



UNIVERSIDADE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

FACULTAD DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE CIADI PARA POSTERGAR SU DECISIÓN EN JURISDICCIÓN

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

AUTOR: MARCO ANDRÉS CIRANO GONZÁLEZ

PROFESOR GUÍA: CARLOS ANDRÉS DETTLEFF BEROS

SANTIAGO DE CHILE

AÑO 2019

CONTENIDO

RESUMEN.....	III
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: DESCRIPCIÓN DEL EXAMEN PRELIMINAR EN JURISDICCIÓN CIADI... 7	
1.1. Artículo 25 del Convenio CIADI.....	7
1.2. Artículo 41 del Convenio CIADI.....	9
1.3. Hipótesis de Trabajo.....	13
1.4. Relevancia jurídica y práctica de la facultad para postergar	15
1.4.1. Soberanía estatal.....	15
1.4.2. Falacia: “Afirmación del Consecuente”	16
1.4.3. Costos procesales	18
2. CAPÍTULO 2: CARÁCTER PRELIMINAR DEL EXAMEN JURISDICCIONAL	21
2.1. Principio Consensual.....	21
2.2. Jurisprudencia	22
2.3. Distinción funcional Jurisdicción-Fondo	26
2.4. Eficacia Procesal	28
3. CAPÍTULO 3: RAZONES PARA POSTERGAR EN JURISDICCIÓN	31
3.1. Mecanismo de integridad procesal.....	31
3.1.1. Examen <i>prima facie</i>	33
3.1.2. Frustración del “Efecto Inhibidor”	39
3.2. Jurisprudencia	42
3.3. Consideraciones Finales.....	61
CONCLUSIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	73
A. DOCTRINA	73
B. FUENTES LEGALES.....	73
C. JURISPRUDENCIA	75
D. FUENTES DIGITALES	80
E. OTROS.....	80

RESUMEN

Esta investigación jurisprudencial surge a raíz de ciertas interrogantes planteadas por el denominado “Caso Clarín” (*Victor Pey Casado y Fundación Salvador Allende c. República de Chile*). Específicamente, el objeto investigado alude a la decisión de postergar tomada por su Tribunal. Se pretende indagar qué argumentos ha esgrimido la jurisprudencia internacional en arbitraje sobre inversión al momento de posponer la resolución de una objeción jurisdiccional. En concreto, comprobar si es cierto que adjudicar en jurisdicción corresponde al ejercicio de una facultad primeramente preliminar, exponer además qué circunstancias se han invocado para desviarse de dicha regla y excepcionalmente realizar el examen pertinente junto con el fondo de la controversia

Desde luego, el lenguaje del Artículo 41(2) del Convenio CIADI parece expresar cierta neutralidad, cuando faculta al Tribunal para determinar si ha de resolver en jurisdicción como “cuestión previa o conjuntamente con el fondo”. Sin embargo, este informe procura demostrar que, según jurisprudencia contemporánea al “Caso Clarín”, por regla general el aspecto jurisdiccional debe ser resuelto preliminarmente. Dicha afirmación tiene como justificación principal la tensión que existe entre posponer y el principio de consensualidad. De acuerdo con este último, las partes en conflicto arbitral pueden ser compelidas a litigar solo en la medida de su consentimiento, y en términos prácticos postergar supone una imposición arbitraria del proceso sobre la parte demandada.

Se ha concluido que el carácter ambivalente de algunas defensas preliminares impide resolver en jurisdicción como cuestión previa. Circunstancia que, a su vez, se manifiesta a partir de hechos o argumentos legales sobre hechos con una doble pertinencia normativa. Que de modo simultáneo pueden ser referidos tanto al aspecto jurisdiccional como al fondo controvertido, de forma tal que una decisión al respecto supone una exposición del proceso al riesgo de prejuzgar la controversia.

Palabras claves: Jurisdicción, Tribunal de Arbitraje, Postergar, Decisión Jurisdiccional, Clarín, CIADI, Preliminar, Arbitraje Sobre Inversión.

INTRODUCCIÓN

Este es un informe jurisprudencial sobre la facultad del Tribunal de Arbitraje CIADI¹ para postergar su decisión jurisdiccional.² Cuyo interés académico surge a partir de la trayectoria procesal seguida por el “Caso Clarín”. Que en relación con el objeto investigado se distingue por presentar tres etapas procesales relevantes. Entre 1998 y 2001 toma lugar una primera fase procesal que estaba enfocada principalmente en discutir jurisdicción.³ En este periodo, Chile impugnaba la competencia del Tribunal esgrimiendo argumentos en tres áreas. La primera, se relacionaba con la propiedad de “Empresa Periodística Clarín Ltda” y “Consortio Periodístico y Publicitario S.A.”, la segunda, estaba referida a la doble nacionalidad del demandante y, por último, había una tercera basada en la imposibilidad legal de aplicar con efecto retroactivo de las disposiciones del Convenio y la inadmisibilidad de una caracterización de los hechos pertinentes como supuesto jurídico de “actos compuestos”. No obstante, a pesar de la trascendencia de su aspecto jurisdiccional, esta etapa es finalizada por el Tribunal en mayo de 2002⁴ sin haber adjudicado sobre las objeciones presentadas, ordenando ““unir al fondo las excepciones de incompetencia opuestas por la República de Chile”, reservando la continuación del procedimiento”⁵. Un segundo período toma lugar entre 2003 y 2007, en que las partes plantearon sus respectivos alegatos tanto en jurisdicción como en relación al fondo de la controversia. Fase que es cerrada por el Tribunal en mayo de 2008 con su respectivo “Laudo Arbitral”,⁶ declarando de manera conjunta su competencia parcial sobre el litigio sometido a su conocimiento y condenando al Estado de Chile a una reparación

¹ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Reglamento y Reglas*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

² N. del A. Para los fines este informe, salvo en casos debidamente calificados, Jurisdicción y Competencia son conceptos tratados como sinónimos.

³ N. del A. En el caso Clarín, es posible observar que la mayoría de los argumentos discutidos se refieren a jurisdicción. En efecto, los argumentos referidos al fondo, tales como infracción de la garantía de un trato justo y equitativo o la referida a denegación de justicia, ocupan una parte marginal del respectivo laudo arbitral (parágrafos 627 a 674).

⁴ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile*, Decision, CIRDI/ARB/98/2, Washington D.C., Fecha: 8 de mayo de 2002.

⁵ *Víctor Pey v. Chile*, Laudo. Óp. Cit. pr. 24

⁶ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile*, Laudo, Caso CIADI N ° ARB/98/2, Washington D.C., Fecha de envío a las partes: 8 de mayo de 2008.

en dinero.⁷

Finalmente, hay una tercera etapa del procedimiento que se inicia con una solicitud de anulación ingresada por Chile. Este último, impugna el Laudo Arbitral invocando tres de las causales de nulidad establecidas por el Artículo 52 del Convenio.⁸ En muy pocas palabras, afirmaba que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, incurrido en un quebrantamiento grave de normas de procedimiento y tampoco expresaba los motivos en que fundaba su decisión.⁹ Al respecto, en su “Decisión sobre Solicitud de Anulación” de diciembre de 2012, una Comisión *ad hoc* anulaba de manera parcial el señalado Laudo Arbitral.¹⁰ Declarando que la decisión de fondo del Tribunal empleaba ciertos argumentos relativos a expropiación en una abierta contradicción con su propia decisión jurisdiccional. La Comisión *ad hoc* estuvo de acuerdo con Chile, al expresar que “el Tribunal manifestó expresamente que una evaluación de los daños presuntamente sufridos por los Demandantes como resultado de la expropiación era irrelevante y que todas las alegaciones, discusiones y pruebas relacionadas con tales daños no podían ser consideradas por el Tribunal”, lo cual sería correcto “porque la expropiación en 1975 había ocurrido antes de la entrada en vigor del TBI y, por lo tanto, estaba fuera del alcance temporal del TBI.”¹¹ Agregando además que, aún en el contexto de dichas conclusiones, de manera contradictoria “el Tribunal luego procedió a determinar el cálculo de los daños de las Demandantes sobre la base de la evaluación realizada por el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile de conformidad con la Decisión N°43 con el fin de compensar a las personas que consideraba propietarios de El Clarín a propósito de la expropiación del periódico”.¹²

En el Caso Clarín, el hecho de haber sido Chile condenado de acuerdo con argumentos

⁷ Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile, Laudo. Óp. Cit. p.235.

⁸ Convenio. Óp. Cit. pp. 26-27 “Artículo 52 (1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. [...]”

⁹ Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile, Decisión Sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile, CIADI Caso No. ARB/98/2, Washington D.C., Fecha de envío a las partes: 18 de diciembre de 2012. Par. 63

¹⁰ Ibid. par. 359

¹¹ Ibid. par. 283

¹² Ibid. par. 284

desechados jurisdiccionalmente, deja planteadas ciertas interrogantes acerca del carácter preliminar del examen jurisdiccional previsto por el Convenio CIADI. En especial, si se toma en cuenta la decisión de postergar tomada por este Tribunal de Arbitraje, la cual dio lugar a un examen conjunto de su ámbito jurisdiccional con el relativo al fondo de la disputa. Se manifiesta como una necesidad, dilucidar si posponer puede ser reconocida como una facultad procesal de ejercicio libre o está sometida a la satisfacción de alguna clase de criterio o la reunión de razones fundantes más o menos estrictas. La dificultad e interés de responder una interrogante como la planteada se deriva del modo indiferente en que se expresa el texto del Artículo 41 del Convenio. Éste dispone que, con motivo de una objeción jurisdiccional, sea el Tribunal de Arbitraje quien “determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión”¹³. Así pues, si de la simple redacción de esta disposición se pretendiera obtener una activa contribución interpretativa, se podría decir que el Tribunal contaría con una absoluta discrecionalidad para optar entre ambas alternativas procesales. Por todo esto, es que una descripción definitiva de la facultad de posponer, debe ser el resultado de un examen de las consideraciones esgrimidas por la jurisprudencia arbitral sobre inversión pertinente al respecto.

En esta investigación, la hipótesis de trabajo se sostiene en convenir que el vínculo existente entre dirimir jurisdicción como cuestión previa y postergar, puede ser descrito como un esquema de regla/excepción. Donde aquel, puede ser reconocido como el régimen procesal general para resolver objeciones jurisdiccionales y, este último, más bien corresponde a una desviación necesaria de dicha regla general. En efecto, por intervención del principio consensual, ambos procedimientos no pueden ser estimados como opciones equivalentes. Según dicho principio, las partes en arbitraje no pueden ser obligadas a litigar sobre controversias no consentidas y en este caso posponer implica una reapertura de la discusión jurisdiccional en la etapa de fondo, obligando a persistir en un proceso sobre disputas quizá no consentidas por el estado demandado. Al final, toda vez que postergar es un procedimiento excepcional, su ejercicio demandaría cierto grado de justificación por parte del Tribunal. Bajo

¹³ *Convenio*. Óp. Cit. pg. 23: “Artículo 41. (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.”

esta hipótesis, hay dos objetivos planteados para esta investigación: el primero, supone comprobar si resolver en jurisdicción corresponde al ejercicio de una atribución por regla general preliminar; mientras que el segundo, radica en identificar qué criterios o razones justificativas se han empleado para un excepcional ejercicio de la facultad de postergar.

La metodología investigativa parte elaborando una descripción contextual del procedimiento preliminar en jurisdicción CIADI. Reseñando en términos analíticos, por qué el Artículo 41(2) del Convenio puede ser interpretado como un esquema de regla/excepción y, además, por qué su aplicación impone al Tribunal la necesidad de abordar lo que puede ser denominado como una “situación de interpretación”¹⁴. Luego, será turno de identificar cuál es el conjunto relevante de decisiones arbitrales relativas a jurisdicción preliminar. Para tal selección, se procederá a revisar diversos casos arbitrales regidos por el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje CNUDMI, el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia y las Reglas de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Un reconocimiento de cada uno de los elementos del señalado conjunto de decisiones relevantes, supone aplicar dos criterios en sucesión. El primero, consiste en preferir decisiones donde el Tribunal ha razonado acerca de qué procedimiento debe ser seguido para una definición de su ámbito jurisdiccional. Enseguida, un segundo criterio ordena tomar en cuenta solo decisiones de postergar justificadas por el Tribunal, ya sea con argumentos legales o incluso razones meramente prácticas. Finalmente, y en referencia al contexto teórico propuesto, se procurará ejecutar un análisis interpretativo de las consideraciones legales empleadas por cada Tribunal, ya sea al momento de configurar el procedimiento preliminar aplicable o las expresadas para respaldar la posposición de una declaración jurisdiccional. Describiendo qué clase de interrelación puede ser establecida entre la forma de concebir el ámbito de asuntos propiamente jurisdiccionales y las razones esgrimidas para postergar.

¹⁴ BASCUÑAN, ANTONIO., “La Aplicación del Derecho en el Sistema Jurídico Chileno”: “Los principales casos difíciles son: (a) la existencia de controversia en relación con el sentido atribuible a la disposición identificada como justificación externa de la premisa normativa; este supuesto corresponde a lo que la teoría del derecho denomina ‘situación de interpretación’; [...]” “La admisión de una controversia interpretativa (“situación de interpretación”) supone que en un caso determinado exista más de una propuesta interpretativa y que esas propuestas sean plausibles. La plausibilidad de una propuesta interpretativa exige la satisfacción de dos condiciones básicas: (a) que satisfaga un mínimo de corrección, consistente en que sea compatible con el sentido literal posible de la disposición, y (b) que prima facie aparezca como justificada por razones atendibles, es decir, por razones de un peso equiparable a las razones que apoyan las propuestas rivales”

En virtud de lo anterior, es que este informe está dividido en tres secciones. El Capítulo I, consiste en hacer un examen descriptivo de las reglas procesales pertinentes al ámbito jurisdiccional, indicando a qué se quiere hacer referencia cuando se habla de un esquema de regla/excepción y, asimismo, responder ¿Por qué esta facultad procesal resulta ser un objeto de interés investigativo? A su turno, el Capítulo II se enfoca en el carácter eminentemente preliminar del examen jurisdiccional. Desde este punto de vista, se pretende llevar a cabo una revisión acerca de qué vigencia tiene el principio consensual dentro del proceso arbitral y, además, una descripción de la relación que existe entre de este último y la distinción funcional que media entre jurisdicción y fondo. Por último, en el Capítulo III se trata de contestar ¿Por qué surge la necesidad de aplazar un examen en jurisdicción? Tarea que se emprenderá mediante una reducción analítica de este último y una revisión de distintos casos arbitrales, en los cuales el Tribunal ha explicado en términos más o menos específicos su razonamiento para posponer.

CAPÍTULO 1: DESCRIPCIÓN DEL EXAMEN PRELIMINAR EN JURISDICCIÓN CIADI

Como otros sistemas semejantes, el Arbitraje CIADI se distingue por el carácter bifurcado de su procedimiento.¹⁵ Antes de conocer o resolver sobre el conflicto alegado, es indispensable aclarar en términos precisos cuál es el ámbito de la autoridad del Tribunal. En el contexto del Convenio, la calificación legal del aspecto jurisdiccional está gobernado principalmente por sus Artículos 25 y 41. Al respecto, se puede decir que el Artículo 25 rige en términos materiales el alcance de la jurisdicción de un Tribunal CIADI y el Artículo 41 dispone el procedimiento que debe ser adoptado por el mismo con ocasión de resolver en jurisdicción.

Este Capítulo, comienza con una descripción muy general del ámbito sustantivo de la decisión jurisdiccional (Artículo 25 del Convenio), para luego detenerse en su aspecto procesal correlativo (Artículo 41 del Convenio). Pretendiendo exponer el contexto de su aplicación, las alternativas procesales entregadas al Tribunal y cómo puede ser explicada la relación existente entre resolver como cuestión previa y postergar. Al final, será turno de apuntar ¿Qué razones de orden legal o meramente práctico exigen algún tipo de justificación por parte del Tribunal al momento de posponer su decisión jurisdiccional?

1.1. Artículo 25 del Convenio CIADI

Antes de abordar las razones que podrían llevar a un Tribunal a postergar, primero resulta necesario aclarar desde un punto de vista material en qué consiste el examen jurisdiccional del Convenio CIADI. Según el “Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio”, en términos sustantivos litigar acerca de la jurisdicción del Centro significa

¹⁵ DOLZER, RUDOLF., y CHRISTOPH SCHEREUER, *Principles of International Investment Law*. p.260 “Si el demandado presenta objeciones a la jurisdicción del tribunal, se suspende el procedimiento sobre el fondo. Tal objeción debe ser presentada a más tardar en el momento en que se debe entregar la contra-memoria. Típicamente, el procedimiento es entonces bifurcado, esto es, el asunto jurisdiccional es conocido primero, acto seguido, si el tribunal determina que tiene jurisdicción, se reanuda el procedimiento sobre el fondo. Alternativamente, el tribunal puede decidir unir el asunto jurisdiccional al de fondo. En la mayor parte de los casos el procedimiento que aborda jurisdicción también cuenta con una fase escrita y otra oral.”

esgrimir argumentos sobre los “límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje.”¹⁶ Asimismo, y ahora de acuerdo con el artículo 25 del Convenio,¹⁷ también se puede detallar que la jurisdicción del Centro se extenderá sobre diferencias de naturaleza jurídica¹⁸ surgidas directamente de una inversión,¹⁹ en que las partes son un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante (“diferencias sobre inversión”) y, además, respecto de la cuales ambas han consentido por escrito²⁰ en someterlas al Centro (“consentimiento”). Sin perjuicio de lo anterior, se puede comentar que en materia jurisdiccional los argumentos del demandado buscarán limitar el alcance de la disputa en dos sentidos. Primero, sus argumentos consistirán en alegar que en términos objetivos el reclamo arbitral no se refiere a un “conflicto sobre inversión” y, en consecuencia, no se trataría de un litigio susceptible de ser resuelto a través del sistema de arbitraje prestado por el Centro. Luego, en un segundo sentido, estos también tendrán por finalidad afirmar que la controversia tampoco coincide con las categorías de disputas previstas por el instrumento consensual respectivo y, por lo tanto, ésta quedaría fuera de las competencias previstas específicamente para el Tribunal de Arbitraje.²¹

¹⁶ *Convenio*. Óp. Cit. p.43.

¹⁷ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, July 17, 2003, par. 88. “88. Article 42 is mainly designed for the resolution of disputes on the merits and, as such, it is in principle independent from the decisions on jurisdiction, governed solely by Article 25 of the Convention and those other provisions of the consent instrument which might be applicable, in the instant case the Treaty provisions.”

¹⁸ *Convenio*. Óp. Cit. p. 44. “El Artículo 25(1) exige que la diferencia sea una ‘diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión’. La expresión ‘diferencia de naturaleza jurídica’ se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.”

¹⁹ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case ARB/00/4, July 16, 2001, par. 52. “The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf. Commentary by E. gaillard, cited above, p.292). In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.”; V.t. *Joy Mining Machinery Limited and The Arab Republic of Egypt*, Award on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/11, Date of dispatch to the Parties: August 6, 2004, pr. 53; V.t. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/29, Done on 14 November 2005, pr. 130.

²⁰ *Convenio*. Óp. Cit, pp. 43-44; SCHREUER, CHRISTOPH., *Consent to Arbitration*, p.1. “Like any other form of arbitration, investment arbitration is always based on an agreement. Consent to arbitration by the host State and by the investor, is an indispensable requirement for a tribunal’s jurisdiction. Participation in treaties plays an important role for the jurisdiction of the tribunals but cannot, by itself, establish jurisdiction. Both parties must have expressed their consent.”

²¹ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Laudo, CIADI Caso No. ARB/04/14, Fecha de envío a las

1.2. Artículo 41 del Convenio CIADI

Ahora bien, sin perjuicio de las reglas procesales que pueden ser acordadas por las partes, el procedimiento para objeciones preliminares en jurisdicción está esencialmente gobernado por el Artículo 41 del Convenio CIADI.²² Esta disposición ordena la actividad procesal de la manera que sigue:

- (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.²³

Del mismo modo, la Regla 41 sobre Excepciones de Jurisdicción del Reglamento de Arbitraje establece para el Tribunal las atribuciones que siguen:

- (1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. [...]
- (2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.
- (3) En cuanto se oponga formalmente una excepción sobre la diferencia, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.
- (4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

Partes: 8 de diciembre de 2008, par.70 “En consecuencia, lo primero que corresponde en este caso del CIADI es examinar si el Tribunal tiene competencia para proceder a conocer y considerar el fondo de la Solicitud de Arbitraje formulada por la Demandante. El término “jurisdicción del Centro” se utiliza en el Artículo 25 del Convenio como una expresión de comodidad para describir los límites dentro de los cuales han de aplicarse las disposiciones del Convenio y facilitarse los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje. “Competencia” del Tribunal es el término utilizado también como expresión equivalente a “jurisdicción” en el Artículo 41 del Convenio. Si bien existe una sutil distinción jurisprudencial entre una excepción liminar a la “jurisdicción” del Tribunal y una excepción a su “competencia”, las excepciones comprendidas en cada uno de esos términos se tratan, como regla general, como “excepciones preliminares” conforme al Convenio del CIADI.”

²² Informe 37-40 p.47

²³ *Convenio*. Óp. Cit, p. 23.

