

Opinión disidente de Susana Czar de Zalduendo

1.- Alcance de la disidencia parcial

1.- He coincidido con mis distinguidos colegas miembros del Tribunal con relación a una de las objeciones a la jurisdicción pero considero, por los motivos que desarrollaré, que el tribunal debió reconocerse competencia parcial para entender en el presente caso y pasar a analizar el fondo.

2.- La negativa a la empresa CONCAR (del inversor extranjero español Vieira S.A.) para pescar en aguas exteriores al sur del paralelo 47 LS, fue manifestada por la República de Chile a través de las autoridades correspondientes, e instrumentada por Resolución Subpesca 291 del 28 de febrero de 1989. Esa medida fue cuestionada varias veces por el inversor y denegada su modificación por la autoridad pesquera y por el Ministerio de Economía, aunque años más tarde la Resolución 291 fue declarada ilegal por dictamen de la Contraloría General de la República.

3.- La documentación acompañada acerca de los intercambios entre CONCAR y las autoridades chilenas, muestran que existió “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, y un conflicto de puntos de vista jurídicos o intereses entre las Partes”, conforme a la clásica definición pronunciada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Mavrommatis Palestine Concessions*, (Fallo Nro. 2, 1924, PCIJ Series A, Nro.2, p.11). Es por ello que el Tribunal estima que se configuró una controversia factible de ser considerada anterior a la vigencia del Acuerdo de Protección de Inversiones firmado entre Chile y España, cuya entrada en vigor se produjo el 29 de marzo de 1994. Coincido en que esa controversia quedó fuera de la jurisdicción del CIADI y de la competencia de este Tribunal, *ratione temporis*.

4.- Esa disputa llegó a su fin con la rectificación de la Resolución 291 de 1989, efectuada mediante la Resolución Subpesca 371 del 23 de febrero de 2001 que instrumentó la autorización a CONCAR para pescar en aguas exteriores. Sin embargo, con base en disposiciones internas no se le asignó una cuota para pescar en ellas y, por otra parte, en el

marco de Recursos de Protección interpuestos por una Federación Gremial de Industrias Pesqueras, competidora de la Demandante, ante los tribunales nacionales, se dejó sin efecto la Resolución 371 del 2001. La Demandante se agravia de: a) la negativa a pescar en aguas exteriores; b) la fijación de una cuota pesquera en “0”; y c) las conductas del Estado chileno en los mencionados Recursos de Protección.¹

5.- Si bien, como adelanté, la negativa instrumentada por la Resolución 291 de 1989 y su cuestionamiento por el inversor extranjero, configura una disputa que queda fuera de la jurisdicción del tribunal *ratione temporis*, estimo que debe analizarse el trato dispensado a ese inversor externo una vez vigente el Acuerdo Bilateral de Protección de Inversiones entre Chile y España (en adelante TBI) y por tanto, disiento con el voto mayoritario que considera, en aplicación del denominado “Lucchetti test”, que tanto la fijación de la cuota “0” como las actuaciones del Estado en los recursos judiciales internos constituyen, con la primera negativa, una única controversia cuya causa real es la imposibilidad de pescar en aguas exteriores.

2.- La fijación de cuota cero

6.- Teniendo CONCAR la autorización vigente para pescar en aguas exteriores en virtud de la Resolución Subpesca 371 de 2001, se la incluyó entre los armadores a los que se les fijaron cuotas según la pesca registrada en los años 1999 y 2000, conforme a la medida administrativa denominada “límite máximo de captura por armador” (establecida por Ley 19.713). La inclusión de CONCAR se instrumentó con la Resolución del Ministerio de Economía (EX) 52 del 15 de marzo de 2001 que determinó: 1) incluir a CONCAR en las unidades de pesquería solicitadas (tipo de capturas); 2) fijar cuota “0” a la nave María Tamara (otro barco de la empresa tenía el permiso vencido) por falta de pesca registrada en los 2 años anteriores; 3) rechazar la solicitud de que se adjudicara una cuota similar a la de otros buques de igual tonelaje.

7.- En mi opinión esta controversia reúne las siguientes características:

¹ Puntos 178, 234 y 282 del Memorial de Demanda.

