tomó la decisión de obligar a GEM Corp a la venta de su participación en GOSPA, y le hizo extensibles las obligaciones de acceso a terceros contenidas en el artículo 32 de la Directiva 2009/73/CE.
63. Por otro lado, la misma Comisión de Regulación de Competencia de la RFO había ahondado en investigaciones y había determinado que GEM Corp. estaba incurriendo en una práctica monopólica, de abuso de su posición de dominio y restrictiva de la competencia en el mercado del gas en relación con el contrato de suministro suscrito entre GOSPA y GenerGas en el 2008. Mediante la comunicación CRC-315 del 15 de enero de 2017, la Comisión notificaba a GEM Corp. así:

"Sr. Massimo Manzini

Gerente General

Gas y Energía para el Mundo Corp. ("GEM Corp.")

Dentro de sus investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, y en aras de la promoción y protección del libre mercado, y los principios consagrados en la Constitución Nacional de la República Federal de Occidente, así como los pactados por los Estados miembros de la Unión Europea en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Directiva 2009/73/CE, y el Reglamento (CE) No 1/2003, la Comisión de Regulación de Competencia encontró que en el contrato de suministro suscrito por la subsidiaria de GEM Corp. 'Gasoducto de Occidente S.p.A' y la empresa estatal GenerGas se contiene cláusulas que contrarían los principios y disposiciones señalados arriba, y reflejan un abuso en la posición de dominio que tiene GEM Corp. en el mercado gasífero de la República Federal de Occidente, así como también

incorporan prácticas restrictivas de la competencia violatorias de la Directiva 2009.

En particular:

- 1. Las cláusulas Primera y Décimo-sexta del Contrato de Suministro constituyen unas típicas cláusulas 'de destino' que impiden ilegítimamente, o cuanto menos desincentiva perversamente el uso, goce y disposición del gas que a GenerGas ha adquirido bajo el contrato de suministro;*
- 2. Lo anterior está generando una situación que ha terminado por fragmentar el mercado del gas y ha aislado a RFO del mercado común de gas compartido por los Estados Miembro de la Unión Europea;*
- 3. La Cláusula Vigésima del Contrato de Suministro incorpora un mecanismo de compensaciones que constituye una práctica restrictiva de la competencia, en tanto restringe el derecho de GenerGas, de hacer uso libre de los excedentes de gas que ha contratado bajo el compromiso take-or-pay y que no han sido usados por la empresa para un período determinado, impidiéndole o haciendo más oneroso para la empresa abastecerse del gas no consumido;*
- 4. La Cláusula Quinta del Contrato de Suministro incorpora un mecanismo de fijación de precios que resulta en un abuso en su posición de dominio, puesto que genera un costo adicional excesivo e injustificado para GenerGas, en la medida que ata el valor take-or-pay acordado al índice de los precios del petróleo en el mercado internacional, práctica usualmente conocida como 'oli indexation';*
- 5. Lo anterior, aunado a las prácticas reseñadas en los numerales 1, 2 y 3 ha generado barreras para la conformación de precios competitivos en el mercado del gas al interior del mercado común europeo, en especial el de los países que rodean a la República Federal de Occidente.*

Vistas las anteriores infracciones al derecho de la competencia de la Unión Europea, la Comisión de Regulación de la Competencia de la RFO, mediante el presente comunicado,

RESUELVE:

PRIMERO: Requerir a GEM Corp. para una renegociación de los términos del contrato con la empresa estatal GenerGas, a fin de eliminar del contrato de suministro todas las prácticas reseñadas. Los resultados de dicha negociación deberán ser notificados a la Comisión de Regulación de la Competencia dentro de un término máximo de 90 días;

SEGUNDO: Advertir a GEM Corp. que de continuar incorporando prácticas como las reseñadas en la presente notificación, será sujeto de multas de hasta el 20% de sus ingresos semestrales;

TERCERO: Autorizar a GenerGas a suspender los pagos de cualquier orden de pago emitida por GEM Corp. por volúmenes de gas suministrado bajo el Contrato de Suministro suscrito entre ellas en 2008 que refleje alguna de las prácticas señaladas en esta notificación como violatorias del Derecho de la Unión;

CUARTO: Compeler a las partes del contrato de suministro a llegar a un acuerdo sobre la fijación de un mecanismo de compensación de las ganancias y correlativos costos excesivos en que tuvo que incurrir GenerGas desde la fecha de inicio en la ejecución del suministro hasta la fecha en que efectivamente GEM Corp. y GenerGas lleguen a un acuerdo modificadorio del Contrato de suministro

QUINTO: contra la presente notificación no procede recurso alguno ante autoridad administrativa alguna.