(5) Si el Tribunal decidiera que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo.²⁴ [Subrayados Agregados]

El Artículo 41 del Convenio indica que será una facultad exclusiva del Tribunal de Arbitraje, determinar si ha de resolver en jurisdicción como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la disputa (Artículo 41(2), Convenio CIADI). Esto quiere decir que, ya sea por haber sido opuesta una objeción preliminar en jurisdicción (Reglas de Arbitraje, regla 41(1)) o a propósito de un examen *proprio motu*²⁵ (Regla 41(2), Reglas de Arbitraje), el Tribunal cuenta en principio con dos alternativas procesales. La primera consiste en adjudicar sobre el asunto jurisdiccional de manera inmediata. Binariamente las excepciones preliminares presentadas pueden ser acogidas o rechazadas y, en ambos casos, será correcto decir que la declaración por parte del Tribunal supondrá haber comprobado si la disputa alegada reunía o no los requerimientos fijados por el Artículo 25 del Convenio. Sin embargo, no siempre el examen preliminar tendrá como resultado una resolución del asunto jurisdiccional por parte del Tribunal. De acuerdo con una segunda alternativa, también puede ocurrir que pesar de haber sido verificada una objeción en jurisdicción y que las disposiciones pertinentes del Convenio ordenen suspender el procedimiento de fondo fijando plazos para la presentación de los respectivos argumentos (Regla 41(3), Reglas de Arbitraje CIADI), el Tribunal de Arbitraje prefiera no adjudicar y hacer ejercicio de su facultad para posponer (Regla 41(4), Reglas de Arbitraje CIADI).

No obstante, se debe advertir que la realidad procesal descrita puede ser modificada mediante un acuerdo de las partes. En concordancia con el carácter consensual de los procedimientos autorizados por el Convenio, las partes en los procedimientos de arbitraje pueden acordar sus propias reglas procesales aplicables.²⁶ Así, por ejemplo, de la misma forma

²⁴ *Convenio*. Óp. Cit pp. 121-122.

²⁵ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No. ARB/00/2, Date of dispatch to the parties: March 15, 2002, par. 56. “The Tribunal further observes that the question of jurisdiction of an international instance involving consent of a sovereign State deserves a special attention at the outset of any proceeding against a State Party to an international convention creating the jurisdiction. As a preliminary matter, the question of the existence of jurisdiction based on consent must be examined *proprio motu*, i.e., without objection being raised by the Party. A fortiori, since the Respondent has raised preliminary objections to the jurisdiction, the existence of consent to the jurisdiction must be closely examined.”

²⁶ Informe pp. 47-48 paras. 39-40

que otros acuerdos internacionales recientemente alcanzados por Chile,²⁷ según el apartado número 5 del Artículo 10.19 del Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos,²⁸ los estados parte regularon un procedimiento específico para oponer objeciones de competencia. Que, en resumen, entrega a la demandada un término de 45 días subsiguientes a la constitución del Tribunal, para oponer objeciones a la competencia de éste último. Quien, a su turno, deberá ordenar una suspensión de cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitir una decisión sobre dicha objeción. Resolución que es impostergable y no puede tardar más de 150 días, término que pueden ser extendido por 30 días adicionales de ser solicitada una audiencia y por otros 30 días adicionales más si se ha demostrado un motivo extraordinario.

Al final, sin perjuicio de un posible consenso sobre las reglas procesales pertinentes, en materia jurisdiccional preliminar el Tribunal debe abordar dos decisiones sucesivas. La primera consiste en definir qué tratamiento procesal aplicará para resolver en jurisdicción. Para esto, el Tribunal debe estimar si es o no posible resolver como cuestión previa una objeción jurisdiccional en particular. Luego, solo en caso de ser esto último preliminarmente posible, se torna necesaria una segunda declaración sobre acoger o rechazar las objeciones presentadas. En caso contrario, el Tribunal tomará una decisión postergando y el asunto será resuelto junto con el fondo de la controversia. En resumen, se puede decir que, además de estar facultado para despejar jurisdicción y su propia competencia, el Artículo 41(2) del Convenio también autoriza al Tribunal para decidir si adjudica al respecto de manera preliminar o con motivo del laudo arbitral que pone fin a la disputa.

Otros sistemas de arbitraje internacional también han fijado dos procedimientos para resolver sobre objeciones en jurisdicción. Así, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje CNUDMI y las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Justicia se distinguen al disponer una relación de preferencia en favor de resolver en jurisdicción como cuestión preliminar. En este sentido se manifiesta el Artículo 21(4) de las Reglas CNUDMI, al señalar de la forma que

²⁷ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, Article 9.23(5). p.9-26; *Acuerdo Comercial entre La República Argentina y La República de Chile*, Artículo 8.33(3). p.8-25; *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*, Artículo 10.20(7). pp. 10-19 – 10-20; *Australia-Chile Free Trade Agreement*, Article 10.20 (4). p.81; *Agreement Between Japan and The Republic of Chile for a Strategic Economic Partnership*, Article 97(2). p.60; *Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia*, Artículo 9.20(5); *Acuerdo de Libre Comercio Perú – Chile*, Artículo 11.20(5). p.36.

²⁸ *Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos*, Artículo 19.19(5). p. 17-17

sigue:

En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.²⁹

Un Tribunal Arbitral CNUDMI está facultado para resolver en jurisdicción de acuerdo con dos procedimientos. En primera instancia, las objeciones relativas a competencia deben ser resueltas como cuestión previa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral también está facultado para continuar el procedimiento y posponer una resolución del asunto jurisdiccional.³⁰ En contraste con el Convenio, este sistema es explícito al entregar una naturaleza preliminar a la decisión jurisdiccional y relegar a un carácter excepcional la opción procesal de resolver en conjunto con el fondo.

A su turno, las Reglas de la Corte Internacional de Justicia (Reglas CIJ) se expresan de manera comparable. Estas regulan el examen en jurisdicción de la manera que sigue:

Subsection 2. Preliminary Objections. Article 79(9) [...]

After hearing the parties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either *a)* uphold the objection, *b)* reject it, or *c)* declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character.³¹
[Numeración y subrayado agregado]

De acuerdo con las Reglas CIJ, las excepciones preliminares en jurisdicción pueden ser adjudicadas de tres maneras. La Corte puede primero acoger, luego rechazar y aún postergar declarando que éstas no poseen un “carácter preliminar exclusivo”. El artículo 79(9) recién citado parece sugerir dos comprobaciones en sucesión. La Corte, antes de plantearse un examen sobre la reunión de los requerimientos respectivos, primero debe comprobar el carácter exclusivamente preliminar de una objeción jurisdiccional. Resumiendo, antes que referirse a una decisión sobre acoger o rechazar objeciones, en términos analíticos el examen de la Corte se trata primero de establecer si es correcto el carácter jurisdiccional imputado por

²⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011

³⁰ *Methanex Corporation v. EE.UU.*, Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility), Uncitral, Made by the Tribunal on 2002, as at the International Centre for Settlement of Investment Disputes, the World Bank, Washington DC, USA, par. 172.

³¹ Corte Internacional de Justicia, *Reglamento de la Corte*.

las partes a los asuntos discutidos en la etapa preliminar.

En síntesis, sin perjuicio de las regulaciones procesales que pueden ser acordadas por las partes, se puede concluir que el Tribunal de Arbitraje no solo cuenta con la facultad para resolver sobre la jurisdicción del Centro y su propia competencia para dirimir el fondo de la controversia. Además, éste también tiene la atribución para decidir si va a ejercer dicha facultad como una cuestión previa o junto con el fondo de la controversia. No obstante, de acuerdo con una mera referencia al texto del Convenio, postergar no puede ser confirmado como el ejercicio de una atribución subordinada a la satisfacción de algún criterio o razón fundante. En circunstancias como las descritas, se plantea la necesidad de contestar si existe o no un estándar de decisión aplicable para resolver posibles situaciones de postergación. De existir tal cosa, concretamente no figuraría en el texto Convenio o sus disposiciones complementarias. Al fin y al cabo, parece razonable asumir que una respuesta al respecto debe ser el resultado de un examen de la doctrina jurisprudencial del Convenio.

1.3. Hipótesis de Trabajo

Como ya se ha manifestado, el ejercicio de la facultad de postergar puede ser descrito como una “situación de interpretación”. Ya que con una mera referencia al texto del Artículo 41(2) del Convenio, no se puede afirmar como correcta una única formulación normativa. Este artículo más bien parece disponer una relación de equivalencia entre ambas opciones procesales. Desde luego, en contraste con otros procedimientos, el Convenio ha dejado de señalar alguna relación de preferencia a favor de una resolución preliminar por sobre posponer y tampoco ha indicado alguna clase de criterio o estándar de decisión al respecto. No obstante, la mera indiferencia textual de la disposición indicada, no puede llevar a excluir su compatibilidad jurisprudencial con cierta preferencia o la admisión de un criterio. En especial, si se toma en cuenta que la plausibilidad de esta propuesta interpretativa puede ser respaldada recurriendo a la naturaleza consensual de la jurisdicción arbitral. Más bien, el Artículo 41(2) del Convenio puede ser explicado como la atribución de una facultad sujeta a algún grado de discrecionalidad.³² Explicación que sugiere preguntar sobre ¿Qué tipo de discrecionalidad

³² DWORKIN. RONALD., Los Derechos en Serio, p. 85. “Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro más fuerte. A veces hablamos de <discreción> no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para

tiene atribuida al Tribunal de Arbitraje? En particular, más allá de una simple expresión de su razonamiento, debe ser identificada la justificación genérica o específica que ha empleado el Tribunal al momento de postergar. Y de ser posible, demostrar que ésta puede ser reconocida como la admisión de alguna clase de criterio de decisión con un reconocimiento jurisprudencial.

En esta investigación, la hipótesis de trabajo adoptada consiste en convenir que entre la opción procesal de acoger o rechazar (adjudicar), por una parte, y postergar (no-adjudicar), por otra, mediaría un esquema de regla/excepción.³³ Queriendo decir que, de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio, adjudicar de manera preliminar supone la aplicación de una regla con validez general y, en cambio, no-adjudicar solo correspondería a una desviación necesaria de dicha regla. De esta manera, dado el carácter excepcional apuntado, para un ejercicio de la facultad de postergar se exige haber comprobado la reunión de ciertas circunstancias más o menos típicas. En otros términos, solo después de haber sido verificada una relación de preferencia en favor de adjudicar en jurisdicción como “cuestión previa” por encima de hacerlo en “conjunto con el fondo de la disputa”, corresponde preguntar ¿Qué circunstancias o razones impedirían al Tribunal de Arbitraje resolver preliminarmente?

En resumen, de acuerdo con la aproximación recién explicada, a partir de la práctica jurisdiccional del Convenio deben ser respondidas dos interrogantes. La primera consiste en

afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. [...] Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar [...]"

³³ LUHMANN, NIKLAS., *El Derecho de la Sociedad*, Editorial Herder, pp. 167-168. “Lo primero que salta a la vista es el hecho de que no se afirma que todo sea igual o que todo deba igualarse. La igualdad es una forma que vive gracias a que tiene una contraparte: la desigualdad. La igualdad sin la desigualdad no tendría sentido: y viceversa. Lo igual debe tratarse con lo igual, y lo desigual se debe tratar de manera desigual. Si se enuncia un concepto normativo de igualdad, se llega a la regla aristotélica de que lo igual debe tratarse como igual y lo desigual como desigual. Por lo tanto, se trata de un esquema de observación que sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que por sí mismo no determina la preferencia por la igualdad -sería poco plausible que se prescribiera que todos los delincuentes deberían ser castigados de la misma manera. Por lo tanto, la forma de la igualdad sirve para contrastar las desigualdades. Éstas, a su vez, deben tener un tratamiento igual dentro de las diferencias descubiertas, hasta que esta igualdad sugiera, nuevamente, la observación y designación de la desigualdad. Como toda comparación, ésta sirve para descubrir las desigualdades y lleva de la mano a la pregunta de si estas desigualdades impiden que se les trate por igual. Esta es precisamente la pregunta que ha tenido un significado práctico en el desarrollo del derecho. [...] A partir de esta posición de la forma se puede transformar la igualdad en norma. El tratamiento de lo igual servirá entonces como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en sí mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción.”

establecer qué razones o argumentos han sido esgrimidos en la fase preliminar para justificar la postergación de un asunto jurisdiccional. Acto seguido, una segunda pregunta reside en aclarar si dicha justificación ha sido entendida como parte de un estándar normativo de decisión. Queriendo decir que postergar no obedece a simples razones prácticas, sino que más bien se trata de un ejercicio procesal basado en los principios legales que son propios de un sistema de arbitraje internacional.

1.4. Relevancia jurídica y práctica de la facultad para postergar

Hay tres razones para sustentar el interés de investigar la facultad de postergar una decisión en jurisdicción. La primera, guarda relación con el principio consensual que rige en arbitraje internacional y el hecho de que tratándose de disputas sobre inversión ha participado el consentimiento de un estado soberano. Una segunda razón está enfocada en el riesgo de incurrir en declaraciones analíticamente contradictorias. Porque posponiendo el Tribunal asume dos riesgos. Por una parte, una decisión jurisdiccional tomada junto al fondo de la controversia podría ser sesgada, debido a la intervención de argumentos que en realidad pertenecen a la cuestión de fondo y, por otra, de manera paradójica aún podría pasar que en una determinación sobre este último tipo de asuntos sean utilizados argumentos que en definitiva son propios del ámbito jurisdiccional. Por último y en tercer lugar, también hay un asunto meramente práctico relacionado con los costos procesales asociados al proceso arbitral del Convenio.

1.4.1. Soberanía estatal

La necesidad de explicar qué razones llevan a postergar está arraigada en la naturaleza consensual del arbitraje internacional. Al respecto, resulta esencial tomar en cuenta que el Arbitraje CIADI es un mecanismo para el arreglo de controversias sobre inversión basado en consentimiento.³⁴ Una afirmación de la autoridad del Tribunal para adjudicar sobre el fondo, supone haber realizado una determinación acerca de las categorías de conflictos susceptibles de arbitraje de acuerdo con el consentimiento prestado por las partes en litigio. Además, y toda

³⁴SCHREUER, CHRISTOPH Óp. Cit. p.1.

vez que ha intervenido el compromiso arbitral de un estado soberano,³⁵ en concreto tal decisión importará hacer una definición acerca de qué políticas públicas sobre inversión pueden ser objeto de revisión por parte de un Tribunal CIADI. Dicho de otro modo, la decisión jurisdiccional equivale a responder qué ámbito institucional domestico podrá ser objeto de comparación con las obligaciones internacionales contraídas por el estado demandado. Para este último, el examen jurisdiccional representa una oportunidad legítima para intentar una contención del conjunto de políticas públicas objeto de escrutinio en un foro internacional. Es por esto, que tomando en cuenta la intermediación de un consentimiento soberano, los estados demandados esperan acabar con el proceso en etapas tempranas del procedimiento arbitral y de esta manera evitar una sentencia final desfavorable o mejor aún una de cualquier tipo.³⁶

1.4.2. Falacia: “Afirmación del Consecuente”

Resolver en jurisdicción en conjunto con el fondo del litigio implica el riesgo de incurrir en la falacia argumental de “afirmación del consecuente”. Esta consiste en asumir que, si a una premisa sigue siempre una consecuencia, entonces siempre que se presente la consecuencia debemos concluir que la premisa también está presente. En arbitraje, esta falacia se manifiesta como una especie de reversión lógica en dos sentidos. El primero, queda expresado cuando el poder de convicción previsto para un argumento de índole jurisdiccional, es modificado por intermediación de consideraciones propias del fondo litigioso. En este contexto, debe ser tomado en cuenta que en el proceso arbitral existe una relación secuencial entre el aspecto jurisdiccional y el de fondo, impidiendo al Tribunal adjudicar sobre la pretensión de la demandante sin antes haber fijado el alcance de su respectivo ámbito

³⁵ DOLZER, RUDOLF., y CHRISTOPH SCHEREUER, *Principles of International Investment Law*, p.7. “Bajo las reglas del derecho internacional consuetudinario, ningún estado tiene la obligación de admitir inversiones extranjeras en su territorio, generalmente o en cualquier segmento particular de su economía. Si bien el derecho a excluir y regular la inversión extranjera es una expresión de la soberanía del Estado, el poder de celebrar tratados con otros estados también se verá como una emanación del mismo concepto” [traducción libre]

³⁶ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Preliminary Objections, International Court of Justice, Judgment of 24 July 1964. p.25. “In making this comparison, the essential point is that the Respondent Government had entered certain preliminary objections in the earlier proceedings which, if successful (and it was presumably hoped to succeed on them), would necessarily have brought the case to an end, and have prevented not only a decision about, but even any discussion at all of the allegations made against Spanish nationals and authorities. But so equally would successful negotiations have prevented this.” [Traducción del Autor]

jurisdiccional. Pero en un examen procesal conjunto queda implícito el riesgo analítico de invertir la relación secuencial descrita. El Tribunal, toda vez que ha verificado la infracción de ciertos estándares de comportamiento estatal jurisdiccionalmente no comprometidos, podría adquirir un sesgo en favor de adjudicar al respecto sin contar con las competencias necesarias. En un segundo sentido, la misma reversión lógica se exhibe de ocurrir que argumentos o antecedentes ya desechados desde un punto de vista jurisdiccional, permanecen en el proceso como parte de consideraciones de fondo que sí son relevantes jurisdiccionalmente. Desde luego, este último tipo de defensas deben ser excluidas como un elemento de convicción para resolver cualquier aspecto de la disputa. Porque de modo contrario se daría lugar a una decisión contradictoria, puesto que el Tribunal adjudicará la controversia de acuerdo con razonamientos jurisdiccionalmente ya descartados de la discusión. En suma, ambas situaciones detalladas pueden intervenir como un factor en el proceso de decisión interno ejecutado por el Tribunal, dando lugar a un laudo arbitral que resuelve disputas fuera de su ámbito jurisdiccional o expresando argumentos inválidos desde el mismo punto de vista.

La reversión analítica descrita, parece explicar porque la Comisión *ad-hoc* anuló parcialmente el laudo arbitral del caso *Víctor Pey c. Chile*. Según esta última, la solicitud de anulación de Chile indicaba que la evaluación de daños del Tribunal había incluido antecedentes fuera de su alcance jurisdiccional. Los argumentos de Chile se detallan como siguen:

- el Tribunal había fallado en establecer razones respecto de “la metodología y cálculos usados para evaluar daños relacionados específicamente con las dos violaciones del Artículo 4 por las cuales Chile fue considerado responsable (denegación de justicia y discriminación); y
- su determinación de que era apropiado, para evaluar daños, utilizar el valor de expropiación de El Clarín (como se cuantificó en la Decisión 43), a pesar de haber concluido que los actos expropiatorios relacionados con El Clarín estaban fuera del alcance temporal del TBI y, por lo tanto, fuera de la jurisdicción del Tribunal.³⁷
[Traducción del Autor]

Al respecto, la Comisión *ad hoc* concuerda con Chile en relación con el carácter contradictorio de la determinación del Tribunal. Expresándose como sigue:

[...] el Tribunal manifestó expresamente que una evaluación de los daños presuntamente

³⁷ *Víctor Pey Casado c. Chile*, Anulación. Óp. Cit. par. 278

sufridos por los Demandantes como resultado de la expropiación era irrelevante y que todas las alegaciones, discusiones y pruebas relacionadas con tales daños no podían ser consideradas por el Tribunal [...] porque la expropiación en 1975 había ocurrido antes de la entrada en vigor del TBI y, por lo tanto, estaba fuera del alcance temporal del TBI.³⁸ [Traducción del Autor]

La Comisión, agrega que contradictoriamente “el Tribunal luego procedió a determinar el cálculo de los daños de las Demandantes sobre la base de la evaluación realizada por el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile de conformidad con la Decisión N°43 con el fin de compensar a las personas que consideraba propietarios de El Clarín a propósito de la expropiación del periódico.”³⁹ En síntesis, el Tribunal de *Víctor Pey c. Chile* había incurrido en una argumentación contradictoria en su decisión de fondo sobre responsabilidad en denegación de justicia, al mantener elementos de convicción irrelevantes en el contexto de su jurisdicción *ratio temporis*.

1.4.3. Costos procesales

En último término, desde un enfoque práctico todavía se puede agregar que los costos procesales provocados por una decisión de postergar resultan ser equivalentes a los generados con motivo de una que afirma la jurisdicción del Tribunal. En efecto, una de las finalidades del procedimiento preliminar es precaver los costos acarreados por un agotamiento de cada una de las instancias procesales contempladas en Arbitraje CIADI. En caso de ser acogida una objeción jurisdiccional, opera una reducción del alcance de la discusión y la demandada ya no deberá soportar los costos procesales asociados a una completa discusión de la disputa reclamada. En cambio, de ser pospuesta una decisión al respecto, semejante reducción no se verificaría y la discusión de ciertos aspectos jurisdiccionales deberá ser agregada a la etapa de fondo. En particular, se debe tomar en cuenta que, más allá de los servicios de defensa legal contratados, el proceso arbitral impone a cada uno de los litigantes dos clases de gastos. Por un lado, requiere soportar el pago de derechos para el registro de solicitudes y nombramiento de miembros de un Tribunal, honorarios de sus árbitros miembros y, por otro, además existen ciertos cargos por servicios administrativos y otros de tipo especial prestados por funcionarios

³⁸ *Ibid.* par. 283

³⁹ *Ibid.* par. 284

del Centro.⁴⁰ Se puede concluir que, a menos que la demandada reciba un reembolso con motivo de una condena en costas,⁴¹ la imposición de una decisión jurisdiccional importa asumir gastos en último término irrecuperables. En definitiva, si bien no es posible evitar el registro de una demanda, como demandado un estado todavía podrá reducir sus costos procesales si logra desechar reclamaciones o parte de ellas en etapas preliminares del proceso.

⁴⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Costo del Procedimiento*, Internet; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Memorando de Honorarios y Cargos*, Internet.

⁴¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/06/5, Date of dispatch to the parties: April 15, 2009, par. 151. “While many ICSID tribunals have ruled that each party should bear its own costs, many have applied the principle that “costs follow the event,” making the losing party bear all or part of the costs of the proceeding and attorney fees. In the circumstances of this case, the Tribunal intends to employ this principle. The Tribunal has concluded not only that the Claimant’s claim fails for lack of jurisdiction, but also that the initiation and pursuit of this arbitration is an abuse of the international investment protection regime under the BIT and, consequently, of the ICSID Convention. It is also to be noted that the Claimant filed a request for provisional measures which was rejected in its entirety by the Tribunal and which added to the costs of the proceeding. The Respondent has been forced to go through the process and should not be penalized by having to pay for its defense.”