- a) se origina el 15 de marzo de 2001 con el dictado de la Resolución (EX) 52/2001;
- b) su causa es la fijación de cuota cero por falta de pesca computable en los 2 años anteriores, no siendo su fundamento la falta de autorización para pescar en aguas exteriores, derecho que la empresa ya tenía en virtud de la Resolución 371;
- c) el inversor extranjero cuestiona esa cuota y que no se admita - en reemplazo de los registros de pesca que no pudo exhibir por causas ajenas a él - considerar la capacidad de pesca del barco “María Tamara” tomando como referencia naves de similar esfuerzo pesquero.

8.- Varios aspectos merecen analizarse en esta disputa sobre la cuota “0”, entre ellos, si se trata de una nueva controversia aunque relacionada con hechos anteriores o de una evolución de la anterior; el alcance del denominado “Lucchetti test”; y la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificativo para no observar las obligaciones que emergen para Chile del TBI.

2.1.- Disputa relacionada con hechos anteriores a la vigencia del TBI

9.- Esta controversia surge en marzo de 2001 y la justificación del Estado chileno sobre la cuota “0” esta basada en la falta de capturas durante los años 1999 y 2000. Estamos en presencia de una disputa surgida después de la vigencia del TBI, aunque relacionada con un hecho anterior cual es la falta de captura, no imputable al inversor sino causada por la denegación del permiso de pesca por parte de las autoridades, negativa luego revertida por la Contraloría General de la República pero con una demora que impidió registrar pesca en los años requeridos.²

10.- En las Consideraciones del Tribunal en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis* del presente Laudo, se reconoce que el art. 2.3 del TBI entre España y Chile solo excluye de la jurisdicción del CIADI a las controversias surgidas o resueltas con anterioridad a su vigencia, no existiendo “...una manifestación expresa en el sentido de excluir de la

² La presentación ante la Contraloría del 22 de enero de 1998 recién produjo un Dictamen Final el 23 de febrero de 2001, por una reconsideración solicitada por Subpesca en marzo de 2000.

jurisdicción del Centro a aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo, están relacionadas con hechos acontecidos con anterioridad a esa fecha ...” (párrafo 217)

11.- En varios casos similares se ha atribuido a los hechos y situaciones anteriores a la vigencia de los tratados de protección de inversiones, la naturaleza de “antecedentes” respecto de controversias surgidas con posterioridad a esa vigencia. Uno clásico es el de *Tecmed vs México*, donde el Tribunal expresó que no debía interpretarse que acontecimientos o conductas anteriores a la vigencia del Acuerdo no fueran relevantes para determinar si se violó el mismo después de esa vigencia. Pero para ello consideró que era necesario poder identificar conductas u omisiones posteriores, que constituyesen violaciones al Acuerdo.³

12.- Un enfoque diferente ha sido abordado en una reciente decisión sobre jurisdicción del CIADI (*Helnan International Hotels vs. Arab Republic of Egypt*)⁴, con relación a un Acuerdo de Protección de Inversiones entre Dinamarca y Egipto que entró en vigencia el 29 de enero de 2000. Se plantearon allí tres hipótesis: 1) que la disputa se concrete después de la fecha de vigencia con fundamento único en divergencias anteriores, en cuyo caso queda claramente excluida del Acuerdo; 2) que surja después del 29 de enero 2000 basada en discrepancias posteriores a esa fecha, lo que la pone dentro del ámbito temporal del Acuerdo; y 3) que una controversia continúe divergencias anteriores pero transformando su naturaleza, de manera que las causas de disputa ya no son las que existieron antes, por lo cual también cae en el ámbito del Acuerdo.⁵

13.- Ante la insistencia en el razonamiento del voto mayoritario del presente Laudo, sobre que todos los cuestionamientos del inversor tienen relación con la negativa a pescar en

³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo 2003, párrafo 66

⁴ Decision on Objection to Jurisdiction, 17 de octubre 2006, transcrita en <http://www.investmentclaims.com>

⁵ Párrafo 53 *in fine*: “Third, if the dispute crystallized after January 29, 2000 as a continuation of divergences that occurred prior to that day but evolved and changed of nature after that day, it falls within the temporal scope of the Treaty, as the divergences which are its source are not any longer the divergences which were existing before January 29, 2000”.