Efectiva desde el 15 de enero de 2017”

La solicitud de arbitraje

64. Frente a dicha decisión, GEM Corp. se negó a negociar un nuevo contrato, porque según la compañía las condiciones contractualmente pactadas estaban protegidas por una cláusula de estabilidad y que además la legislación de la Unión no le era aplicable. GOSPA continuó emitiendo facturas de suministros a GenerGas bajo la misma tarifa establecida en el contrato. Sin embargo, GenerGas se abstuvo de pagarlas con fundamento de la notificación emitida por la Comisión de Regulación de la Competencia, y notificó a dicho organismo la negativa de GEM Corp. a renegociar el contrato de suministro.
65. El 15 de febrero de 2017, la Comisión de Regulación requirió a GEM Corp. mediante notificación CRC-380, en la que impuso las sanciones que se habían prevenido y fijado en la notificación CRC-315 del 15 de enero de 2017. En respuesta a dicha notificación, el Sr. Manzini emitió un comunicado de prensa oficial a nombre de GEM Corp. desde Mérida en la RP, en el que manifestó la gravedad de la situación:

'La decisión de la Comisión de Regulación simplemente deja a GEM Corp. por fuera del negocio del gas en RFO e implica un golpe muy fuerte para la viabilidad financiera y operativa del Gasoducto de Occidente. Esta es la gota que ha rebosado el vaso. GEM Corp. ha soportado los abusos de las autoridades de la República Federal de Occidente con un proyecto que estaba pensado para beneficiar a dicho país, y a través de él a la Comunidad Europea en su totalidad.

Todos los retrasos que se produjeron durante la construcción del Gasoducto son completamente responsabilidad de las autoridades de la República Federal de Occidente. Hemos sido objeto de un trato abusivo y discriminatorio injustificado. El Proyecto Gasoducto de Occidente fue pensado como una inversión de gran envergadura y como toda inversión de dicha magnitud, requiere seguridad, certeza, estabilidad y compromiso de parte de los actores involucrados. Nadie nos hubiera financiado el proyecto en las condiciones de flujo de caja que éste tiene hoy en día. Inclusive, durante los retrasos que tuvo el Proyecto por culpa de las autoridades de la RFO tuvimos que soportar unas condiciones de financiamiento más onerosas. Todo lo que hemos recibido de las autoridades de la RFO han sido trabas y retrasos.

El hecho de que tuviéramos que vender nuestras acciones en Gasoducto de Occidente S.p.A. a los sponsors, afectó todo el modelo económico bajo el cual opera GEM Corp. y significó para nosotros tener que asumir los riesgos de impago de suministros, que se han venido presentando últimamente con GenerGas

Es más, estas decisiones de RFO lo único que buscan es legitimar esa mora en el pago de los compromisos de adquisición de gas que GenerGas había adquirido firmemente bajo el contrato de suministro suscrito entre las partes, y con base en el cual se emprendió el Proyecto del Gasoducto de Occidente.

Incluso se puede ver cómo el Gobierno del Sr. Greenwood ha querido afectar la industria de los hidrocarburos y al proyecto del Gasoducto de Occidente al desequilibrar completamente el mercado energético con los subsidios a los generadores eólicos y solares a costa de los demás actores del mercado. Respetamos que se quiera incentivar las energías renovables, pero no que seamos nosotros, los directos competidores, quienes debemos financiar dichos proyectos. Nuestra participación en GenerGas se ha visto mermada también por estas acciones del Gobierno que a todas luces son una distorsión ilegítima de las condiciones en las cuales todos los actores de un mercado libre deberían competir.

Por estas razones hemos decidido emprender demandas ante tribunales internacionales y suspender el suministro de gas hasta tanto se resuelva el asunto.

66. GEM Corp. presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI el 12 de marzo de 2017 bajo el artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía en contra de la República Federal de Occidente alegando la violación de los artículos 10 y 13 y solicitando la compensación de los daños generados al proyecto.
67. El 10 de agosto de 2017 la República Federal de Occidente rechazó la jurisdicción del tribunal arbitral y rechazó todas las alegaciones de violación de Tratado de la Carta de la Energía y denegó los beneficios del tratado alegando la aplicación del artículo 17.2 del TCE. En la primera Orden Procesal, el Tribunal decidió celebrar sus audiencias en la ciudad de Bogotá (Colombia), y requirió a ambas partes que presentaran sus observaciones sobre los siguientes puntos de hecho y de derecho, para que el Tribunal arbitral los pudiera valorar y, en su caso, celebrar una audiencia:
 - a. Observaciones sobre la Jurisdicción del Tribunal para conocer la controversia:
 - i. En razón de la nacionalidad del inversionista y la terminación de la aplicación provisional del TCE por RP;
 - ii. En razón de la naturaleza jurídica de la inversión;
 - iii. En relación con la denegación de beneficios ejercida por RFO; y,
 - b. Observaciones sobre los méritos de la controversia, en especial:
 - i. Sobre la existencia de una expropiación bajo el TCE; y
 - ii. Sobre la violación del estándar de Trato Justo y Equitativo bajo el TCE.