CAPÍTULO 2: CARÁCTER PRELIMINAR DEL EXAMEN JURISDICCIONAL

A diferencia de otros sistemas de arbitraje, se ha visto que el Artículo 41(2) del Convenio parece establecer cierta equivalencia textual entre definir jurisdicción como cuestión previa o en conjunto con el fondo de la controversia. Sin embargo, de asumir como normativamente correcta la relación de equivalencia establecida entre ambas alternativas procesales, se da lugar a una tensión entre la conformación del procedimiento y el principio consensual que rige en arbitraje internacional. En este capítulo, es turno de contestar porque la decisión jurisdiccional es un asunto por regla general preliminar y solo por excepción corresponderá postergar.

3.1. Principio Consensual

Postergar puede ser descrita como una arbitrariedad práctica procesalmente autorizada. Desde luego, resolver en jurisdicción sería una facultad arbitral de ejercicio primeramente preliminar y la posposición puede ser asimilada con una situación práctica de sometimiento arbitrario. Porque, al igual que otras formas de arbitraje, la jurisdicción del Convenio está basada en un acuerdo y sus partícipes podrán ser compelidos a litigar en la medida que han consentido. Dar por aceptado lo contrario, implicaría tolerar la existencia de una jurisdicción arbitral justificada por una simple manifestación de voluntad unilateral de la parte demandante. Que obliga a la demandada a litigar sobre el fondo de disputas respecto de las cuales probablemente no ha consentido. Sin embargo, tratándose de posponer tal imposición será arbitraria solamente desde un punto de vista práctico, ya que ésta ha sido autorizada de manera expresa por el Artículo 41(2) del Convenio. Al final, acerca de la magnitud de la arbitrariedad práctica reseñada, se puede añadir que ésta dependerá del grado de probabilidad asignado para una futura aceptación de la objeción jurisdiccional por parte del Tribunal.

De acuerdo con la jurisprudencia examinada, el principio consensual se expresa en el proceso arbitral como la necesidad preliminar de alcanzar decisiones jurisdiccionales con carácter definitivo. De hecho, se ha reconocido que decisiones con carácter “provisional”

también entrañarían una amenaza para el vigor del principio consensual, la cual resulta ser semejante a la provocada por postergar. Este tipo de determinaciones, sí suponen dirimir preliminarmente el asunto jurisdiccional, pero tienen un carácter meramente condicional y son consecuencia de la aplicación de un estándar de decisión sujeto a la plausibilidad de la reclamación del demandante. Por esto último, se puede decir que esta clase de determinaciones provocan consecuencias análogas a las imputadas para la alternativa de derechamente postergar. Puesto que también implican una reapertura de la discusión jurisdiccional en la fase de fondo. Obligando a la parte demandada a litigar sobre controversias quizá no consentidas. En consecuencia, de acuerdo con el principio consensual se puede concluir que los mismos argumentos empleados para rechazar decisiones provisionales, también son apropiados para sostener el carácter primeramente preliminar de la decisión jurisdiccional.

3.2. Jurisprudencia

En arbitraje internacional, la existencia de un procedimiento preliminar para dirimir jurisdicción, esencialmente obedece a la intención de maximizar la vigencia del principio consensual. Según el Tribunal CIADI de *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, en la fase preliminar existiría un enfoque general para el tratamiento de excepciones jurisdiccionales. El cual está basado en la naturaleza consensual y limitada de la autoridad de un tribunal en arbitraje internacional. Haciendo una referencia al caso *The Mavrommatis Palestine Concessions v. Britain* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Tribunal expresa que de ser opuesta una excepción jurisdiccional debe ser adoptada una decisión, siempre y cuando ésta no signifique prejuzgar el resultado final de la globalidad del argumento opuesto por el demandado. Explica su aproximación como sigue:

65. Los tribunales internacionales (como éste) establecidos para decidir casos registrados ante el Centro en el marco del Convenio de Washington (como el presente caso de arbitraje) son órganos dotados de limitada competencia. Están facultados para pronunciarse sobre esos casos sólo si se cumplen las condiciones que les permiten ejercer su competencia. En la esfera del derecho internacional (comenzando con la Corte Permanente de Justicia Internacional [CPJI], predecesora de la Corte Internacional de Justicia [CIJ]) existen numerosos precedentes sobre la manera en que esos órganos de competencia limitada deben abordar cuestiones sobre jurisdicción.

66. En el caso *Mavrommatis (Grecia c. Gran Bretaña)*, el Gobierno británico opuso una

excepción preliminar a la competencia de la Corte en el caso, y en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) se señaló, al comienzo, lo siguiente:

“Derecho.

Antes de entrar a considerar el procedimiento en el caso de las concesiones de *Mavrommatis*, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha tomado conocimiento de una excepción opuesta por el Gobierno de Su Majestad Británica en el sentido de que la Corte no puede entender en el procedimiento. La Corte no está llamada a determinar cuáles son, en los diversos códigos de procedimiento y en las diversas terminologías jurídicas, las características específicas de tal excepción; en especial, no está llamada a considerar la cuestión de si “competencia” y “jurisdicción”, *incompétence* y *fin de non-recevoir* deben considerarse invariablemente y en todos los contextos como expresiones sinónimas. Basta con señalar que el alcance extremadamente amplio de la excepción con respecto a la cual, antes de que puedan formularse argumentos sobre el fondo del caso, la Corte debe adoptar una decisión (sin que, al hacerlo, sin embargo, prejuzgue en modo alguno sobre el resultado final de ese argumento) ha sido señalado por las partes mismas en sus escritos preliminares de contestación y réplica o en el curso de las declaraciones orales formuladas en su nombre.

67. En la misma decisión (la del caso *Mavrommatis*), uno de los jueces, el juez Moore, aunque disintiendo por lo demás de la sentencia de la Corte, coincidió con el enfoque de la misma en materia de jurisdicción, manifestando:

‘Hay ciertas concepciones elementales comunes a todos los sistemas de jurisprudencia, y una de ellas es el principio de que nunca se justifica que un tribunal de justicia entienda en el fondo de una causa, y se pronuncie al respecto, si carece de competencia. En ningún lugar está expresado más claramente este principio que en la gran compilación de jurisprudencia francesa de Dalloz, en que se señala que, siendo la competencia esencialmente una cuestión de orden público, ya que es una cuestión de interés general que ninguna autoridad rebasa los límites a los que debe ceñirse su actividad, una excepción a la competencia de un tribunal puede oponerse en cualquier etapa del procedimiento, por lo cual, aunque las partes guarden silencio, el tribunal, si concluye que carece de competencia, está obligado a desentenderse de oficio del caso (*se dessaisir d’office*), y se cita una sentencia del más alto tribunal de justicia de Francia en el sentido de que un tribunal puede oponer por sí mismo la excepción aunque las partes no hayan planteado la cuestión ante los tribunales de primera instancia y de apelación. (Dalloz, *Repertoire, Competence*, Art. 2, No. 36)⁴² [Subrayados Agregados]

En el mismo caso *Mavrommatis*, la Corte ya había notado que, por no existir reglas procesales específicas sobre la forma de tramitar una excepción en jurisdicción, el correspondiente examen debe ser configurado en función de la naturaleza consensual de su autoridad. Por lo tanto, y con motivo de las objeciones en jurisdicción promovidas por Gran Bretaña como parte demandada, se expresa como sigue:

⁴²*Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Laudo, CIADI Caso No. ARB/04/14, Fecha de envío a las Partes: 8 de diciembre de 2008, pars. 65-67.

In the first place, the exact scope must be ascertained of the investigations which the Court must, under Article 36, last paragraph, of the Statute, pursue in order to arrive at the conclusion that the dispute before it does or does not relate to the interpretation or the application of the Mandate, and, consequently, is or is not within its jurisdiction under the terms of Article 26. Neither the Statute nor the Rules of Court contain any rule regarding the procedure to be followed in the event of an objection being taken in limine litis to the Court's jurisdiction. The Court therefore is at liberty to adopt the principle which it considers best calculated to ensure the administration of justice, most suited to procedure before an international tribunal and most in conformity with the fundamental principles of international law.

For this reason the Court, bearing in mind the fact that its jurisdiction is limited, that it is invariably based on the consent of the respondent and only exists in so far as this consent has been given, cannot content itself with the provisional conclusion that the dispute falls or not within the terms of the Mandate. The Court, before giving judgment on the merits of the case, will satisfy itself that the suit before it, in the form in which it has been submitted and on the basis of the facts hitherto established, falls to be decided by application of the clauses of the Mandate. For the Mandatory has only accepted the Court's jurisdiction for such disputes.⁴³

Aún en *Mavrommatis*, la Corte estima que, de conformidad con el vacío procesal dejado por los instrumentos pertinentes, es libre para adoptar el estándar fundamental considerado más confiable en asegurar una correcta administración de justicia, más apropiado para proceder ante un tribunal internacional y en conformidad con los principios fundamentales de derecho internacional. Expresando que dado el carácter limitado de su jurisdicción debe rechazar la posibilidad de emitir un pronunciamiento “Provisional” sobre las excepciones presentadas. Más bien al contrario, bajo ciertas condiciones procesales y antes de tomar una decisión definitiva sobre el fondo de la disputa, al tribunal cabe la tarea de hacer una definición sobre el ámbito dentro del cual la parte demandada ha aceptado la jurisdicción de la Corte Permanente.

En *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América (Plataformas Petroleras)*, la Corte Internacional de Justicia confirma la necesidad de resolver en jurisdicción de manera preliminar. En este caso, la discusión pertinente se refiere a la aplicabilidad del “Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los Estados Unidos de América e Irán (Tratado de 1955)”⁴⁴ para adjudicar una disputa

⁴³ *The Mavrommatis Palestine Concessions Greece v. Britain*, Judgment No. 2, Permanent Court of International Justice, 30 August 1924, pars. 29-30.

⁴⁴ *Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights Between The United States of America and Iran*, Agosto 15, 1955.

derivada del ataque y destrucción de tres complejos de producción petrolera iraní por naves de guerra pertenecientes a la Marina de Estados Unidos. En esta discusión, las partes habían diferido sobre qué estándar de decisión debe ser empleado en materia jurisdiccional y, a su turno, la Corte se expresaba a través de su opinión de mayoría de la manera que sigue:

[...] the Parties differ on the question whether the dispute between the two States with respect to the lawfulness of the actions carried out by the United States against the Iranian oil platforms is a dispute "as to the interpretation or application" of the Treaty of 1955. In order to answer that question, the Court cannot limit itself to noting that one of the Parties maintains that such a dispute exists, and the other denies it. It must ascertain whether the violations of the Treaty of 1955 pleaded by Iran do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to Article XXI, paragraph 2.⁴⁵
[Subrayado Agregado]

En relación con el asunto jurisdiccional, la Corte declaró que los “Asuntos relativos al uso de la fuerza por tanto no están *per se* excluidas del alcance del Tratado de 1955.”⁴⁶ Añadiendo que “Por tanto, la cuestión que debe ser decidida por la Corte, en orden a determinar su jurisdicción, es si las acciones de los Estados Unidos denunciadas por Irán tienen un potencial para afectar la ‘libertad de comercio’ de la manera garantizada por la disposición citada arriba”.⁴⁷ Describiendo su aproximación de la manera que sigue:

On the material now before the Court, it is indeed not able to determine if and to what extent the destruction of the Iranian oil platforms had an effect upon the export trade in Iranian oil; it notes nonetheless that their destruction was capable of having such an effect and, consequently, of having an adverse effect upon the freedom of commerce as guaranteed by Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955. It follows that its lawfulness can be evaluated in relation to that paragraph. The argument made on this point by the United States must be rejected.⁴⁸ [Subrayado Agregado]

No obstante, a través de su “*Opinión Separada*”, en *Plataformas Petroleras* la Magistrado Higgins estimaba que aún deben ser consideradas ciertas cuestiones metodológicas

⁴⁵ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996, par.16.

⁴⁶ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996, par. 21 “Matters relating to the use of force are therefore not *per se* excluded from the reach of the Treaty of 1955.”

⁴⁷ *Ibid.* par.38 “Therefore, the question the Court must decide, in order to determine its jurisdiction, is whether the actions of the United States complained of by Iran had the potential to affect “freedom of commerce” as guaranteed by the provision quoted above.”

⁴⁸ *Ibid.* par. 51

que gravitarían sobre el grado de incertidumbre imperante en la práctica de la Corte.⁴⁹
Explicando que existen dos tipos de aproximaciones en oposición:

9. Other cases are more directly relevant for the purpose of addressing the methodological problems at the heart of the present case. They reveal a struggle between the idea that (1) it is enough for the Court to find provisionally that the case for jurisdiction has been made, and (2) the alternative view that the Court must have grounds sufficient to determine definitively at the jurisdictional phase that it has jurisdiction.⁵⁰ [Énfasis y numeración agregada]

Al respecto, la Juez Higgins manifiestaba que los pronunciamientos de índole provisional son insuficientes. Queriendo decir que en ningún caso el enfoque preliminar aplicado debe dar lugar a determinaciones basadas en simples conexiones razonables o plausibles. Expresándose con los argumentos que siguen:

31. Where the Court has to decide, on the basis of a treaty whose application and interpretation is contested, whether it has jurisdiction, that decision must be definitive. (It is uncertain whether cases where the merits fall to be determined by another tribunal may perhaps be an exception to this general provision - notwithstanding that the rationale, when closely examined, is debatable.) It does not suffice, in the making of this definitive decision, for the Court to decide that it has heard claims relating to the various articles that are "arguable questions" or that are "bona fide questions of interpretation" (each being suggestions advanced in this case). This is so notwithstanding that the Interhandel case (with its passing reference to a "provisional conclusion") and the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case do not fit easily into this approach. The treatment of the issue in the latter case contained so many remarkable elements and so many diverse views that it cannot be seen as a clear decision by the Court to move away from the approach so powerfully established in the Mavrommatis case. Nor, in my view, is the answer to be found in the establishment of a "reasonable connection" between the claims and the Treaty - that is a necessary but not sufficient condition.⁵¹ [Subrayado agregado]

3.3. Distinción funcional Jurisdicción-Fondo

En Arbitraje CIADI, la vigencia del principio consensual también se ve reflejada en la distinción funcional que mediaría entre la etapa jurisdiccional preliminar y la subsiguiente referida al fondo del proceso. Por cierto, adjudicar en jurisdicción supone realizar un contraste entre el reclamo alegado y las categorías de disputas previstas por los instrumentos

⁴⁹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Separate Opinion of Judge Higgins, International Court of Justice, par. 2

⁵⁰ *Ibid.* par. 9

⁵¹ *Ibid.* par. 31

pertinentes. En contrapartida, tratándose de una definición de fondo el propósito es determinar si la pretensión afirmada en la demanda está o no debidamente fundada. En *El Paso c. Argentina*, el Tribunal de Arbitraje caracteriza el examen jurisdiccional haciendo un contraste de éste con el relativo al fondo de la controversia. Pormenorizando su orientación de la manera siguiente:

En otras palabras, (en un examen jurisdiccional) lo que se trata es determinar si las cuestiones que deben considerarse encuadran dentro de los parámetros de la jurisdicción, según se la define en el tratado habilitante. No se trata de analizar si las alegaciones del Demandante se basan debidamente en el fondo de la cuestión. [...] En este caso también, lo fundamental de la decisión del Tribunal es que, en esencia, lo que se trata no es de determinar si el reclamo está debidamente fundado en el fondo de la cuestión, sino determinar si, como está planteado, encuadra en el marco jurisdiccional previsto en el tratado o tratados pertinentes.⁵²

Según el Tribunal, el examen jurisdiccional y el de fondo suponen tareas analíticas diversas y, en consecuencia, ambos asuntos deben ser abordados de acuerdo con procedimientos distintos. En este caso, la defensa del Estado Argentino había afirmado cierta libertad del Tribunal para resolver en jurisdicción de manera condicional. Quien, a su turno, negaba la existencia de una libertad como la descrita. Agregando que la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del Convenio solo autoriza para resolver sobre objeciones preliminares junto con el fondo de la diferencia y un ejercicio de tal facultad siempre debe estar justificado por una razón convincente. Éste se expresa como sigue:

Esto significa que, en la medida que no sean frívolos o abusivos, los reclamos formulados en el presente caso deben ser tomados como tales por el Tribunal, cuya tarea en la etapa jurisdiccional del procedimiento consiste sólo en determinar si estos reclamos, tal como se han formulado, encuadran en el marco jurisdiccional previsto en el Tratado o instrumentos pertinentes. Ello es así por cuanto en esta primera etapa, los tribunales se ocupan de la naturaleza de los reclamos o argumentos y no de establecer si están debidamente fundados. Si fuera de otro modo, las cuestiones jurisdiccionales deberían abordarse al mismo tiempo que las cuestiones de fondo del caso, o incluso posteriormente. En consecuencia, la cuestión que debe abordarse aquí es si las alegaciones del Demandante, en caso de ser ciertas – lo cual se examinará en la etapa del análisis del fondo de la cuestión –, indican violaciones del TBI y, por lo tanto, encuadran dentro de la competencia de este Tribunal en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI. Esta es la perspectiva con que deben considerarse las objeciones planteadas por la República de Argentina. No queda a la libertad del Tribunal, contrario a lo señalado por el abogado Demandado (Trascripción de la audiencia del 8 de abril de 2005, p.39),

⁵² *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Decisión Sobre Competencia, Caso CIADI No. ARB/03/15, Washington, D.C., 27 de abril de 2006, párs. 42-43.

“declare condicionalmente su jurisdicción expresando con particular énfasis que la jurisdicción se declara para el caso que el Demandante pruebe – durante la fase de méritos– los hechos que demuestren definitivamente la jurisdicción y competencia del Tribuna.”

La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI no prevé decidir la jurisdicción “condicional” del Centro. Todo lo que el Tribunal podría hacer, en virtud del párrafo cuatro de esa regla, es decidir las objeciones preliminares del Demandado junto con el fondo de la diferencia. Sin embargo, no existe ninguna razón convincente para proceder a dicha declaración conjunta.⁵³

En *El Paso*, la necesidad de una razón convincente para un examen conjunto revela el carácter bifurcado del procedimiento de Arbitraje CIADI. En suma, así como no es debido pronunciarse sobre la veracidad de hechos o el éxito de una pretensión con motivo de un examen preliminar en jurisdicción (pre-juzgar), a menos que medie una justificación tampoco sería correcto dejar para la etapa de fondo consideraciones relativas al ajuste jurisdiccional de los reclamos planteados (reapertura o post-juzgar jurisdicción).

3.4. Eficacia Procesal

Hay un tercer argumento sobre la naturaleza preliminar de una determinación jurisdiccional. Éste se sostiene en que el procedimiento mismo se debe desempeñar como un instrumento de eficacia procesal. Desde luego, en arbitraje internacional una discusión y definición jurisdiccional preliminar, también persigue precaver ciertos riesgos que podrían poner en duda la aptitud del procedimiento para poner fin al litigio. En *Salini c. Jordania* un Tribunal CIADI señalaba que la configuración del examen jurisdiccional importa considerar un balance entre dos preocupaciones en oposición. Expresándose como sigue:

The Tribunal is in full agreement with this jurisprudence. It reflects the balance to be struck between two opposing preoccupations: (1) to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success and sometimes are even of an abusive nature; (2) but to ensure equally that, in considering issues of jurisdiction, courts and tribunals do not go into the merits of cases without sufficient prior debate. In conformity with this jurisprudence, the Tribunal will accordingly seek to determine whether the facts alleged by the Claimants in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked.⁵⁴ [Numeración y subrayado agregados]

⁵³Ibid. par. 45.

⁵⁴ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/13, [s. f.], par. 137; V.t. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/3, April 22, 2005, par. 254.

Así, por una parte, existe un interés por descongestionar el sistema de arbitraje. Aquí el procedimiento de excepciones en jurisdicción puede ser asimilado como un filtro de admisión. Que aborda su cometido mediante una delimitación *ab initio* del conflicto ventilado, excluyendo demandas o argumentos sin posibilidades de éxito y que en ocasiones pueden resultar abusivos. Agregando, que la aplicación del mismo en términos mediatos incluso puede servir como una herramienta de prevención general, ajustando las expectativas procesales de potenciales litigantes del sistema. Ahora bien, por otra parte, un examen preliminar también funcionaría como oportunidad procesal para dar lugar a un debate previo sobre el litigio. Encauzando el proceso arbitral mediante una reducción de la selección de hechos y asuntos legales relevantes. Dicho de otra manera, más allá del filtro jurisdiccional aplicado por el Tribunal, no necesariamente todos los argumentos o antecedentes discutidos sobrevivirán a la fase preliminar. Al final, ya sea porque han demostrado ser ineficaces o forman parte de una estrategia procesal fallida, muchos de éstos serán objeto de abandono o al menos una reorganización.

CAPÍTULO 3: RAZONES PARA POSTERGAR EN JURISDICCIÓN

Como se ha visto, el Artículo 41(2) del Convenio faculta al Tribunal de Arbitraje para adjudicar sobre su propia jurisdicción. No obstante, si bien dicha atribución es en principio una cuestión previa, bajo ciertas circunstancias la práctica jurisdiccional ha comprendido que el mismo Tribunal todavía está autorizado para no-adjudicar y aplazar su decisión jurisdiccional.

En este capítulo, es turno de hacer una descripción de la función cumplida por la facultad de postergar en su entorno procesal. Definiendo qué rol juega en jurisdicción y cómo se interrelaciona con los fines del proceso arbitral. A continuación, incumbe revisar algunas decisiones de arbitraje sobre inversión relativas a jurisdicción preliminar (Convenio y Reglas CNUDMI), en las cuales el respectivo tribunal ha esgrimido argumentos para justificar la posposición de su respectiva declaración. De este modo se pretende exponer qué razonamiento han empleado distintos tribunales insertos en sistemas arbitrales igualmente diversos y, de existir tal cosa, qué grado unidad argumental hay entre éstos.

6.1. Mecanismo de integridad procesal

En Arbitraje CIADI, la facultad del Tribunal para posponer su decisión en jurisdicción se ajusta a lo que podría ser denominado como un “mecanismo de integridad procesal”. Posponiendo, el Tribunal persigue evitar una decisión preliminar que puede conducir a un prejuzgamiento del fondo litigioso. Circunstancias que en último término representan una amenaza para el carácter final del laudo arbitral. Desde luego, al decir prejuzgamiento se pretende hacer referencia a un ejercicio por parte del Tribunal de facultades no asignadas o no previstas en el marco de un procedimiento preliminar sobre objeciones jurisdiccionales. De manera específica, en dicha etapa procesal corresponde al Tribunal establecer si la demanda presentada está o no referida a la infracción de una o más obligaciones internacionales sustantivas adquiridas por la parte demandada,⁵⁵ y solamente en la etapa de fondo tomará

⁵⁵ *Oil Platforms*. Óp. Cit. par. 16. “[...] On the other hand, the Parties differ on the question whether the dispute

lugar una determinación sobre la veracidad de los hechos afirmados y si éstos sostienen o no la infracciones alegadas por la demandante.⁵⁶ Así, por tanto, es que el Tribunal prejuzga una defensa de fondo al realizar una determinación preliminar relativa a la veracidad de hechos o respecto de responsabilidad en infracción de obligaciones internacionales. De la forma descrita, es que prejuzgar significaría una frustración de la legitimidad del proceso arbitral. De hecho, aun teniendo en cuenta la imposibilidad de una revisión substantiva del laudo arbitral CIADI,⁵⁷ este tipo de infracciones incluso podrían ser empleadas como argumentos en el contexto de una revisión referida a la corrección de su respectivo marco procesal. En particular, se trata de aspectos relativos al ámbito de facultades del Tribunal, su composición y reglas de procedimiento fundamentales.⁵⁸

Al respecto, se debe hacer notar que la nulidad sería la única amenaza significativa para el carácter final de un laudo arbitral CIADI.⁵⁹ Desde luego, aunque en arbitraje internacional las decisiones arbitrales son finales y no están sujetas a ninguna clase de procedimiento de apelación.⁶⁰ El Convenio CIADI sí da lugar a la anulación como un sistema

between the two States with respect to the lawfulness of the actions carried out by the United States against the Iranian oil platforms is a dispute "as to the interpretation or application" of the Treaty of 1955. In order to answer that question, the Court cannot limit itself to noting that one of the Parties maintains that such a dispute exists, and the other denies it. It must ascertain whether the violations of the Treaty of 1955 pleaded by Iran do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to Article XXI, paragraph 2"; *Oil Platforms, Separate Opinion of Judge Higgins*. Óp. Cit. par. 32. "The only way in which, in the present case, it can be determined whether the claims of Iran are sufficiently plausibly based upon the 1955 Treaty is to accept *pro tem* the facts as alleged by Iran to be true and in that light to interpret Articles 1, IV and X for jurisdictional purposes - that is to say, to see if on the basis of Iran's claims of fact there could occur a violation of one or more of them."; "In order to determine its jurisdiction, the Tribunal must consider whether the dispute, as presented by the Claimant, is *prima facie*, that is at a summary examination, a dispute that falls generally within the jurisdiction of ICSID and specifically within that of an ICSID Tribunal established to decide a dispute between a U.S. investor and Argentina under the BIT. [...] The investigation must not be aimed at determining whether the claim is well founded, but whether the Tribunal is competent to pass upon it." [Subrayado agregado]; V.t. *Continental Casualty Company and The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/9, Date of Decision: February 22, 2006. pars. 60-63; V.t. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/3, April 22, 2005, pars. 237-254; V.t. *Salini v. Jordan*. Óp. Cit. pars. 137-151.

⁵⁶Oil Platforms, Separate Opinion of Judge Higgins. Óp. Cit. pr. 34; V.t.. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/3, April 22, 2005, prs. 57-58.

⁵⁷ *Convenio*. Óp. Cit, p. 48

⁵⁸ THOMAS W, WALSH., Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality, 24 Berkeley J. Int'l Law. 444, 2006. pp. 451 - 454

⁵⁹ *Ibid*

⁶⁰ DOLZER. Óp. Cit. pp. 277 - 278

de revisión basado en la legitimidad del proceso de decisión arbitral. El Artículo 52(1) enumera cinco posibles causales de nulidad. Así, por ejemplo, el prejuzgamiento de la controversia puede ser identificado con el supuesto de nulidad referido a “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” (Convenio, Artículo 52(1) (d)). En este caso, el Tribunal ha infringido el carácter bifurcado del procedimiento arbitral, prejuzgando mediante una decisión preliminar basada en hechos o aplicando un régimen legal que es propio de la discusión relativa a la pretensión fondo.

6.1.1. Examen *prima facie*

Antes que postergar, la práctica del Convenio ha inhibido el denominado riesgo de prejuzgar aplicando de manera preliminar un examen *prima facie*.⁶¹ En *Plataformas Petroleras* la Corte había abordado la tarea de establecer qué tipo de enfoque preliminar corresponde aplicar para resolver en jurisdicción. En particular, según la *Opinión separada de la Juez Higgins*, esta aproximación se describe de la manera que sigue:

The only way in which, in the present case, it can be determined whether the claims of Iran are sufficiently plausibly based upon the 1955 Treaty is to accept *pro tem* the facts as alleged by Iran to be true and in that light to interpret Articles 1, IV and X for jurisdictional purposes - that is to say, to see if on the basis of Iran's claims of fact there could occur a violation of one or more of them.⁶² [Énfasis original]

Expresándose acerca de la intermediación del riesgo de prejuzgar de la forma siguiente:

34. Nothing in this approach puts at risk the obligation of the Court to keep separate the jurisdictional and merits phases (unless it had been decided that a preliminary objection did not possess an exclusively preliminary character under Article 29 (2) of the Rules of Procedure) and to protect the integrity of the proceedings on the merits. Of course any definitive decision that even on the facts as described by Iran no breach of a particular article could follow, does "affect the merits" in the sense that that matter no longer may go to the merits. That is inherent in the nature of the preliminary jurisdiction of the Court. What is for the merits and which remains pristine and untouched by this approach to the jurisdictional issue is to determine what exactly the facts are, whether as finally

⁶¹ *United Parcel Service Inc. and Government of Canada., Award on Jurisdiction*, ICSID Case No. UNCT/02/1, 22 November 2002, pars. 32-33 y 36; V.t. *Canfor Corporation v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, Decision on Preliminary Question, Uncitral (1976), Washington, D.C., 6 June 2006, par. 171. V.t. *Methanex Corporation v. EE.UU.*, Óp. Cit. pr. 112 pars. 116-118; V.t. *Continental v. Argentine*, Óp. Cit. par. 60; V. t. *Impregilo v. Pakistan*, Óp. Cit. par. 237; V.t. *Salini v. Jordan*, Óp. Cit. prs. 137-151; V.t. *Joy Mining v. Egypt*, Óp. Cit. pars. 29-30; V.t. *Bayindir v. Pakistan*, Óp. Cit. par. 194; V.t. *Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España*, Laudo, CASO CIADI NO. ARB/97/7, Washington, D.C., 9 de noviembre de 2000, pars. 69-70 y par.89.

⁶²Oil Platforms, Separate Opinion of Judge Higgins. Óp. Cit. par. 32

determined they do sustain a violation of, for example, Article X; and if so, whether there is a defence to that violation, lying in Article XX or elsewhere. In short, it is at the merits that one sees "whether there really has been a breach" (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 23).⁶³

Según la *Juez Higgins*, el examen *prima facie* actúa como un dispositivo inhibitor al reemplazar la necesidad de operar de manera preliminar dos tipos de atribuciones propias de la etapa de fondo. Por una parte, no cabría requerir una calificación sobre veracidad, si en un contexto preliminar el tribunal de arbitraje acepta "*pro tempore*" como verdaderos los hechos alegados por la parte demandante y, por otra parte, se soslaya un eventual pronunciamiento sobre el éxito de una demanda, si la objeción en jurisdicción se considera acogida o rechazada en la medida que los hechos formulados cuentan o no con el "potencial" de constituir la infracción de una o más obligaciones sustantivas adquiridas por la demandada.

No obstante, si bien la jurisprudencia del Convenio ha aceptado la aplicabilidad del examen *prima facie*, igualmente ha contemplado cierta moderación en sus consecuencias. Se puede observar cierta relativización del valor preliminar atribuido a la caracterización de la disputa realizada por la demandante. Tribunales diversos han planteado la necesidad de aclarar bajo qué condiciones debe ser aceptada como verdadera dicha caracterización y, como resultado, han afirmado en su favor desde un cierto grado de escrutinio sobre las declaraciones de la demandante hasta un completo dominio del ámbito de discusión preliminar.

Así, por ejemplo, en *SGS c. Pakistán* el Tribunal consideraba que por regla general en la fase preliminar corresponde al demandante caracterizar sus reclamos. Pero tampoco descartaba que, bajo ciertas circunstancias, en la práctica resulte necesario ejecutar un examen de las afirmaciones de hecho realizadas por la parte demandante.⁶⁴ En *Joy Mining c. Egipto* el Tribunal también nota que la directriz del *test prima facie* no es una norma absoluta y ésta debe ceder a las eventualidades específicas del caso. En particular, expone que siendo evidente la existencia de una visión divergente sobre el significado de la disputa, no es apropiado solo confiar en la presunción de que las alegaciones presentadas por la Demandante son correctas.⁶⁵

⁶³ *Ibid.* par. 34

⁶⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, CASE No. ARB/01/13, August 6, 2003, pars.144-145.

⁶⁵ *Joy Mining c. Egipto*, Óp. Cit.pr. 30.

Al contrario, el Tribunal parece justificar su enfoque en la intermediación del principio procesal de contradicción, declarando que los argumentos deben ser examinados en una perspectiva amplia, incluyendo las opiniones expresadas por la demandada, a fin de llegar a una determinación jurisdiccional.⁶⁶ Según el Tribunal de *Continental c. Argentina*, la relación de hechos del Demandante más bien funcionaría como un marco referencial para la discusión preliminar. Explica que la adopción de un enfoque *prima facie* no significa necesariamente aceptar como verdadera su descripción de los hechos, sin la mediación de algún tipo de examen ulterior.⁶⁷ Es más aún, la demandada incluso puede proveer evidencia demostrando que el caso carece de base fáctica ni siquiera a la luz de un escrutinio preliminar.⁶⁸ El Tribunal agrega que, en cuanto a los fundamentos legales del asunto jurisdiccional, corresponde evaluar si los hechos tenidos por verdaderos, una vez establecidos, podrían dar lugar a las infracciones del Tratado alegadas por la demandante y, por lo tanto, el Tribunal es competente para adjudicar.

En *Vieira c. Chile*, el Tribunal estima que el tipo de examen jurisdiccional aplicado no está atado a las circunstancias específicas del caso. En *Vieira*, las partes habían discutido qué alcance tiene la atribución del Tribunal para realizar determinaciones acerca de hechos discutidos y sus respectivas inferencias legales. Este último, si bien coincide con la demandada, al indicar que una revisión jurisdiccional debe estar integrada por todos los “hechos apreciables por el Tribunal como relevantes en su competencia, ya sea que hayan sido planteados por CHILE o por VIEIRA”⁶⁹ También concurre con la demandante, al expresar que es la “parte DEMANDANTE a la que le corresponde plantear la caracterización jurídica de los reclamos, determinando así las circunstancias de hecho y derecho a que se deberá referir la parte DEMANDADA al promover su objeción a la jurisdicción”⁷⁰ El Tribunal es categórico al expresar la amplitud de su dominio sobre el entorno fáctico pertinente en jurisdicción y, por consiguiente, tanto afirmaciones de la parte demandante sobre hechos como legales a partir de

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ *Continental v. Argentine*, Óp. Cit. prs. 62-63

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/04/7, Fecha de envío: 21 de agosto de 2007. par. 208

⁷⁰ *Vieira c. República de Chile*, Óp. Cit. par. 211

hechos actúan solo como un modo de encauzar la discusión jurisdiccional *prima facie*. El Tribunal justifica el enfoque preliminar adoptado como una forma de maximizar el principio procesal de contradicción. En términos generales, establece que “Toda controversia sometida a arbitraje, sea ésta jurisdiccional o de fondo, exige del tribunal correspondiente el absoluto respeto al principio de contradicción conforme al que las partes deben tener la misma oportunidad para hacer valer las consideraciones de hecho y de derecho que estimen pertinentes, en ejercicio de su derecho para acceder a un tribunal imparcial que en buena fe actúe en justicia.”⁷¹

En *Pan American c. Argentina*, el Tribunal explica su facultad para examinar la caracterización de la demandante como a una manifestación de su “compétence de la compétence”. Razonando de la forma que sigue:

50. El presente Tribunal no mantiene el requisito de que un demandante tiene la carga de la prueba de que tiene *prima facie* una reclamación contra el demandado en el sentido de que se exija dicho requisito para, por ejemplo, obtener una medida provisional. Por otra parte, y de esa manera entiende este Tribunal el párrafo antes citado del caso *Enron I*, un demandante debería demostrar que *prima facie* sus reclamaciones encuadran en las disposiciones pertinentes del TBI a los fines de justificar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal (pero no a los fines de acreditar que las reclamaciones están bien fundadas). Al respecto, las calificaciones no bastan. Ello se debe a que si todo fuera a depender de caracterizaciones efectuadas tan sólo por el demandante, la pregunta acerca de la jurisdicción y la competencia se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la *compétence de la compétence* de que gozan en virtud del Artículo 41 (1) del Convenio del CIADI.⁷²

En *Chevron c. Ecuador*, caso seguido de acuerdo a las Reglas CNUDMI, el Tribunal comienza concordando con el demandado en “que la *Juez Higgins* no tuvo ningún tipo de evidencia impugnatoria para considerar cuando elaboró su “test” en el caso *Plataformas Petroleras* y que su aproximación no previene al Tribunal de tomar en cuenta la innumerable documentación presentada por las partes en la fase jurisdiccional del procedimiento.”⁷³ Agregando que “Si, a partir de esta evidencia, el Tribunal determina que los hechos alegados

⁷¹ *Vieira c. República de Chile*, Óp. Cit. par. 209.

⁷² *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. La República Argentina. BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fuegoína, S.R.L. y Pan American Continental, S.R.L. c. La República de Argentina*, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, Caso del CIADI No. ARB/03/13 y Caso del CIADI No. ARB/04/8. par. 50

⁷³ *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. The Republic of Ecuador*, Interim Award, Uncitral Arbitration Rules, Washington, D.C., pr. 110.

por las Demandantes son falsos o insuficientes para cumplir con la prueba prima facie, la jurisdicción tendría que ser denegada.”⁷⁴ No obstante, también reconoce que en el marco de un examen *prima facie* opera una inversión en la carga de la prueba a favor de la demandante. El Tribunal termina expresándose como sigue:

112. The ultimate result of the above presumption is that the Respondent bears the burden of proof to disprove the Claimants’ allegations. This means that, if the evidence submitted does not conclusively contradict the Claimants’ allegations, they are to be assumed to be true for the purposes of the prima facie test. This test will be applied to issues deemed merits issues in this Award.⁷⁵

Finalizando, todavía falta por señalar algunas consideraciones relativas a la conformación del examen *prima facie* aplicado por dos Tribunales CIADI. El Tribunal de *Ioan Micula c. Rumania* fija algunos límites para el alcance de su decisión jurisdiccional. En efecto, si bien afirma la existencia del deber preliminar de entregar una declaración con carácter final, previene que “Sin embargo, su deber de establecer jurisdicción *sua sponte* no incluye la obligación de reabrir el procedimiento probatorio, mucho menos iniciar su propia investigación, a menos que existan razones de peso para hacerlo (como cuando ha sido imposible para una parte haber realizado tal investigación por sí misma o cuando la otra parte ha ocultado hechos o pruebas relevantes).”⁷⁶ En consecuencia, como una forma de evitar reaperturas probatorias, el Tribunal establece diversos tipos de escrutinio preliminar para diversos tipos de hechos. Detallando su planteamiento como sigue:

66. It is also common ground that the jurisdictional stage is not the appropriate time to enter the merits of the case. Indeed, it is not for the Tribunal to examine the claim in detail at the stage of jurisdiction. The Tribunal concurs with Claimants that a tribunal need not go beyond determining whether the facts alleged by a claimant, if established, are capable of constituting violations of the provisions that are invoked. However, when a jurisdictional issue hinges on a factual determination that may also relate to the merits of the claims, the Tribunal must proceed to a determination of the facts that are presented to it to the extent necessary for jurisdictional purposes. Therefore, a tribunal can make definitive factual findings at the jurisdictional stage too. For example, a tribunal must determine the nationality of a claimant in order to establish its jurisdiction *ratione personae* in a definitive manner. On the other hand, a tribunal which is satisfied that there

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid. par. 112.

⁷⁶ *Ioan Micula v. Romania*, Óp. Cit. par. 65. “However, a tribunal’s duty to ascertain jurisdiction *sua sponte* does not include an obligation to re-open the evidentiary proceedings, far less to launch its own investigation, unless there are compelling reasons to do so (such as where it has been impossible for a party to have made such an investigation itself or where the other party has concealed relevant facts or evidence).”

is an existing investment out of which the legal dispute directly arose might not be required to determine in a definitive manner the exact composition or extent of the investment. Such examination can be left for the merits stage when dealing, for example, with a claim of expropriation. Thus, apart from any findings of fact necessary for jurisdictional purposes, a tribunal will only make a prima facie determination as to whether the facts are capable of constituting violations of the provisions that are invoked. In ICSID arbitrations, a new rule introduced as from 10 April 2006 (Rule 41(5) of the Arbitration Rules) is not directly applicable here but, nevertheless, makes it clear how to file objections to the manifest lack of legal merit of a claim and how an arbitral tribunal should dispose of such objections.⁷⁷ [Subrayados agregados]

En *Ioan Micula*, se observan dos tipos de particularidades en relación con un escrutinio preliminar sobre la caracterización *prima facie* del demandante. Por una parte, puede ocurrir que la decisión del asunto jurisdiccional dependa de una definición fáctica que potencialmente también es relevante para el fondo de la controversia. Aquí, el Tribunal cuenta con una limitada facultad para examinar hechos que pueden ser fundamentales y, en consecuencia, su decisión con carácter final se extenderá solo en la medida necesaria para el respectivo fin jurisdiccional. Por otra parte, todavía puede pasar que para resolver sobre otro tipo de asunto jurisdiccional, no sea necesario hacer una definición con carácter final de todas las circunstancias de hecho pertinentes. En este último caso, no todos los elementos tienen una gravitación equivalente en la decisión jurisdiccional. Por lo tanto, el tribunal avanzará acreditando solo aspectos de hecho fundamentales y, respecto de otros secundarios, será suficiente hacer determinaciones de acuerdo con hechos asumidos.

El segundo caso a tomar en cuenta es *Phoenix Action, Ltd. c. La República Checa*. Aquí, el Tribunal sostiene que no todos los hechos alegados por la demandante pueden ser calificados como “aceptados” y, en contraste, debe tomar lugar un análisis del papel que éstos desempeñan, ya sea a nivel jurisdiccional o de fondo.⁷⁸ Detallando su aproximación como sigue:

61. If the alleged facts are facts that, if proven, would constitute a violation of the relevant BIT, they have indeed to be accepted as such at the jurisdictional stage, until their existence is ascertained or not at the merits level. On the contrary, if jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven at the jurisdictional stage. For example, in the present case, all findings of the Tribunal to the effect that there exists a protected investment must be proven, unless the question could not be ascertained at that

⁷⁷ Ibid. par. 66.

⁷⁸ *Phoenix v. The Czech Republic*, Óp. Cit. par. 60

stage, in which case it should be joined to the merits.⁷⁹

En *Phoenix*, para Tribunal los hechos alegados pueden ser agrupados en dos categorías procesales. La primera se caracteriza por contener elementos que sirven simultáneamente tanto al aspecto jurisdiccional como al de fondo. Materialmente, corresponde a descripciones fácticas que potencialmente pueden constituir una infracción de las obligaciones sustantivas establecidas en el respectivo instrumento consensual. Éstas se adecuan plenamente a la aplicación jurisdiccional del examen *prima facie* y, por lo tanto, al Tribunal corresponde aceptarlos como verdaderos. Ahora bien, hay una segunda categoría compuesta por aquellos hechos evaluados como basales para una determinación jurisdiccional. Estos últimos, necesariamente deben ser acreditados ante el Tribunal, salvo que este mismo los observe como un aspecto inabordable preliminarmente y tome la opción posponer su resolución junto al fondo.

6.1.2. Frustración del “Efecto Inhibidor”

La necesidad de posponer una decisión jurisdiccional respondería a una frustración del efecto inhibitor atribuido al examen *prima facie*. Este último, sería más bien un mecanismo procesal práctico, y su aplicabilidad dependerá de que tan efectivo resulte asumir como verdadera la caracterización del demandante o interpretar las disposiciones pertinentes en jurisdicción de acuerdo con un criterio sujeto a “potencialidad”. Por lo tanto, el Tribunal siempre puede llegar a considerar irresistible un abandono de dicha aproximación. Ya sea porque es necesario dar lugar a un término probatorio o en cierta medida emprender una calificación final de disposiciones fundamentales al fondo, adjudicar como cuestión previa implicará una exposición al riesgo de prejuzgar la controversia. Este orden de circunstancias plantea preguntar, qué tipo situaciones procesales en particular han provocado una frustración del denominado efecto inhibitor. En otras palabras, contestar en qué sentido la intermediación de un término probatorio preliminar o la necesidad de una interpretación definitiva de diversas disposiciones relevantes en jurisdicción, podrían significar una contravención del carácter bifurcado del procedimiento arbitral. En resumen, por principio el Tribunal resolverá en jurisdicción como cuestión previa, a menos que sea identificado el riesgo de frustrar el efecto

⁷⁹ *Ibid.* par. 61.

inhibidor atribuido al examen *prima facie*. En cuyo caso, como consecuencia se seguirá un ejercicio de la facultad de postergar por parte del Tribunal. En último término, cabe proponer la existencia de una relación de identidad analítica entre las razones que conducen a la ineficacia del examen *prima facie* y las imprescindibles para justificar el ejercicio de la facultad de postergar.

El carácter ambivalente⁸⁰ de ciertos argumentos o asuntos preliminares relevantes en una decisión jurisdiccional sería el factor que tornaría ineficaz un examen *prima facie*. De hecho, y antes que todo, adjudicar en jurisdicción consiste hacer una calificación estricta sobre el ámbito de argumentos propios de la esfera jurisdiccional.⁸¹ Simultáneamente puede ocurrir que ciertos argumentos de hecho o derecho son pertinentes tanto para la decisión de un asunto jurisdiccional como para otra referida al fondo de la controversia. Haciendo imposible ejecutar la imprescindible distinción jurisdicción-fondo. En *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia aborda la existencia de argumentos o asuntos ambivalentes como los detallados. Reconociendo tres situaciones típicas en relación con la naturaleza de una defensa preliminar:

[1] If the Court were to take the view that the issues raised by the Respondent's third Preliminary Objection had no other character than that of substantive issues relating to the merits, it would have to declare the objection irreceivable as such, and the issues it involved as being part of the merits. [2] Since however the objection clearly has certain aspects which are of a preliminary character, or involves elements which have hitherto tended to be regarded in that light, the Court will content itself with joining the objection to the merits.

[...]

[3] It is evident that certain kinds of objections (of which the second Objection in the present case affords an example) are so unconnected with the merits that their wholly

⁸⁰ GIDDENS, A., et al. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: Modernidad, Contingencia y Riesgo*. p.73 “La ambivalencia, la posibilidad de referir un objeto o suceso a más de una categoría, es el correlato lingüístico específico del desorden: es el fracaso del lenguaje en su dimensión denotativa (separadora).”; pp. 74-75 “La situación se torna ambivalente si las herramientas lingüísticas de estructuración resultan inadecuadas, sea porque la situación no corresponde a ninguna de las clases diferenciadas lingüísticamente o porque se encuadra al mismo tiempo dentro de varias clases. Ninguno de los patrones aprendidos sería el apropiado en una situación ambivalente o podría ser empleado más de uno; el resultado es el sentimiento de indecisión, indeterminabilidad y hasta pérdida de control. Las consecuencias de la acción devienen impredecibles, mientras que la arbitrariedad, suprimida supuestamente por el intento de estructuración, parece estar de regreso de manera inesperada.”

⁸¹ *Continental v. Argentine*, Óp. Cit. par. 57; V.t. *CMS v. of Argentina*, Óp. Cit. par. 22; V.t. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/01/3. par. 23 y par.67. V.t. *AES Corporation and The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/17. par. 39; V.t. *Methanex v. USA*, Óp. Cit. par. 110.

preliminary character can never be in doubt. They could arise in connection with almost any set of facts imaginable, and the Court could have neither reason nor justification for not deciding them at once, by way either of acceptance or rejection. Any such “clear cut” situation is, however, far from existing as regards the third Preliminary Objection in the present case, and the same thing is even more true of the fourth Objection.⁸² [Numeración y subrayado agregado]

Según *Barcelona Traction*, hay una primera categoría de excepciones preliminares sobre las cuales es posible reconocer un carácter íntegramente substantivo al fondo de la controversia. Este tipo de defensas formarían parte de la próxima etapa procesal y, al respecto, postergar sólo debe ser interpretado como un proceso de distribución de la discusión a lo largo del procedimiento.⁸³ En contrapartida, otras objeciones presentadas por la demandada podrían estar de un modo evidente desconectadas con el fondo del litigio. Esta vez, se trata de argumentos con una naturaleza preliminar total, y esta clase de defensas deben recibir una resolución inmediata. No obstante, todavía hay una tercera categoría de oposiciones que, si bien están dirigidas al fondo discutido, también contienen aspectos con un tenor preliminar claro. La Corte estima que acerca de este último conjunto de consideraciones se torna imposible manipular un “clear cut”.⁸⁴ Queriendo decir que una determinación al respecto presentará consecuencias tanto en un sentido jurisdiccional –y por este motivo preliminar– como en uno referente al fondo de la controversia.⁸⁵ Esta tercera clase de defensas es etiquetada como “ambivalente”. Acerca de las cuales cabe tomar una decisión preliminar

⁸² *The Barcelona Traction*. Óp. Cit. ps. 43-44.

⁸³ *Saipem S.p.A v. The People’s Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID CASE No. ARB/05/07. pars. 141-142.

⁸⁴ *The Barcelona Traction*, Óp. Cit. pg. 41. “In other situations, of which examples are given in the cases referred to above, the Court may find that the objection is so related to the merits, or to questions of fact or law touching the merits, that it cannot be considered separately without going into the merits (which the Court cannot do while proceedings on the merits stand suspended under Article 62), or without prejudging the merits before these have been fully argued.”

⁸⁵ N. del A. este tipo de defensas podrían ser calificadas como ambivalentes, esto es, oposiciones preliminares de naturaleza jurisdiccional cuya aclaración exigen prueba o una calificación final sobre disposiciones relevantes al fondo de la controversia. En los términos de la Corte, podría sostenerse que el carácter ambivalente de la tercera objeción se refiere a “una serie de aspectos unidos estrechamente en materia legal, hechos y estado (status), en un grado tal que la Corte no puede pronunciarse sobre ellas en esta etapa con completa confianza de que será en posesión de todos los elementos que podrían tener influencia en la decisión.” En consecuencia, el hecho de despejar de una forma preliminar este tipo de defensas implicaría, en primer lugar, una grave contravención del procedimiento de arbitraje y, en segundo lugar, una injustificada vulneración del consentimiento prestado por el estado demandado en particular.

postergando y adjudicar al respecto con ocasión del laudo arbitral que pone fin a la disputa.⁸⁶

6.2. Jurisprudencia

En *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, la discusión preliminar denota una íntima relación entre el examen jurisdiccional *ratione materiae* y un asunto sustantivo al fondo de la controversia. En este caso, Tradex reclamaba ciertas medidas y/u omisiones con resultado expropiatorio por parte de Albania.⁸⁷ Quien, a su vez, objetaba la jurisdicción del Tribunal señalando que “[...] Aún si hubiere una ‘disputa’ entre Tradex y Albania y la Ley de 1993 es aplicable, la ‘disputa’ no está relacionada con una ‘expropiación’ dentro del significado de la Ley de 1993(Art. 8(2)); [...]”⁸⁸. Según un resumen del Tribunal, la respectiva defensa de Albania estaría basada en los requerimientos sobre “expropiación” establecidos por del Art. 8(2) de la Ley de 1993 y el hecho de que la conducta albanesa relacionada por Tradex no los reúne, como para ser considerada una expropiación; agregando que una investigación completa de la expropiación alegada únicamente puede tomar lugar en la fase de fondo y en la presente etapa jurisdiccional Tradex habría fallado en hacer una demostración *prima facie* de dicha expropiación. A su turno, para el Tribunal los argumentos de Tradex se refieren a la conducta del gobierno albanés y en particular la ausencia de una debida protección de la inversión que condujo a la liquidación del *joint venture Tradex-T.B. Torovitsa*⁸⁹, al

⁸⁶ The Barcelona Traction, Óp. Cit. pp. 42-43. N. del A. Sólo de un modo ilustrativo, en Barcelona Traction tiene esta naturaleza ambivalente la tercera objeción preliminar presentada. Como parte demandada, el estado español afirmaba una ausencia del *jus standi* necesario para que el estado belga pueda demandar en favor de la Barcelona Traction Company. Según aquel, “de haber contraído una responsabilidad internacional, esta no ha tomado lugar en relación con una persona natural o jurídica belga, sino que con la Barcelona Traction Company, la cual es una entidad jurídica registrada en Canadá, y los intereses de nacionales belgas sólo han sido afectados en consideración de su situación de accionistas de esta compañía”. Por su parte, en consideración de la Corte, pronunciarse sobre el *jus standi* del estado demandante, sería equivalente a efectuar una conclusión sobre la situación jurídica de los intereses de los accionistas en el derecho internacional, y que la demanda estaba, por esta razón, bien o mal fundada en la sustancia. En definitiva, según Barcelona Traction, una definición sobre la existencia de un derecho de acceso en favor de la parte demandante equivaldría a realizar una determinación sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad internacional que pesa sobre el estado español.

⁸⁷ *Tradex Hellas S.A.(Greece) v. Republic of Albania*, Decision on Jurisdiction, Arbitration ARB/94/2 ICSID, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal. p. 167.

⁸⁸ *Ibid.* p.168.

⁸⁹ *Ibid.* p.166. “On January 10, 1992, Tradex and T.B. Torovitsa signed an agreement (“the Agreement”) which established a joint venture between them. T.B. Torovitsa was the owner of 1170 ha farm land in T.B. Torovitsa, Lezha, Albania, and the object of the joint venture was the commercial and agricultural use of this land connected with “the development of the agricultural engineering, the cultivation of agricultural plants/ crops, fruits and vegetables in the fields, development of stock raising / animal products, and the necessary activities pertaining to the processing of milk, meat, and any activities relative to the land and to products yielded by it for the domestic market or exportation” (Art. 2

cumplimiento de los requisitos del Art. 8(2) y un futuro respaldo de estas afirmaciones mediante medios de prueba completos que demostrarán en el proceso de fondo la existencia de una expropiación.⁹⁰ El Tribunal deja de resolver este debate jurisdiccional, y se expresa como sigue:

[...] The Tribunal notes that the question of whether the alleged conduct of Albania can be considered an expropriation is *a) on one hand relevant under Art. 8 (2) for the jurisdiction of the Tribunal* and is *b) on the other hand the decisive issue relevant under Articles 4 and 5 of the 1993 Law or Articles 9 and 10 of the 1992 Law to decide on the merits of Tradex's claim*. At least it cannot be excluded that under certain circumstances it would be considered an expropriation if a state permits the deprivation of land use from a joint venture based on foreign investment or fails to grant protection against interference if a legal duty for protection can be found to exist. But the Tribunal feels a further examination of this matter in the context of establishing jurisdiction according to Art. 8 (2) would be so closely related to the further examination of the merits in this case that this jurisdictional examination should be joined to the merits. Therefore, the Tribunal decides, as it is authorized by Art. 41 (4) 2nd sentence of the ICSID Arbitration Rules, that this objection should be joined to the merits of the dispute, should the Tribunal find that the other objections to jurisdiction raised in this case cannot be accepted and thus this procedure is continued on the merits.⁹¹ [Subrayado y numeración agregada]

En *Tradex*, el Tribunal afirma cierta plausibilidad jurisdiccional del reclamo, observando que “bajo ciertas circunstancias” la controversia podría ser calificada como relativa a expropiación. No obstante, igualmente estima que la conducta albanesa es un asunto de relevancia decisiva en relación al fondo de la demanda. En otras palabras, la imposibilidad de adjudicar de manera preliminar toma lugar porque las medidas descritas y atribuidas a Albania resultan pertinentes a dos conjuntos normativos. Dichas medidas y/u omisiones son pertinentes en paralelo, tanto en relación con el supuesto de hecho previsto por el Artículo 8 (2)⁹² (disposición propiamente jurisdiccional) como los dispuestos por los Artículos 4 y 5 de la Ley

of the Agreement). The investment was planned for a duration of 10 years, renewable by either Party for another period of 10 years.”

⁹⁰ Ibid. pp. 184-185.

⁹¹ *Tradex v. Albania*, Óp. Cit. p.185.

⁹² LAW No. 7764, "For Foreign Investments". Dispute Settlement, Article 8(2). “If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the Republic of Albania and it cannot be settled amicably, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to a competent court or administrative tribunal of the Republic of Albania in accordance with its laws. In addition, if the dispute arises out of or relates to expropriation, compensation for expropriation, or discrimination and also for the transfers in accordance with Article 7, then the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, done at Washington, March 18, 1965.”

de 1993⁹³ o los Artículos 9 y 10 de la Ley de 1992 (disposiciones sustantivas al fondo). En definitiva, de acuerdo con las consideraciones expresadas, el Tribunal decide postergar y tomar su decisión jurisdiccional en conjunto con el fondo de la controversia.

En *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, cuya jurisdicción está sostenida por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y su proceso es tramitado de acuerdo con las Reglas de Arbitraje CNUDMI, el Tribunal debe resolver como cuestión previa ciertos asuntos que aparentan estar referidos a jurisdicción, pero la presencia de una doble pertinencia normativa impone la necesidad de postergar su decisión. Según su Laudo Parcial, el Tribunal infiere que el riesgo de prejuzgar el fondo subyace en la amplitud de los argumentos planteados por las partes.⁹⁴ En general, comenta que muchos de los asuntos disputados en hecho y derecho, podrán ser resueltos solo “después de tener un conocimiento total del fondo y una investigación completa de la evidencia fáctica relevante y de los principios legales a ser aplicados a tal evidencia.”⁹⁵

En este caso, el Tribunal había reconocido el riesgo de prejuzgar como implícito en la diversidad y complejidad de las defensas preliminares planteadas, y pretendía inhibirlo mediante un examen jurisdiccional *prima facie*. Enfoque que consiste en identificar dos clases de elementos dentro de los argumentos discutidos jurisdiccionalmente. Así pues, por un lado, una primera clase se refiere a los hechos afirmados por la demandante en su reclamo, respecto de los cuales debe recaer un “examen de credibilidad” y, por otro lado, todavía hay otro tipo de elementos más bien legales, que se pueden reconocer como argumentos sobre el alcance legal de las disposiciones del Capítulo 11 TLCAN, en cuyo caso, el “test” aplicable debe ser

⁹³ *Ibid.* “Article 4. Expropriation and Nationalization. Foreign investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly or subject to any measure of tantamount effect, except for a public purpose determined on law; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation and in accordance with due process of law. [...] Article 5. Compensation for Expropriation and Nationalization. 1. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or become known, whichever is earlier. 2. Compensation shall be paid without delay and include interest at a commercially reasonable rate from the date of the expropriation, be fully transferable and convertible at the market rate of exchange on the date of the expropriation. 3. In cases in which a foreign investor asserts that all or part of its foreign investment has been expropriated or considers the compensation therefor to be unsatisfactory, the foreign investor shall have the right to prompt review by the appropriate judicial or administrative bodies in accordance with the provisions of Article 8 of this Act.”

⁹⁴ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. par.110.

⁹⁵ *Ibid.* par. 110.

establecido de acuerdo con el tipo específico de disposición objeto de interpretación.⁹⁶ El Tribunal describe este enfoque de la forma que sigue:

112. **(i) Fact:** It was common ground between the Disputing Parties that, for the purpose of this jurisdictional phase, Methanex was not obliged to prove its allegations of fact and that it was sufficient that Methanex should credibly allege the factual elements of its claim (Counter-Memorial on Jurisdiction, page 2; Reply of 12th April 2001, page 5). According to Methanex, this means that its allegations suffice unless the Tribunal determined that these allegations were incredible, frivolous or vexatious. If there was a material difference in these submissions from the submissions made by the USA, albeit in different terms, it was not perceptible to the Tribunal; and in any event, the Tribunal accepts Methanex's submissions. It follows that the correct approach is to assume that Methanex's factual contentions are correct (insofar as they are not incredible, frivolous or vexatious) and to apply, under whatever appropriate test, the relevant legal principles to those assumed facts.

113. **(ii) Law:** This test proved highly contentious between the Disputing Parties; and it raised two successive questions. First, in applying the relevant legal principles to the assumed facts, does the Tribunal have definitively to decide the legal meaning of the relevant provisions of Chapter 11? Or is it sufficient for the Tribunal to establish that Methanex's interpretation is "arguable" or (since such interpretations were indeed argued by Methanex) "well arguable" or argued to some higher standard? There is then a second question: is the same test to be applied to the provisions of Chapter 11 creating jurisdiction, i.e. Articles 1101, 1116, 1117 NAFTA as to those creating substantive obligations, i.e. Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA?⁹⁷ [Subrayado agregado]

Ahora bien, vale la pena detenerse un momento sobre el derecho aplicable en jurisdicción. El Tribunal considera que al tenor de la discusión preliminar se impone la necesidad de responder dos interrogantes. Primero, corresponde resolver si las disposiciones relevantes en jurisdicción deben ser interpretadas de un modo definitivo o bastaría aplicar algún criterio fundado en plausibilidad y, en un segundo término, todavía faltaría aclarar si dicha labor interpretativa debe ser la misma tratándose de disposiciones que crean jurisdicción como para aquellas que establecen obligaciones sustantivas. Methanex, apoyándose en la opinión separada del Juez Shahabuddeen en *Plataformas Petroleras*,⁹⁸ había sostenido que con motivo de una decisión preliminar sobre objeciones en jurisdicción, es suficiente alcanzar una interpretación plausible o convincente⁹⁹ de las disposiciones del Capítulo 11 TCLAN. En

⁹⁶ Ibid. par. 111.

⁹⁷ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. pars.112-113.

⁹⁸ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, International Court of Justice.

⁹⁹ N. del T. En este caso, el adjetivo "Arguable" pretende expresar que para entender como correcta una interpretación

cambio, USA señalaba que tal ejercicio requiere una interpretación definitiva de todas las disposiciones TLCAN pertinentes, agregando que incluso en el contexto del razonamiento del Juez Shahabuddeen sería necesario realizar un trabajo interpretativo de carácter definitivo. A su turno, para responder ambas interrogantes, el Tribunal indica que la intensidad del estándar interpretativo está subordinada a una calificación previa sobre la naturaleza de las diversas disposiciones jurisdiccionales.¹⁰⁰ En particular, existen disposiciones de tipo “sustantivo” que se caracterizan por establecer ciertos patrones de comportamiento estatal,¹⁰¹ y adjudicar al respecto no requiere de una interpretación definitiva por parte del Tribunal. De hecho, aunque posteriormente sea concluido que la parte demandante ha fallado en probar el fondo su caso, el Tribunal no necesariamente deberá considerar que ha conocido de la controversia sin competencia suficiente. Pero al mismo tiempo, también existen disposiciones de tipo objetivas que “crean jurisdicción”. Estas se distinguen por presentar una naturaleza más bien procesal,¹⁰² correspondiendo a disposiciones que montan un sistema de arbitraje compulsivo en relación con diferencias de cierta naturaleza, ya sea en razón de la materia discutida, el tiempo o las entidades que toman parte. Según el Tribunal, en este último caso se exige alcanzar una interpretación definitiva con motivo de una decisión preliminar en jurisdicción. El Tribunal se expresa al respecto como sigue:

legal basta que ésta sea convincente o un argumento persuasivo.

¹⁰⁰ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. pars.119-121

¹⁰¹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, “Artículo 1102. Trato nacional. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.”; “Artículo 1105. Nivel mínimo de trato. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”; V.t. “Artículo 1110. Expropiación y compensación. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), [...]”

¹⁰² *Ibid.* Por ejemplo: “Artículo 1101: Ámbito de aplicación. 1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a. los inversionistas de otra Parte; b. las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y c. en lo relativo al Artículo 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.”; V. t. “Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia. 1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en: a. la Sección A o el Artículo 1503 (2), “Empresas del estado”; o b. el párrafo 3(a) del Artículo 1502, ‘Monopolios y empresas del Estado’, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. [...]”; V.t. “Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa. 1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en: [...]”

121. Accordingly, there is no necessity at the jurisdictional stage for a definitive interpretation of the substantive provisions relied on by a claimant: the jurisdiction of the arbitration tribunal is established without the need for such interpretation. Indeed a final award on the merits where a NAFTA tribunal determines that the claimant has failed to prove its case within these substantive provisions cannot signify that the tribunal lacked jurisdiction to make that award. On the other hand, in order to establish its jurisdiction, a tribunal must be satisfied that Chapter 11 does indeed apply and that a claim has been brought within its procedural provisions. This means that it must interpret, definitively, Article 1101(1) and decide whether, on the facts alleged by the claimant, Chapter 11 applies. Similarly, insofar as the point is in issue, the tribunal must establish that the requirements of Articles 1116-1121 have been met by a claimant, which will similarly require a definitive interpretation of those provisions (as we have decided, in Chapter H above, in regard to Article 1116).¹⁰³ [Subrayados agregados]

No obstante, y a pesar del enfoque adoptado, el Tribunal Arbitral termina concluyendo la necesidad de postergar su decisión sobre ciertos asuntos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, el Artículo 1101(1) TLCAN¹⁰⁴ sería una disposición destinada a “crear jurisdicción”. Que establece límites para la aplicación del sistema de resolución de controversias ofrecido en el Capítulo 11 TLCAN.¹⁰⁵ Pero a la luz de la discusión preliminar dicha calificación no parece ser tan obvia para el Tribunal. Observa que las partes discrepan sobre las medidas tomadas por el Estado de California¹⁰⁶ y si éstas son o no relativas (relate to) a Methanex, en su calidad de “inversionista” nacional de otro estado parte. En su Declaración de Enmienda a la Demanda, Methanex había afirmado que, si bien ninguna de las medidas adoptadas por el Estado de California fue dirigida de forma expresa contra el metanol, sus productores o en particular Methanex,¹⁰⁷ éstas tenían como propósito beneficiar al productor doméstico de etanol Archer Daniels Midland o AMD y, de este modo, castigar a productores extranjeros de metanol o MTBE.¹⁰⁸ Al respecto, el Tribunal reconoce que de acuerdo con un *examen de credibilidad* las

¹⁰³ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. par. 121.

¹⁰⁴ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Óp. Cit. Artículo 1101: Ámbito de aplicación y extensión de las obligaciones “1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a) los inversionistas de otra Parte; b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y c) en lo relativo al Artículo 1106, todas las inversiones en el territorio de la Parte.”

¹⁰⁵ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. par.127.

¹⁰⁶ *Ibid.* par. 22. “In summary, Methanex’s claim is brought in relation to the production and sale of a methanol based source of octane and oxygenate for gasoline which is known as methyl tertiary-butyl ether (“MTBE”). It complains against US measures taken by the State of California restricting the use of MTBE in gasoline in California. It is convenient to set out the essential characteristics of the claim, both in Methanex’s Original Statement of Claim and Methanex’s Amended Statement of Claim.”

¹⁰⁷ *Ibid.* par.128.

¹⁰⁸ *Ibid.* pars. 151-157.

alegaciones e inferencias sobre hechos realizadas por Methanex no serían del todo creíbles.¹⁰⁹ Afirmando que “En estas circunstancias, nosotros consideramos que el caso no está aclarado de manera suficiente para determinar si las alegaciones de Methanex que están fundadas en un “propósito” son o no suficientemente creíbles”¹¹⁰ Asimismo, reflexiona que la situación descrita constituye una imposibilidad contextual para la conclusión de un análisis sobre acoger o rechazar objeciones en jurisdicción, resultando más bien correcto postergar una decisión al respecto. El Tribunal finaliza señalando como sigue:

167. **Evidence:** The second reason is, in our view, conclusive. The necessary analysis relating to the credibility of Methanex’s allegations remains incomplete without receiving at least some evidence from the Disputing Parties on the assumed, but disputed, facts and factual inferences. This part of the USA’s jurisdictional challenge depends critically on issues which are intimately linked to the factual merits of Methanex’s case. In our view, it is not appropriate to decide these issues without hearing evidence from Methanex and the USA. In short, the Tribunal cannot continue what has become an impossible forensic exercise, composing a jigsaw of assumed facts and inferences with too many missing and incomplete pieces. These difficulties could be resolved with relative ease at an evidential hearing.¹¹¹

En *Methanex*, la imposibilidad de una decisión preliminar surge con motivo de impugnaciones jurisdiccionales que están fundamentalmente subordinadas a asuntos de hecho íntimamente conectados con la reclamación de fondo. Desde luego, Methanex había descrito una serie de medidas estatales pertinentes en más de un aspecto normativo de la disputa. Se trata de regulaciones que no estaban dirigidas de manera directa contra Methanex. El sujeto regulado era más bien sus competidores en el mercado de aditivos para combustibles. En este contexto, la dificultad radica en determinar si a propósito de un examen jurisdiccional puede ser afirmado que tales medidas son o no “relativas al inversionista de otro país contratante”, sin incurrir en una declaración sobre los motivos del Gobernador Davis para implementar las mismas, consideraciones que en último término forman parte del examen relativo al fondo de la controversia.

En *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá (UPS)*, otro caso TLCAN tramitado de acuerdo con las Reglas de Arbitraje CNUDMI, el Tribunal manifiesta

¹⁰⁹ Ibid. par.155.

¹¹⁰ *Methanex v. EE.UU.*, Óp. Cit. par.158.

¹¹¹ Ibid. par. 167.

que la aplicación de un examen *prima facie* no implica hacer una renuncia de su autoridad para adjudicar en jurisdicción y, asimismo, también indica que el respectivo examen dependerá de la naturaleza de las disposiciones aplicables en particular. En *UPS*, si bien las partes habían concordado en afirmar que en jurisdicción preliminar los hechos alegados por la demandante deben ser aceptados como correctos, no pasa de igual manera tratándose del valor que debe ser asignado a las inferencias legales extraíbles desde los mismos y la libertad del Tribunal para definir qué cuestiones deben ser estimadas propiamente jurisdiccionales.¹¹² Por su parte y al respecto, el Tribunal sostiene que una aplicación del “test” jurisdiccional formulado por las partes exige reconocer dos aspectos. El primero apunta al valor de las afirmaciones legales de la demandante. Éstas, aún en el contexto de una aproximación *prima facie*, no tienen un poder vinculante sobre las conclusiones del Tribunal. Enseguida, el segundo aspecto consiste en distinguir dos tipos de preceptos como pertinentes en jurisdicción. Por una parte, están aquellos que establecen una concesión en jurisdicción general relativa a “disputas sobre inversión” y, por otra, también hay disposiciones haciendo una concesión jurisdiccional más bien particular, esta vez se trata de disposiciones TLCAN que imponen ciertas “obligaciones o estándares de conducta estatal”. El Tribunal se expresa como sigue:

34. That formulation rightly makes plain that a claimant party's mere assertion that a dispute is within the Tribunal's jurisdiction is not conclusive. It is the Tribunal that must decide. The formulation also importantly recognizes that the Tribunal must address itself to the particular jurisdictional provisions invoked. There is a contrast, for instance, between a relatively general grant of jurisdiction over "investment disputes" and the more particularized grant in article 1116 which is to be read with the provisions to which it refers and which are invoked by UPS. Those provisions impose "obligations", as the test proposed by Canada and accepted by UPS indicates.¹¹³ [Subrayado Agregado]

Así, por ejemplo, en sus argumentos sobre la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal, UPS invoca el Artículo 1102 TLCAN¹¹⁴ para afirmar que Canadá ha infringido su obligación de proporcionar un trato nacional para el inversionista de otro estado contratante. Pues éste no ha prestado a UPS y “UPS Canadá” el mejor tratamiento ya disponible para otros

¹¹²*United Parcel Service Inc. v Canada*, Óp. Cit. pars. 30-32.

¹¹³ *Ibid.* pars. 33-34.

¹¹⁴ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Óp. Cit. “Artículo 1102: Trato nacional[.] 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. [...]”

competidores domésticos en un Mercado de Servicios Postales No Monopólico y, en particular, el proporcionado a la empresa estatal “Canadá Post”.¹¹⁵ Finaliza agregando que el programa de subsidios canadiense conocido como “Publications Assistance Programme” (PAP), tiene por propósito específico favorecer a “Canadá Post”. A su turno, Canadá contesta que las alegaciones relacionadas con el PAP deberían ser desechadas por estar fuera de la jurisdicción del Tribunal. En este caso, habría operado una excepción relativa ciertas industrias denominadas “culturales” (Anexo 2106 TLCAN)¹¹⁶ y además una vinculada a “otro tipo de subsidios” (1108(7)(b) TLCAN)¹¹⁷.¹¹⁸ En relación con la primera excepción, UPS replica que las actividades particulares en las cuales “Canadá Post” está embarcada corresponden a un mero servicio de reparto de libros, revistas, periódicos o diarios, y no pueden ser calificadas dentro de la definición de “industrias culturales” establecida en el artículo 2107 TLCAN.¹¹⁹ A su vez, respecto de la segunda excepción argumenta que las medidas de subsidio (tales como el PAP) implementadas en beneficio de una industria cultural en particular (en este caso, la industria de revistas) no deberían ser discriminatorias en contra de inversionistas extranjeros en una industria diferente.¹²⁰ El Tribunal Arbitral se expresa en estos asuntos como sigue:

114. Having considered the issues which arise in respect of Canada’s contention that the Tribunal lacks jurisdiction to hear UPS’s allegations regarding the PAP, and bearing in mind the appropriate test for determining jurisdictional disputes (paras 33-37 above), the Tribunal is of the view that there is simple insufficient evidence on the record, at the present time, on the basis of which it could dismiss the Investor’s allegations. By the same token, it is not possible for the Tribunal to ascertain the correctness of UPS’s characterisation of the PAP as some sort of subterfuge, or colorable scheme.

¹¹⁵ *United Parcel Service Inc. and Government of Canada*, Óp. Cit. par. 12.

¹¹⁶ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Óp. Cit. Artículo 2106: Industrias culturales “El Anexo 2106 se aplicará a las Partes señaladas en ese Anexo con respecto a industrias culturales”; Artículo 2107: Definiciones “Para los efectos de este capítulo: [...] industrias culturales significa toda persona que lleve a cabo cualquiera de las siguientes actividades: a) la publicación, distribución o venta de libros, revistas, publicaciones periódicas o diarios impresos o legibles por medio de máquina, pero no incluye la actividad aislada de impresión ni de composición tipográfica, ni ninguna de las anteriores; [...]” [Paréntesis Agregados]

¹¹⁷ *Ibid.* Artículo 1108: Reservas y excepciones “[...] 7. Los Artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a: [...] b) subsidios o subvenciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros gubernamentales otorgados por una Parte o por una empresa del estado.” [Paréntesis agregados]

¹¹⁸ *United Parcel Service Inc. v Canada*, Óp. Cit. pars. 106-107.

¹¹⁹ *Ibid.* par. 108

¹²⁰ *Ibid.* par. 114

115. In due course, with the benefit of a more complete factual record as well as more fulsome analysis of the issues by the parties, the Tribunal will be prepared to revisit these questions, if invited by the parties to do so, during the merits phase of the arbitration.¹²¹
[Subrayado agregado]

En *UPS*, el Tribunal se estima imposibilitado para dirimir acerca de la corrección o incorrección del reclamo de la demandante. Una delimitación de tipo jurisdiccional, aquí se superpone con una adjudicación relativa a ciertas excepciones de responsabilidad. En su reclamo, la demandante ha descrito ciertas regulaciones estatales como una infracción de la obligación sustantiva de entregar un Trato Nacional a inversionistas de otro estado parte. Sin embargo, una calificación de tal alegato exige recurrir a disposiciones pertinentes tanto en jurisdicción como al fondo de la controversia. Éstas, en principio corresponden a una forma de concesión jurisdiccional específica, pero en paralelo todavía aparecen estableciendo ciertos estándares de comportamiento estatal, cuya infracción acarrea responsabilidad para el estado receptor de inversión. Esto último, explica porque el Tribunal no puede dar lugar a decisión *prima facie* basada solo en la caracterización del demandante y, por lo tanto, estima que debe tratar el asunto como si fuera de fondo, con un total control de los hechos de la disputa y habiendo tomado en cuenta las excepciones alegadas por Canadá.

En *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* se revela cierta ineficacia del procedimiento preliminar para resolver asuntos relativos al fondo de la controversia. Que se expresa con motivo del examen preliminar referente al inciso primero del “Article 17(1) Part III Energy Charter Treaty” (Artículo 17 ECT).¹²² Al respecto, el Tribunal ya había expresado que una defensa preliminar basada en dicho artículo no se puede sostener como excepción jurisdiccional.¹²³ Sin embargo, a pesar de haber sido reconocida su relación con el fondo de la disputa, ambas partes requirieron expresamente al Tribunal una decisión preliminar sobre su

¹²¹ Ibid. pars. 114-115.

¹²² Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty, Trade Amendment and Related Documents*. Article 17 “Non-Application of Part III in Certain Circumstances. Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; or[:] (2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party: (a) does not maintain a diplomatic relationship; or (b) adopts or maintains measures that: (i) prohibit transactions with Investors of that state; or (ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.”[Subrayado Agregado]

¹²³ *Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24, par. 151

aplicación o no-aplicación.¹²⁴ Según el citado Artículo 17(1) ECT, titulado “Inaplicabilidad de la Parte III en Ciertas Circunstancias”, los estados contratantes reservaron para sí la facultad de negar las ventajas sustantivas establecidas en la Parte III del ECT bajo ciertas condiciones. Ventajas tales como “trato justo y equitativo” o una “protección y seguridad más constante” pueden ser negadas, en relación con “Inversiones de los Inversionistas” de otros estados contratantes que son propiedad o están controladas por ciudadanos o nacionales de estados no contratantes.¹²⁵

El Tribunal señala que un examen del primer inciso del Artículo 17(1) supone responder “[...] si la demandante es o no una entidad legal propiedad o controlada por ‘ciudadanos o nacionales de un tercer estado’”¹²⁶ Agregando en concreto, que tal asunto equivale a preguntar si Mr. Jean-Christophe Vautrin es un nacional de Francia en control y propiedad del demandante en todo momento desde el año 1998 hasta la fecha de presentación de la demanda.¹²⁷ Al respecto, Bulgaria alega que “las explicaciones de la demandante sobre la propiedad última y control ejercido por Mr. Vautrin son tardías, incompleta, inciertas, increíbles e incluso siendo técnicamente correctas, menos que toda la verdad”¹²⁸ El Tribunal, si bien no acepta las afirmaciones del demandado, estima apropiado establecer que la evidencia relativa a la propiedad última o el control ejercido por Mr. Vautrin sobre la demandante no sólo carece de un mínimo respaldo en documentación contemporánea, sino que ésta es materialmente inconsistente con partes de la documentación y en contradicción con declaraciones en apariencia atribuibles al mismo Mr. Vautrin.¹²⁹ Agregando, que si esta cuestión de hecho sólo presentará consecuencias jurisdiccionales, no hay ningún obstáculo para tenerla como verdadera según un examen *prima facie*. Pero el asunto preliminar referido a la propiedad de la compañía afectada, puede estar traslapado de forma significativa con otro

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid. par. 143.

¹²⁶ Ibid. par. 170. “[...] is whether the Claimant is a legal entity owned or controlled ‘by citizens or nationals of a third state’.”

¹²⁷ Ibid. par. 171.

¹²⁸ Ibid. par. 177. “the Claimant’s explanations of its ultimate ownership and control by Mr. Vautrin are belated, incomplete, unreliable, incredible and even where technically correct, less than the whole truth.”

¹²⁹ Ibid.

argumento de fondo referido a “falsa representación de la realidad”¹³⁰. El Tribunal justifica su decisión de postergar como sigue:

178. In the Tribunal’s view, the fact remains that Mr. Vautrin testified under cross-examination before the Tribunal at the September Hearing; his own testimony remained unequivocal on the relevant issues; and on the existing materials, the Tribunal would not wish to reject his evidence as false at this stage of the proceedings. If this were a factual issue relevant only to jurisdiction, the Tribunal would therefore be minded to accept Mr. Vautrin’s testimony at face value under Judge Higgins’ approach, notwithstanding any doubts regarding Mr. Vautrin’s continuous ownership of the Claimant from September 1998 to the present day. As the Tribunal has already decided, however, Article 17(1)’s first limb is not a jurisdictional issue; nor is it necessary to decide this issue on the merits for the non-application of Article 17(1) retrospectively from 18 February 2003. Moreover, the Tribunal is concerned that the factual issue of the Claimant’s ownership may significantly overlap the “misrepresentation” case advanced by the Respondent on the merits, which cannot be decided by the Tribunal at this stage of these proceedings (as explained further below). There is a risk of the Tribunal prejudicing one or other party’s position on these future issues; and for the time being, therefore, the less said here the better. If it later proves necessary for the Tribunal to decide on the merits whether Article 17(1)’s first limb was satisfied, it can always do so. For all these reasons, the Tribunal decides that it would be wrong here to decide whether or not Article 17(1)’s first limb was or was not satisfied; and the Tribunal does not do so. It reserves that decision for a later stage of the proceedings.¹³¹ [Subrayado Agregado]

En resumen, se debe reiterar que en *Plama* las partes han consentido una decisión preliminar de asuntos concernientes al fondo de la controversia. Estableciendo una excepción particular para el carácter bifurcado del procedimiento arbitral. Requieren por parte del Tribunal una aclaración sobre las circunstancias relativas a la propiedad de la demandante, y si éstas entrañan la satisfacción del supuesto de inaplicabilidad indicado en la primera parte del Artículo 17 ECT. No obstante, el Tribunal igualmente concluye que la discusión preliminar no ha agotado del todo dicho asunto y, además, reconoce una potencial superposición entre la discusión referida a la propiedad última de la demandante con la pertinente a “falsa representación de la realidad”. En *Plama*, otra vez la caracterización preliminar de la reclamación presenta una doble pertinencia normativa. Aquí, el problema radica en adjudicar preliminarmente, de acuerdo con hechos y afirmaciones legales sobre hechos que también son relevantes respecto de otro asunto perteneciente al fondo de la controversia.

¹³⁰ *Black’s Law Dictionary*, p. 3169. “[...] misrepresentation. 1. The act of making a false or misleading assertion about something, usu. with the intent to deceive. • The word denotes not just written or spoken words but also any other conduct that amounts to a false assertion. (Cases: Fraud 9.) 2. The assertion so made; an assertion that does not accord with the facts. — Also termed false representation; (redundantly) false misrepresentation. [...]” [Paréntesis Original]

¹³¹ *Plama v. Bulgaria*, Óp. Cit. par. 178.

En *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* se expresa un nuevo aspecto en relación con situaciones de doble pertinencia normativa. Referido a la forma en que distintos Tribunales ordenan el ejercicio de su atribución para resolver en jurisdicción preliminar. En términos relativos, el Tribunal del caso *Impregilo* parece ampliar el objeto de una decisión jurisdiccional en desmedro de una posterior encargada de tratar el fondo de la controversia y, de un modo posterior, los respectivos Tribunales de los casos *Bayindir* y *Jan de Nul N.V.* se oponen al reducir el ámbito de la primera en favor del correspondiente a la segunda.

En *Impregilo*, la demandante afirmaba la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal para dirimir ciertas reclamaciones basadas en el Artículo 2(2), 5(1) y 5(2) del TBI italo-pakistaní.¹³²¹³³ A su turno, Pakistán la objetaba argumentando que dichas reclamaciones corresponden en realidad a una controversia sobre la ejecución de dos contratos de construcción, que habían sido celebrados por un “*join venture*” representado por Impregilo con la “Pakistan Water and Power Development Authority” (WAPDA).¹³⁴¹³⁵ Entretanto, el Tribunal cerraba esta discusión expresando que “Por tanto, en oposición a la aproximación pakistaní en este caso, el hecho de que un incumplimiento pueda dar lugar a una reclamación contractual no significa que no pueda también – y separadamente – dar lugar a una reclamación de tratado. Incluso si las dos coinciden perfectamente, ellas permanecen analíticamente distintas, y necesariamente requieren indagaciones diferentes.”¹³⁶ De igual forma, indica que la necesaria calificación jurisdiccional de las reclamaciones basadas en el tratado va a depender de la reunión de los requerimientos siguientes:

¹³² *Agreement Between The Government of The Islamic Republic of Pakistan and The Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments*. Article 2(2) “Both Contracting Parties shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party. [...]”; Article 5(1) “The investments to which this Agreement relates shall not be subject to any measure which might limit permanently or temporarily the right of ownership, possession, control or enjoyment, save where specifically provided by law and by judgements or orders issued by Courts or Tribunals having jurisdiction”; y Article 5(2) “Investments of investors of one of the Contracting Parties shall not be directly or indirectly nationalized, expropriated, requisitioned or subjected to any measures having similar effects in the territory of the other Contracting Party, [...]”

¹³³ *Impregilo v. Pakistan*, Óp. Cit. pars. 33-35.

¹³⁴ Ibid. par. 200. T. del A. “Aunque el Gobierno de Pakistán ejerce un control estricto sobre la WAPDA, a la luz de los términos de la Ley de 1958 que la estableció, el Tribunal considera que la WAPDA está caracterizada adecuadamente como un organismo corporativo autónomo, legal y financieramente distinto de Pakistán”

¹³⁵ Ibid. par.233.

¹³⁶ *Impregilo v. Pakistan*, par. 258.

266. In the Tribunal’s view, if it is assumed *pro tem* that Impregilo can establish the facts upon which it relies, it is possible, at least in theory, that Impregilo might establish breaches of the BIT in this regard. Whether or not this is so will depend upon:

(a) Whether Impregilo is able to establish “attribution” to Pakistan in so far as the acts of other entities are concerned, and

(b) Whether Impregilo is able to meet the threshold for treaty claims outlined above, i.e. activity beyond that of an ordinary contracting party (“*puissance publique*”).¹³⁷

El Tribunal, observa que para este tipo de calificación no se exige llegar a conclusiones sobre el fondo de dichas reclamaciones, las que aún están por ser discutidas, sino que solo se debe asegurar su jurisdicción sobre la controversia, según como ha sido presentada por el Demandante.¹³⁸ De acuerdo con esta aproximación preliminar *prima facie*, la jurisdicción del Tribunal va a depender de dos requerimientos sucesivos. Primero, debe ser atribuida a Pakistán la conducta de entidades estatales independientes y legalmente separadas. Luego, en segundo término, todavía hay que constatar si la actividad de dichas entidades puede ser interpretada como un comportamiento que va más de un incumplimiento ordinario en la ejecución de un contrato.¹³⁹

No obstante, a pesar del tratamiento *prima facie* utilizado, el Tribunal de todos modos se juzga obligado a posponer su decisión jurisdiccional. Decisión que, en pocas palabras, es justificada por una ausencia de información detallada acerca de hechos pertinentes. El Tribunal se expresa como sigue:

270. *Other Treaty Claims under Article 2(2)*: With respect to the other alleged breaches of the Contracts, in the absence of detailed factual information, the Tribunal is not presently in a position to decide whether or not these could be considered as breaches of Article 2(2) of the BIT. Only after a careful examination of those alleged breaches will the Tribunal be able to determine whether the behaviour of Pakistan went beyond that which an ordinary Contracting party could have adopted, and constituted “unfair and inequitable treatment” or “unjustified or discriminatory measures” as contemplated in the BIT.

[...]

284. *Other Treaty Claims under Article 5*: With respect to the other alleged breaches of the Contracts, in the absence of detailed factual information, the Tribunal is again not presently in a position to decide whether or not these could be considered as breaches of

¹³⁷ Ibid. par.266.

¹³⁸ Ibid. par. 237.

¹³⁹ Ibid. par. 260.

Article 5 of the BIT. As stated above, only after a careful examination of those alleged breaches will the Tribunal be able to determine whether the behaviour of Pakistan went beyond that which an ordinary Contracting party could have adopted.

285. The Tribunal therefore has no choice, once again, but to decide upon its jurisdiction with respect to these alleged breaches when considering the merits, as contemplated by Rule 41(4) of the ICSID Arbitration Rules.¹⁴⁰

En contraste, el Tribunal de *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* parece reducir el ámbito de comprobaciones que son necesarias en un examen jurisdiccional *prima facie*. En un comienzo concuerda con el Tribunal de *Impregilo*, declarando “[...] que el hecho de que un Estado pueda estar ejerciendo un derecho contractual o acto reparatorio no excluye en sí mismo la posibilidad de una infracción del tratado [...]”¹⁴¹ Sin embargo, difiere señalando que posponer no es necesariamente el procedimiento correcto para abordar las dificultades prácticas planteadas por un examen jurisdiccional relativo a “*puissance publique*”.

En este caso, el demandante es “Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.”, una compañía establecida bajo las leyes de la República de Turquía, que desde una perspectiva *prima facie* reclama en contra de Pakistán ciertas infracciones del TBI Turco-pakistaní y describe éstas como autónomas a las cometidas en ejecución de los respectivos contratos involucrados.¹⁴² A su turno, Pakistán objeta la base jurisdiccional de las reclamaciones de Bayindir, indicando que la disputa se trata de una supuesta violación contractual; materia gobernada por las leyes de Pakistán y ésta debe ser resuelta de conformidad con el derecho pakistaní.¹⁴³ Añadiendo que en realidad el Empleador es la “National Highway Authority” (NHA), una persona legalmente separada y distinta de Pakistán. Por lo tanto, el Tribunal no tiene jurisdicción en relación con las infracciones del contrato alegadas, ya que dichas infracciones no son atribuibles a Pakistán.¹⁴⁴ El Tribunal resume la defensa pakistaní indicando que “La ‘objección principal’ de Pakistán [...] es que ‘las afirmaciones (de tratado) de Bayindir, sin embargo, hábilmente reempaquetadas, están inextricablemente vinculadas con

¹⁴⁰ Ibid. par. 284.

¹⁴¹ *Bayindir v. Pakistan*, Óp. Cit. par. 157. T. del A.

¹⁴² Ibid. par. 61.

¹⁴³ Ibid. par. 65

¹⁴⁴ Ibid. par. 65.

el Contrato' [...] y que 'los únicos derechos que según Bayindir han sido violados son derechos que, según afirma, derivan del Contrato'[...]'¹⁴⁵ Agregando que, de acuerdo con la aproximación propuesta por Pakistán, una violación contractual dará lugar a una reclamación de tratado de forma separada, solo si Bayindir caracteriza las acciones de NHA como un ejercicio estatal de la autoridad soberana ("*puissance publique*").¹⁴⁶ Al respecto, el Tribunal disiente opinando como sigue:

183. In the Tribunal's view, the test of '*puissance publique*' would be relevant only if Bayindir was relying upon a contractual breach (by NHA) in order to assert a breach of the BIT. In the present case, Bayindir has abandoned the Contract Claims and pursues exclusively Treaty Claims. When an investor invokes a breach of a BIT by the host State (not itself party to the investment contract), the alleged treaty violation is by definition an act of '*puissance publique*'. The question whether the actions alleged in this case actually amount to sovereign acts of this kind by the State is however a question to be resolved on the merits.

184. Hence, at this stage the real question is whether the Treaty Claims are sufficiently substantiated for jurisdictional purposes or, in Pakistan's words, whether they have a "colourable basis".¹⁴⁷

En *Bayindir*, si bien el Tribunal está de acuerdo con el estándar jurisdiccional aceptado por las partes y ya establecido por el Tribunal de *Impregilo*.¹⁴⁸ Haciendo una referencia directa a este último, expresa que "Es terreno común, como sostuvo explícitamente el tribunal en *Impregilo*, que solo las medidas tomadas por Pakistán en el ejercicio de su poder soberano ('*puissance publique*'), y no decisiones tomadas en la implementación o cumplimiento de los Contratos, pueden ser consideradas como medidas con un efecto equivalente a expropiación"¹⁴⁹ Sin embargo, el Tribunal discrepa al resolver que "En el presente caso, y sin prejuzgar de alguna manera su eventual determinación acerca de los hechos relevantes, el Tribunal no puede declarar que podría haber existido una participación suficiente de parte del Estado en el alegado secuestro de la inversión de Bayindir como para importar una expropiación bajo el TBI."¹⁵⁰ En definitiva, considera que la aplicación de un estándar de

¹⁴⁵ Ibid. par. 139. T. del A.

¹⁴⁶ Ibid. pars. 180 - 182.

¹⁴⁷ Ibid. pars. 183 - 184.

¹⁴⁸ Ibid. pars. 193-197.

¹⁴⁹ Ibid. par. 257. T. del A.

¹⁵⁰ Ibid. par. 260. T. del A.

decisión basado en *puissance publique* solo cabe con motivo de una decisión de fondo y termina afirmando su jurisdicción de la manera que sigue:

263. For all these reasons, the Tribunal concludes that it has jurisdiction over the Treaty Claims raised in these proceedings. The Tribunal emphasizes that this decision is not equivalent to joining the question of jurisdiction to the merits as contemplated by Rule 41(4) of the ICSID Arbitration Rules. Rather, it holds that Bayindir's claims are capable of constituting a violation of the BIT. As it emphasized on several occasions, the threshold at the jurisdictional level, which implies a *prima facie* standard, is different from the standards which the Claimant will have to discharge on the merits to show an actual treaty breach.¹⁵¹

En *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, el reclamo alegado por la demandante también está relacionado con una controversia surgida a partir de la ejecución de un contrato entre inversionista y una entidad estatal independiente. Esta vez, los demandantes son socios en un *joint venture* denominado “Join Venture DI-JDN Suez” cuyo propósito es ejecutar operaciones de dragado en el Canal de Suez, de acuerdo con un contrato adjudicado por una entidad estatal independiente denominada la “Suez Canal Authority” (SCA). En lo pertinente, argumentan que al retener información y tergiversar de modo consistente la verdadera naturaleza de la situación del lote objeto de dragado, Egipto atrajo a la demandante para invertir en condiciones inaceptables y, además, alegan que el daño resultante fue agravado por el subsiguiente comportamiento de diversos órganos estatales hasta llegar a la sentencia adoptada por la “Corte de Ismaïlia”.¹⁵² Entre otros argumentos, Egipto rechaza la jurisdicción del Tribunal indicando que “En cualquier evento, la presente disputa no es entre un inversionista y un Estado sino más bien entre un inversionista y su contraparte contractual, la cual es una entidad legal distinta del Estado”.¹⁵³ El Tribunal, si bien entiende que las objeciones de Egipto están basadas en el hecho de que SCA tiene una personalidad legal independiente bajo el derecho egipcio y, por lo tanto, se trataría de una disputa en que no toma partido un Estado contratante del respectivo TBI.¹⁵⁴ Concluye que una discusión relativa a la responsabilidad de Egipto por los actos de la SCA es un asunto propio de la etapa de fondo subsiguiente. Expresándose como sigue:

¹⁵¹ Ibid. par. 263.

¹⁵² *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/04/13. par. 57.

¹⁵³ Ibid. par. 59. T. del A.

¹⁵⁴ Ibid. par. 83.

84. As the Claimants correctly pointed out, the issue of whether a State is responsible for the acts of a State entity is to be resolved in accordance with international law, and in particular with the principles codified in the Articles on State Responsibility for internationally wrongful acts. Referring to numerous ICSID precedents, the Claimants submit that “the SCA is part of the Government of Egypt and the Government itself is directly liable for its actions and omissions” (CM. J., ¶ 58, p. 29). Alternatively, the Claimants submit that “the SCA committed the fraud in its capacity [of] *puissance publique* and [that] the remaining illicit acts were committed by the Government and by the judiciary” (Rejoinder J., ¶ 23, p. 1219).

85. According to the test set out above (see supra Nos. 69-71), it is not for the Tribunal at the jurisdictional stage to examine whether the case is in effect brought against the State and involves the latter's responsibility. An exception is made in the event that if it is manifest that the entity involved has no link whatsoever with the State. This is plainly not the case in the present dispute.¹⁵⁵

En los últimos tres casos citados, se describe una estrecha correlación entre la necesidad de postergar y una definición acerca de qué asuntos preliminares deben ser considerados propiamente jurisdiccionales. Desde el caso *Impregilo* hasta *Bayindir/Jan de Nul N.V.* se puede observar un desplazamiento restrictivo del ámbito de la controversia considerado jurisdiccional. En *Impregilo*, queda en evidencia que una caracterización relativa a “*puissance publique*” supone una situación de doble pertinencia. El Tribunal es categórico declarando que este último requerimiento sí forma parte de la discusión propiamente jurisdiccional. Manifiesta que preliminarmente resulta necesario confirmar la naturaleza estatal y soberana de la conducta contractual seguida por una entidad estatal independiente y legalmente separada de Pakistán. Por el contrario, tanto en *Bayindir* como en *Jan de Nul N.V.* no se presenta tal situación de doble pertinencia, ya que “*puissance publique*” queda relegado a la fase de fondo como un requerimiento relacionado con la responsabilidad de Pakistán. Haciéndose innecesaria una calificación preliminar al respecto por parte del Tribunal.

Finalizando, el Tribunal de *Vannessa Ventures Ltd. c. La República Bolivariana de Venezuela* posterga su decisión en jurisdicción señalando que eventualmente algunos elementos propiamente jurisdiccionales también pueden tener consecuencias para el fondo de la controversia. *Vannessa Ventures Ltd.*, es una compañía organizada bajo las leyes de la provincia canadiense de la Columbia Británica (Canadá), que había adquirido Placer Dome de Venezuela (PDV) de una subsidiaria de otra compañía canadiense cuyo nombre es Placer

¹⁵⁵ *Jan de Nul v. Egypt*, Óp. Cit. par. 84.

Dome Inc. (PDI). La disputa surge a raíz de la ejecución del “Contrato de Trabajo” celebrado entre una agencia gubernamental venezolana denominada Corporación Venezolana de Guayana (CVG) y Minera Las Cristinas (MINCA), esta última, una compañía de propiedad compartida entre PDV y la misma CVG. El aludido “Contrato de Trabajo” fue objeto de terminación unilateral por parte de CVG, dando lugar a una toma de posesión forzosa del sitio minero Las Cristinas y, finalmente, a dos resoluciones del Ministerio de Energía y Minas; la primera, transfiriendo al estado la concesión aurífera Las Cristinas y, la segunda, declarando expirada la concesión cuprífera de MINCA.¹⁵⁶ En materia jurisdiccional, Venezuela objeta la autoridad del Tribunal esgrimiendo que la demandante nunca ha adquirido derecho alguno sobre Las Cristinas o de haberlo hecho ha sido de una manera contraria al derecho venezolano.¹⁵⁷ A su turno, el Tribunal se manifiesta como sigue:

The Arbitral Tribunal notes that the main defense of the Respondent, namely that the transfer of the PDV shares constituted a breach of the Shareholders Agreements and of the MINCA By-Laws and therefore rendered this transfer null and void with the result that the Claimant never acquired property in the MINCA shares is likely to constitute a defense on the merits of the case. At the same time, the Respondent alleges as a jurisdictional objection that this transfer was unlawful under Venezuelan law within the meaning of the BIT according to which the investment must be “in accordance with the laws of Venezuela”.¹⁵⁸

El Tribunal observa dos obstáculos para una decisión preliminar sobre la objeción descrita. Por un lado, si bien ha recibido un importante número de opiniones de expertos sobre interrogantes relativas a ley venezolana, las partes no han tenido el beneficio de interrogarlos ni los miembros del Tribunal han podido formular sus preguntas.¹⁵⁹ Por otro lado, más allá de la necesidad de agotar una discusión al respecto, el Tribunal también declara que ciertos elementos de las infracciones contractuales señaladas resultan pertinentes tanto desde un punto de vista jurisdiccional como de fondo. Expresándose como sigue:

Based on the record presently before it, the Arbitral Tribunal therefore does not consider itself to be in a position to determine in a final way at the present time whether or not the MINCA shares are owned or controlled by the Claimant in accordance with Venezuelan

¹⁵⁶ *Vannessa Ventures Ltd. and The Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, pp. 3-6

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 11.

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 22.

¹⁵⁹ *Ibid.*

law as is required for this Arbitral Tribunal to have jurisdiction (Article 1(f) BIT).

The Arbitral Tribunal has considered whether it would therefore be more rational from a procedural viewpoint to re-open the procedure on jurisdiction and ask for further filings and an oral hearing with examination of experts. The Tribunal, however, is conscious of the fact that the possible breach by the original investor PDI of agreements with CVG is an element that might be relevant for the jurisdictional issue, but might also have consequences on the merits. On balance, the Arbitral Tribunal therefore considers that justice is better served if this objection to the competence of the Tribunal is joined to the merits and that new time limits be fixed for the further procedures (ICSID Additional Facility Arbitration Rule 45(5)).¹⁶⁰ [Subrayado Agregado]

En *Vannessa*, ambas razones esgrimidas para postergar son interdependientes. La primera, se subordina a la necesidad procesal de agotar la discusión jurisdiccional mediante su reapertura en la fase de fondo próxima. En cambio, la segunda, se apoya en una situación de superposición o doble pertinencia de la defensa preliminar vinculada con la infracción del pacto de accionistas de MINCA. Estas son interdependientes, porque si bien resulta evidente la necesidad de un examen profundo antes de resolver jurisdiccionalmente sobre una posible infracción de los estatutos de MINCA, dicho examen se ve impedido porque una declaración acerca de este asunto puede representar consecuencias referidas al fondo de la controversia.

6.3. Consideraciones Finales

En general, la necesidad de postergar puede ser explicada a partir de las ya mencionadas situaciones de ambivalencia. Que surgen en el contexto de una discusión preliminar sobre afirmaciones de hecho o afirmaciones legales sobre hechos que manifiestan una doble pertinencia normativa. Éstas, si bien han sido realizadas con motivos preliminares, al mismo tiempo demuestran ser fundamentales tanto para supuestos normativos jurisdiccionales como para otros propios del fondo. De manera tal, que impiden al Tribunal practicar una distinción analítica entre jurisdicción y fondo, la cual es una calificación previa y esencial antes de tomar una decisión jurisdiccional. La intensidad de la doble pertinencia descrita, significa que incluso un pronunciamiento mínimo por parte del Tribunal puede provocar un prejuizgamiento de la disputa.

Un modo ilustrativo de explicar las defensas ambivalentes es entregado por la Corte Internacional de Justicia en *The Barcelona Traction*. Ésta indica que existen tres tipos de

¹⁶⁰ Ibid. pp. 22-23

defensas preliminares; a saber, las relativas a jurisdicción, al fondo y las ambivalentes. Sin embargo, en un contexto preliminar el Tribunal puede emplear un único estándar de decisión. El cuál corresponde al examen *prima facie*. Aproximación que solamente es apropiada para resolver acerca del aspecto jurisdiccional de la disputa. El Tribunal no cuenta con un estándar de decisión subsidiario, que sea híbrido y apropiado para dirimir sobre defensas preliminares ambivalentes. De manera tal, que se pudiera dar lugar a una resolución jurisdiccional que no arriesgue un prejuzgamiento de la controversia. Por tanto, a menos que sea posible una distinción limpia entre jurisdicción y fondo, se deberá hacer un aplazamiento del examen jurisdiccional. En otras palabras, una vez reconocido el carácter ambivalente de una defensa preliminar, no queda más que posponer. El Tribunal, sometido a escoger entre prejuzgar el fondo o perpetrar una reapertura procesal de asuntos jurisdiccionales, optará por la segunda alternativa haciendo ejercicio de su facultad para postergar.

En particular, se pueden puntualizar dos tipos de contingencias concretas que convierten en inviable resolver en jurisdicción como cuestión previa. La primera situación típica toma lugar en *UPS*, *Plama* y *Vannessa*. En estos casos, el elemento común es que la objeción preliminar está basada en afirmar la concurrencia de circunstancias que excluyen una aplicación de las garantías sustantivas invocadas por el inversionista demandante. Este tipo de defensas preliminares se refieren tanto a jurisdicción como a la pretensión de fondo. Haciendo imposible una distinción entre argumentos en jurisdicción sobre inaplicabilidad de la respectiva cláusula arbitral y excepciones de responsabilidad en el cumplimiento de ciertos estándares de comportamiento estatal comprometidos por la demandada. Desde luego, es cierto que objetar jurisdicción normalmente consiste en negar la reunión de los requerimientos necesarios, pero en los casos relatados hay nuevos hechos y argumentos legales sobre hechos admitidos, y estos han sido presentados por la demandada.

Por ejemplo, el Tribunal de *UPS* razona que una decisión jurisdiccional acerca de excepciones relacionadas con “industrias culturales” y “otro tipo de subsidios”, entraña prejuzgar los argumentos necesarios para dirimir si Canadá se encontraba o no liberada de su obligación de entregar un “Trato Nacional” al inversionista de otro Estado contratante. De igual modo, el Tribunal de *Plama* estima que la objeción búlgara fundada en la inaplicabilidad de las ventajas establecidas por la Parte III ECT, materialmente coincide con los argumentos

necesarios para adjudicar sobre la reclamación de fondo referida a una falsa representación de la realidad. En *Vannessa*, por último, Venezuela argumenta de modo semejante cuando alega la inexistencia de una inversión o de una inversión legítima, por cuanto la transferencia de PDV supone un incumplimiento de la ley venezolana, los acuerdos de accionistas y los estatutos sociales de MINCA; asunto que al final puede tener consecuencias tanto desde un punto de vista jurisdiccional como de otro inherente al fondo. En estos casos, es evidente que, por haber aceptado objeciones en jurisdicción basadas en una excepción para la aplicabilidad de la cláusula arbitral, el Tribunal ha abandonado el reclamo de la parte demandante como único marco de la discusión jurisdiccional. Ahora, es este último quien debe negar la reunión de los requerimientos necesarios para tener por aceptadas las objeciones de la parte demandada. De cualquier modo, dichas excepciones sobre inaplicabilidad de ventajas sustantivas imposibilitan una decisión con carácter final, porque aquí cualquier tipo de pronunciamiento puede significar un prejuzgamiento del fondo controvertido.

Un segundo elemento constitutivo de la necesidad de postergar queda aclarado a partir de los casos *Tradex* y *Methanex*. Acá se trata de asuntos cuya resolución en principio solo exige recurrir a disposiciones de tipo procesal. Explícitamente, son argumentos inequívocamente referidos a la reunión de requerimientos jurisdiccionales de tipo objetivos. Pero, debido a circunstancias particulares de cada caso, implícitamente se impone una pertinencia normativa equívoca. Una decisión final al respecto también importará prejuzgar acerca de la responsabilidad que cabe a la parte demandada. Al respecto, se ha entendido que, tratándose de disposiciones procesales que están estrechamente relacionadas con normas de responsabilidad, aún el intento de una aplicación legal mínima implicará el riesgo de prejuzgar el fondo de la controversia.

En *Tradex*, la reclamación jurisdiccional pretende afirmar el carácter expropiatorio de la conducta de Albania, por cuanto éste había omitido las providencias necesarias para proteger la inversión. Según el Tribunal, una decisión jurisdiccional al respecto no sólo significa una calificación de la conducta expropiatoria caracterizada por la demandante, sino que además exige una determinación positiva acerca del deber de protección que recae sobre Albania. En *Methanex*, las alegaciones del demandante persiguen interpretar como indirectamente “relativas a Methanex” ciertas medidas del Estado de California, que habían

sido tomadas en relación directa con fabricantes de aditivos de combustibles distintos de los producidos por Methanex. En este último caso, la dificultad radicaba en establecer si dichas medidas indirectas pueden ser evaluadas como relativas a Methanex, cuestión que materialmente importa definir cuáles son las motivaciones internas perseguidas con las políticas públicas implementadas por el Estado de California.

Ahora bien, la imposibilidad analítica de hacer una distinción jurisdicción/fondo también puede ser caracterizada como un asunto accidental. Su presencia puede obedecer a una determinación del Tribunal acerca del ámbito de la controversia juzgado como propiamente jurisdiccional. De hecho, en *Impregilo* el Tribunal indicaba que dicho ámbito incluía precisar si la conducta imputada a Pakistán había ido más allá de la que un contratante ordinario podría adoptar (*puissance publique*). Pero, tanto en *Bayindir* como en *Jan de Nul N.V.*, sus respectivos Tribunales estimaban que tal pronunciamiento en realidad pertenecía al fondo de la controversia. Entre ambas instancias habría tomado lugar una recalificación de la objeción preliminar. En los últimos casos, ha sido retirada la etiqueta jurisdiccional a la discusión relativa a *puissance publique*. Que entonces, ha pasado de ser un asunto ambivalente a uno relevante solo al fondo de la controversia y, por lo tanto, la imposibilidad analítica de distinguir jurisdicción/fondo no se presenta.

En último término, haciendo referencia tanto a la imposibilidad de distinguir jurisdicción/fondo como a la alternativa de retirar la etiqueta jurisdiccional de ciertos asuntos preliminares, se puede discurrir que en algunos casos las situaciones de ambivalencia responden más bien a un error de reconocimiento por parte del Tribunal. De ser aceptada la posibilidad de un error por parte de éste, se puede aventurar que los asuntos ambivalentes no son una dificultad inevitable en la fase preliminar. Así, por ejemplo, de ser correcto el acercamiento tomado por *Bayindir* y *Jande Nul*, queda en evidencia un error por parte del Tribunal en *Impregilo*, al afirmar que una comprobación *prima facie* de la conducta soberana imputada a Pakistán sí pertenece a la esfera de un examen jurisdiccional. No obstante, hay otros casos en que las dificultades planteadas para una distinción limpia entre jurisdicción y fondo, más bien son una evidencia de las limitaciones de la argumentación jurídica empleada por un Tribunal. En *Methanex*, la naturaleza indirecta de las medidas tomadas por el Estado Contratante impide inferir un error de reconocimiento como el recién propuesto. En este caso,

la cláusula de jurisdicción arbitral contenida en el Artículo 1101(1) TLCAN requiere que la conducta de un Estado Contratante sea relativa a (*related to*) un inversionista de otro Estado Contratante. Pero en *Methanex* la regulación estatal solo afectaban indirectamente a la demandante y, en conclusión, el Tribunal consideró que el umbral jurisdiccional aplicable sí requería de una comprobación sobre la intencionalidad de las autoridades respectivas.

Para terminar, se puede agregar que ambas alternativas de ambivalencia son explicaciones mutuamente excluyentes. De ser confirmado un error de reconocimiento resulta correcto decir que la ambivalencia detectada es solo aparente. Así, por ejemplo, en *Methanex* podría ser eliminado el contenido subjetivo del requerimiento jurisdiccional. Ahora no sería necesario acreditar cierta “intencionalidad” a partir de la conducta del ente regulador. En su lugar podría ser incluido uno elemento de tipo objetivo y definido por las “consecuencias” económicas negativas que ha provocado la medida en cuestión. En este caso hipotético, una decisión preliminar no exige forzar una distinción jurisdicción/fondo limpia, sino que sería suficiente dejar los argumentos relativos a “intencionalidad” para la decisión de fondo sobre responsabilidad. Este ejemplo, revela que en esencia una situación ambivalente real no es administrable por parte del Tribunal. Como se expresaba más arriba, más bien éstas son evidencia de que en la fase preliminar no siempre es posible distinguir entre jurisdicción y fondo. Por lo tanto, a menos que sea aplicada una aproximación preliminar inofensiva para el riesgo de prejuzgar, postergar se exhibe como la única alternativa procesal exitosa en preservar el carácter final de la decisión arbitral.

CONCLUSIONES

En el Capítulo 1, se describe que el Convenio CIADI faculta al Tribunal de Arbitraje para establecer la jurisdicción del Centro y su propia competencia sobre el conflicto. En términos del párrafo 38 del Informe de Directores, “El Artículo 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia; [...]”¹⁶¹. De igual forma, en la parte final de su inciso segundo, el mismo Artículo 41 también entrega al Tribunal la autoridad para determinar si resolverá dicho asunto como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la controversia. El ejercicio de esta última atribución impone lo que puede ser explicado como una “situación de interpretación”. Queriendo decir que, a partir de una mera referencia al texto de esta disposición, no se puede afirmar la corrección de una única formulación interpretativa. En efecto, a diferencia de otros sistemas de arbitraje internacional, su texto se manifiesta de un modo indiferente y no permite concluir que para elegir entre ambas opciones procesales exista alguna clase de criterio u orden de preferencia. Es por todo esto, que para dilucidar la relación existente entre resolver como cuestión previa y postergar, se exige acudir a elementos interpretativos que van más allá del mero texto del Convenio.

La hipótesis adoptada en esta investigación consiste en afirmar que no existe una relación de equivalencia entre la opción de resolver en jurisdicción como cuestión previa y la de hacerlo en conjunto con el fondo. Entre estas dos, más bien media lo que puede ser expuesto como un esquema de regla/excepción. Donde resolver preliminarmente puede ser identificado como un procedimiento jurisdiccional de aplicación general. Entre tanto, posponer junto al fondo se ajusta a un desvío a dicha regla y, en consecuencia, se trata de un procedimiento subsidiario cuya ejecución requiere ser justificada por circunstancias más o menos típicas. La plausibilidad metodológica de un esquema de regla/excepción, se sostiene porque la indefinición del asunto jurisdiccional equivale a un supuesto práctico de arbitrariedad en sometimiento arbitral. Desde luego, en arbitraje internacional rige el principio

¹⁶¹ Convenio. Óp. Cit. p. 47

consensual, y en consecuencia nadie debe ser obligado a litigar sobre controversias no consentidas. Y si bien posponer debe ser comprendido como una “arbitrariedad práctica” autorizada por el Convenio, no deja de imponer sobre la parte demandada una discusión sobre el fondo de disputas no necesariamente consentidas.

En el Capítulo 2, se establece la relación que existe entre la naturaleza consensual de la jurisdicción arbitral y el carácter excepcional asignado para el ejercicio de la facultad de postergar. En *Mavrommatis y Plataformas Petroleras*, sus respectivos tribunales han concluido como elemental a todo sistema de jurisprudencia, que nunca se justifica que un tribunal de justicia conozca en el fondo una causa, ni se pronuncie al respecto, si carece de competencia. En consecuencia, no debe ser admitida una reapertura de asuntos jurisdiccionales en la fase de fondo y, antes de formular cualquier tipo de argumentos, debe ser adoptada una decisión jurisdiccional definitiva. Ahora bien, según *El Paso c. Argentina*, también consta que la estructura bifurcada del procedimiento arbitral CIADI es un reflejo procesal del principio consensual. El examen jurisdiccional y el de fondo suponen tareas analíticas distintas. Por una parte, adjudicar en jurisdicción consiste en realizar un contraste entre la disputa alegada y las categorías de disputas previstas por los instrumentos legales pertinentes y, por otra parte, tratándose de una definición de fondo la tarea es determinar si la pretensión de la demandante está o no debidamente fundada. En conclusión, así como no es debido prejuzgar el fondo de la controversia con motivo de una definición preliminar en jurisdicción, a menos que esté justificado, tampoco es correcto admitir una reapertura del asunto jurisdiccional en la fase de fondo. Por último, hay todavía un argumento de eficacia que está relacionado con la aptitud del proceso arbitral para poner fin a la disputa. Que consiste en señalar que, si bien la naturaleza preliminar del examen jurisdiccional tiene por propósito evitar reclamos sin posibilidades de éxito o incluso por momentos abusivos, también es correcto expresar que dicha naturaleza tiene por motivo evitar que un examen de fondo sea acometido sin antes haber acreditado un debate previo suficiente.

El Capítulo 3 está dividido en dos partes. La primera corresponde a lo que puede ser designado como una simplificación analítica del aspecto jurisdiccional de su procedimiento. Que se sustenta en entender el proceso arbitral como un sistema destinado a resolver controversias mediante un laudo con carácter final. Este último, es el atributo procesal

amenazado por el riesgo de prejuzgar el fondo de la controversia. Que, a su turno, puede ser apreciada como una contingencia derivada de determinaciones preliminares que, si bien corresponden a declaraciones con motivos propiamente jurisdiccionales, probablemente también presentan consecuencias relativas al éxito de las pretensiones contenidas en el reclamo de la demandante. Ahora bien, hay dos mecanismos procesales aplicables para inhibir la amenaza de prejuzgar. Primero, hay uno principal que supone ejecutar un examen preliminar en jurisdicción de acuerdo con un estándar de decisión *prima facie*. Que específicamente consiste en comprobar si los hechos tal como han sido alegados por la demandante del caso, de ser establecidos, pueden satisfacer los requerimientos jurisdiccionales dispuestos por Artículo 25 del Convenio. Sin embargo, la eficacia analítica de esta aproximación ha sido moderada por inclusión de matices jurisprudenciales que se conjugan con las circunstancias particulares de cada caso. Es decir, en la práctica los hechos alegados por la demandante no siempre son aceptados como verdaderos y tampoco las disposiciones jurisdiccionalmente relevantes han sido objeto de una interpretación definitiva. Al fin y al cabo, se ha reconocido que bajo ciertas condiciones procesales el tribunal se encuentra en la necesidad legal de abandonar una aproximación *prima facie*. Dando lugar a una posposición de su decisión jurisdiccional. Que aquí interviene como un mecanismo subsidiario, cuya aplicación está justificada por una frustración de la función inhibitoria asignada para el examen *prima facie*.

La segunda parte del Capítulo 3, es un informe de diversas decisiones preliminares donde el Tribunal ha resuelto posponer su decisión jurisdiccional. Destacándose que en múltiples ocasiones la jurisprudencia ha justificado tal decisión invocando la participación de defensas “ambivalentes”. Denominación apropiada para describir reclamos o defensas preliminares que, por una parte, se constituyen como un elemento de convicción relativo a jurisdicción y, por otra, también como uno propio del fondo. De manera tal, que resulta imposible hacer una separación analítica entre ambas categorías, exhibiendo así la necesidad de unir el asunto jurisdiccional al examen de fondo. En otras palabras, las situaciones de ambivalencia toman lugar porque a partir del quehacer interpretativo correspondiente, se revela una doble pertinencia normativa de los hechos o afirmaciones legales sobre hechos contenidas en ciertas defensas preliminares. Sucediendo que incluso analíticamente resulta

imposible una separación entre ambos aspectos. Dado que ciertos argumentos, si bien en principio han sido alegados y etiquetados como jurisdiccionales, todavía son fundamentales para decidir sobre pretensiones relativas al fondo del litigio. En resumen, acá se trata de las limitaciones propias de la argumentación jurídica, que impiden hacer una asociación limpia de ciertas defensas preliminares, ya sea con un supuesto jurisdiccional o con uno relativo al fondo. Así pues, en caso de ser posible tal asociación, el Tribunal respectivo sí podría adjudicar *prima facie* en jurisdicción o aplazar para la siguiente etapa procesal ciertos asuntos como propios del litigio de fondo.

Aún en el Capítulo 3, todavía se puede concluir que el carácter ambivalente de ciertas defensas preliminares puede ser una cuestión accidental, más bien sujeta a las particularidades de cada caso. Así, por ejemplo, las situaciones de ambivalencia pueden ser provocadas por un error de reconocimiento sobre el ámbito de la discusión estimado como jurisdiccional por el Tribunal. En los casos *Impregilo*, *Bayindir* y *Jan de Nul N.V.* se demuestra que aún en circunstancias semejantes, distintos tribunales han respondido de modo diverso acerca de qué aspectos de la discusión deben ser catalogados propiamente jurisdiccionales y cuáles pertenecen al fondo controvertido. El Tribunal de *Impregilo* extendió la esfera de hechos y el grado de interpretación legal preliminarmente necesaria en un examen jurisdiccional. En cambio, a pesar de que los Tribunales de *Bayindir* y *Jan de Nul N.V.* enfrentan circunstancias análogas, evitan una posible situación de doble pertinencia normativa retirando la etiqueta jurisdiccional de algunos asuntos discutidos. Esta confrontación casuística deja en evidencia que, para ser considerados como ambivalentes, los argumentos o defensas deben jugar un papel fundamental tanto en jurisdicción como en fondo y, más importante aún, en algunos casos este tipo de situaciones pueden ser evitadas mediante una reducción de la labor interpretativa necesaria para una calificación jurisdiccional.

Sin embargo, en *UPS/Plama/Vannessa*, por una parte, y en *Tradex/Methanex*, por otra, se presentan defensas ambivalentes que no aparentan ser susceptibles de una administración por parte de Tribunal. En *UPS/Plama/Vannessa*, la distinción radica en que algunas disposiciones sobre inaplicabilidad de ciertas garantías sustantivas son igualmente pertinentes para adjudicar sobre excepciones en jurisdicción. Una interpretación de éstas, al mismo tiempo sirve como argumento sobre el alcance de la cláusula arbitral respectiva y es todavía

fundamental para una discusión de fondo sobre excepciones en responsabilidad estatal por incumplimiento de estándares de comportamiento sustantivos. Entre tanto, en *Tradex/Methanex* los hechos afirmados en principio son pertinentes para la aplicación de supuestos legales inequívocamente referidos a jurisdicción objetiva, pero por circunstancias particulares del caso éstos también son fundamentales para interpretar otros supuestos relativos a responsabilidad. Al final, ambos grupos coinciden por tratarse de dificultades procesales que no parecen ser administrables por parte del Tribunal e incluso una calificación legal mínima constituye una exposición del proceso al riesgo de prejuzgar.

En último término, postergar es un procedimiento subsidiario que se justifica por la imposibilidad de ejecutar la necesaria distinción preliminar jurisdicción/fondo. Esta circunstancia toma lugar porque existe una distancia inabarcable entre la infinidad de formas que puede adoptar una defensa preliminar y las limitaciones propias del desarrollo dogmático. El Tribunal solo puede elegir entre jurisdicción y fondo al momento de calificar el universo de argumentos fáctico/legales preliminarmente esgrimibles. En efecto, si bien es correcto decir que ambos supuestos permiten un cierto grado de certidumbre en el proceso arbitral, toda vez que dan lugar a una simplificación de la discusión y habilitan al Tribunal para distribuir la misma entre la fase preliminar y la de fondo. Hay ciertas defensas que se resisten a un análisis legal como el descrito. Se trata de argumentos preliminares que son pertinentes tanto en jurisdicción como en fondo. Resultando paradójico que en ciertos contextos distinguir entre ambas dimensiones ha mutado desde ser un factor de certidumbre a uno de incertidumbre procesal. En estos casos, la jurisprudencia ha considerado evidente que una distinción limpia no debe ser forzada por el Tribunal. Postergar, aquí puede ser presentado como una prueba de flexibilidad por parte del sistema arbitral CIADI. En suma, aunque en términos prácticos sigue siendo cierto que su ejercicio supone un sometimiento arbitrario, también se le puede atribuir el poner fin a la incertidumbre que se deriva de un posible prejuzgamiento preliminar del fondo discutido.

BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA

1. BASCUÑAN, ANTONIO., “La Aplicación del Derecho en el Sistema Jurídico Chileno”, apuntes de clases del segundo semestre del año 2005, Universidad Adolfo Ibáñez Peñalolén, junio 2006.
2. DOLZER, RUDOLF., y CHRISTOPH SCHEREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008.
3. DWORKIN. RONALD., *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel. S.A., Barcelona España, 1989.
4. FAUCHALD, OLE KRISTIAN., *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*, The European Journal of International Law Vol. 19 no. 2, 2008. [Disponible en Línea] <http://ejil.org/pdfs/19/2/188.pdf> [Consulta: 03/12/2018].
5. GIDDENS, A., et al. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: Modernidad, Contingencia y Riesgo*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1996.
6. LUHMANN, NIKLAS., *El Derecho de la Sociedad*, Editorial Herder, S. de R. L. de C. V., México, 2005.
7. SCHREUER, CHRISTOPH., *Consent to Arbitration*, Universität Wien, 2007. [Disponible en Línea] http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf [Consulta: 11/12/2017].
8. THOMAS W, WALSH., *Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality*, 24 Berkeley J. Int'l Law. 444, 2006 [Disponible en Línea] <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol24/iss2/3> [Consulta: 03/12/2018].
9. URTEAGA, EGUSKI., “La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV (2010), Málaga, pp. 301-317

B. FUENTES LEGALES

1. *Acuerdo Comercial entre La República Argentina y La República de Chile*. [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5682> [Consulta: 21/07/2018]

2. *Acuerdo de Libre Comercio Perú – Chile.* [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2732> [Consulta: 21/07/2018]
3. *Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia.* [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3089> [Consulta: 21/07/2018]
4. *Agreement Between Japan and The Republic of Chile for a Strategic Economic Partnership.* [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2553> [Consulta: 21/07/2018]
5. *Agreement Between the Government of The Islamic Republic of Pakistan and The Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments*, 19 de Julio de 1997. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6158.pdf> [Consulta: 03/01/2018]
6. *Australia-Chile Free Trade Agreement.* [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2566> [Consulta: 21/07/2018]
7. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Reglamento y Reglas*, Washington, D.C., EE.UU., abril 2006. [Disponible en Línea] <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> [Consulta: 11/12/2017]
8. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011 [Disponible en Línea] <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> [Consulta: 11/12/2017]
9. *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.* [Disponible en Línea] <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5672> [Consulta: 21/07/2018]
10. Corte Internacional de Justicia, *Reglamento de la Corte*, Adoptado el 14 de abril de 1978. [Disponible en Línea] <http://www.icj-cij.org/files/rules-of-court/rules-of-court-es.pdf> [Consulta: 11/12/2017]
11. Decreto N°381, *Promulga la Convención Sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, Suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969*, Santiago, 22 de junio

- de 1981. [Disponible en Línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12889>
[Consulta:03/01/2018]
12. Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty, Trade Amendment and Related Documents*. [Disponible en Línea]
<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6101%2831%29.pdf>
[Consulta:11/12/2017]
13. LAW No. 7764, "For Foreign Investments", dated 02.11.1993. [Disponible en Línea]
<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6298.pdf> [Consulta:03/01/2018]
14. *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*. [Disponible en Línea]
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2940> [Consulta: 21/07/2018]
15. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. [Disponible en Línea]
http://badicc.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf [Consulta:11/12/2017]
16. *Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos*. [Disponible en Línea]
<https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/Tratado-EE.UU-I-OPT2.pdf>
[Consulta: 21/07/2018]
17. *Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights Between The United States of America and Iran*, Agosto 15, 1955. [Disponible en Línea]
<https://www.state.gov/documents/organization/275251.pdf> [Consulta:11/12/2017]

C. JURISPRUDENCIA

1. *AES Corporation and The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/17, Washington, D.C., April 26, 2005. [Disponible en Línea]
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
2. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/12, Washington, D.C., December 8, 2003. [Disponible en Línea]
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
3. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/29, Done on 14 November 2005. [Disponible en Línea]
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf> [Consulta:

- 03/01/2018].
4. *Canfor Corporation v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, Decision on Preliminary Question, Uncitral (1976), Washington, D.C., 6 June 2006. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 5. *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (new application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Preliminary Objections, International Court of Justice, Judgment of 24 July 1964. [Disponible en Línea] <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19640724-JUD-01-00-EN.pdf> [Consulta: 03/01/2018]
 6. *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. The Republic of Ecuador*, Interim Award, Uncitral Arbitration Rules, Washington, D.C., December 1, 2008. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0150.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 7. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, July 17, 2003. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 8. *Continental Casualty Company and The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/9, Date of Decision: February 22, 2006. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0227.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 9. *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Decisión Sobre Competencia, Caso CIADI No. ARB/03/15, Washington, D.C., 27 de abril de 2006. [Disponible en Línea] https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0269_0.pdf [Consulta: 03/01/2018].
 10. *Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España*, Laudo, CASO CIADI NO. ARB/97/7, Washington, D.C., 9 de noviembre de 2000. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0482.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 11. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/01/3, Washington, D.C., 2 de agosto de 2004.

- [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0292.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
12. *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/3, April 22, 2005 [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 13. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S. C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/05/20, 24 September 2008. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 14. *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/04/13, 16 June 2006. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 15. *Joy Mining Machinery Limited and The Arab Republic of Egypt*, Award on Jurisdiction, ICSID CASE No. ARB/03/11, Date of dispatch to the Parties: August 6, 2004. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 16. *Methanex Corporation v. EE.UU.*, Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility), Uncitral, Made by the Tribunal on 2002, as at the International Centre for Settlement of Investment Disputes, the World Bank, Washington DC, USA. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 17. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No. ARB/00/2, Date of dispatch to the parties: March 15, 2002. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
 18. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I. C. J. Reports 1996, p. 803 [Disponible en Línea] <http://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-EN.pdf> [Consulta: 03/01/2018]

19. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Separate Opinion of Judge Higgins, International Court of Justice. [Disponible en Línea] <http://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-03-EN.pdf> [Consulta: 03/01/2018]
20. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, International Court of Justice. [Disponible en Línea] <http://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-01-EN.pdf> [Consulta: 03/01/2018]
21. *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. La República Argentina. BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L., Pan American Fuegoína, S.R.L. y Pan American Continental, S.R.L. c. La República de Argentina*; Decisión sobre las Excepciones Preliminares, Caso del CIADI No. ARB/03/13 y Caso del CIADI No. ARB/04/8, 27 de Julio de 2006. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0617.pdf> [Consulta: 24/07/2018]
22. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/06/5, Date of dispatch to the parties: April 15, 2009. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
23. *Plama Consortium Limited and Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24, 8 February 2005. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
24. *Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID CASE No. ARB/05/07, March 21, 2007. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
25. *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case ARB/00/4, July 16, 2001. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
26. *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*,

- Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/13, [s.f.] [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
27. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, CASE No. ARB/01/13, August 6, 2003. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
28. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/04/7, Fecha de envío: 21 de agosto de 2007. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0795.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
29. *The Mavrommatis Palestine Concessions Greece v. Britain*, Judgment No. 2, Permanent Court of International Justice, 30 August 1924. [Disponible en Línea] http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm [Consulta: 11/12/2017].
30. *Tradex Hellas S.A.(Greece) v. Republic of Albania*, Decision on Jurisdiction, Arbitration ARB/94/2 ICSID, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, December 24, 1996. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
31. *United Parcel Service Inc. and Government of Canada*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. UNCT/02/1, 22 November 2002. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
32. *Vannessa Ventures Ltd. and The Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, August 22, 2008. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0888.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
33. *Víctor Pey Casado Fondation Président Allende et La République du Chili*, Decision, dans l’Affaire CIRDI/ARB/98/2, Washington D.C., Le 8 mal de 2002. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0631.pdf> [Consulta: 03/01/2018].

34. *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile*, Laudo, Caso CIADI N ° ARB/98/2, Washington D.C., Fecha de envío a las partes: 8 de mayo de 2008. [Disponible en Línea] <http://ita.law.uvic.ca/documents/PeyLAUDO.pdf> [Consulta: 11/12/2017].
35. *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile*, Solicitud de Anulación, Caso CIADI N ° ARB/98/2, Fecha: 5 de Septiembre de 2008. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7627.pdf> Consulta: 03/01/2018
36. *Víctor Pey Casado and Foundation “Presidente Allende” and Republic of Chile*, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Washington D.C., Date of Dispatch to the Parties: 18 de December 2012. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf> [Consulta: 03/01/2018].
37. *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Laudo, CIADI Caso No. ARB/04/14, Fecha de envío a las Partes: 8 de diciembre de 2008. [Disponible en Línea] <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf> [Consulta: 03/01/2018].

D. FUENTES DIGITALES

1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Costo del Procedimiento*, Internet, En línea: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/services/Cost-of-Proceedings.aspx> [Consulta: 03/01/2018]
2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Memorando de Honorarios y Cargos*, Internet, En línea: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-FullText.aspx> [Consulta: 03/01/2018]

E. OTROS

1. *Black’s Law Dictionary*, s.d. Eighth Edition, s.l. 2004. [Disponible en Línea] http://www.republicsg.info/Dictionaries/2004_Black%27s-Law-Dictionary-Edition-8.pdf [Consulta: 03/01/2018]
2. *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Costo del*

Procedimiento, Internet, [En línea] <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/services/Cost-of-Proceedings.aspx> [Consulta: 03/01/2018]

3. *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Memorando de Honorarios y Cargos, Internet*, [En línea] <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-FullText.aspx> [Consulta: 03/01/2018]