aguas exteriores, mi opinión es que una vez que estuvo revocada esa negativa por la Resolución Subpesca 371/2001 se sucedieron acontecimientos nuevos y actos de las autoridades de desprotección del inversor, susceptibles de configurar violaciones al TBI. En el caso de la fijación de la cuota “0” la controversia surge por el contenido de la Resolución del Ministerio de Economía (EX) 52/2001, que impide ejercer el derecho a pescar reconocido por el Estado, en base a un hecho anterior -dentro del ámbito temporal del TBI - que es la falta de registro de capturas. Esa ausencia de pesca computable tiene como antecedente más remoto aquella negativa a pescar en aguas exteriores. En mi opinión no se trata de la misma controversia, ni de un cambio en su naturaleza sino de una diferencia nueva entre el inversor y el Estado huésped.

2.2.- *El Lucchetti test*

14.- En el caso *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú vs. República del Perú* (CIADI ARB/ 04/7) el Tribunal tuvo que determinar si hechos distintos constituían o no la misma controversia. En el párrafo 50 del Laudo Lucchetti (transcripto en el párrafo 267 del presente Laudo) se especifican los extremos a cumplir para esa determinación:

- a) establecer en que medida los hechos que son la causa real de dos controversias difieren entre si o son idénticos;
- b) si ambas controversias tienen identidad de objeto,
- c) si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la controversia anterior “han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior”

15.- Lo primero que aparece al intérprete es el concepto de “identidad” y de “hechos idénticos”, puntos a) y b) *ut supra*. Siendo la identidad la cualidad de idéntico, este último concepto esta definido como “lo que es lo mismo que otra cosa con que se compara”⁶. No veo que la fijación de cuota cero sea lo mismo que la negativa a pescar en aguas exteriores, circunstancia que fue la causa de la controversia surgida antes de la vigencia del TBI. En aquella situación hubo una falta de autorización para pescar en aguas exteriores, mientras que en la nueva controversia el inversor cuenta con esa autorización, y el motivo de la

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*

discrepancia con las autoridades es otro: fijársele cuota negativa y no admitirse parámetros con otros armadores (barcos de igual capacidad) para fijarle una cuota positiva.

16.- Lo mismo puede afirmarse respecto de si los hechos que dieron lugar a la controversia anterior siguen ocupando una posición central en la nueva controversia. Habiendo desaparecido la negativa a pescar en ciertas zonas, es difícil sostener que esa negativa continúe siendo central en cuanto a la cuota y a la posibilidad de fijarla utilizando otros parámetros, más bien constituye un antecedente o hecho acontecido con anterioridad y relacionado con la nueva controversia.

17.- Lamento no coincidir con el razonamiento del voto mayoritario cuando pone énfasis en el contenido del Dictamen de la Contraloría, como presupuesto de la fijación de cuota “0” (párrafo 279). Obviamente ese Dictamen está relacionado con la legalidad, o no, de la negativa a pescar en aguas exteriores y la revocación de la Resolución 291 de 1989, porque eran esos hechos los controvertidos. Pero en base a ese Dictamen Final se aprobó la medida del 2001 (Resolución 371/2001) que dio por terminada la controversia anterior, y lo que origina la nueva controversia es el contenido de la Resolución del Ministerio de Economía 52 (EX) que no fija cuota positiva y deniega establecerla en base a otros criterios.

2.3.- Alcance de la invocación del derecho interno

18.- La difícil relación entre el Derecho Internacional y los derechos nacionales tiene una larga historia y abarca etapas diversas. Desde las discusiones sobre si el orden jurídico internacional y el nacional constituyen uno solo o dos diferentes (monismo/dualismo), hasta las cuestiones sobre sus fuentes y la preeminencia de un sistema sobre el otro, la doctrina jurídica ha desarrollado multiplicidad de teorías y producido infinidad de escritos al respecto. Siguiendo a Fitzmaurice es aconsejable reconocer que más que un conflicto entre sistemas lo que se plantea es un problema entre obligaciones⁷ y que como consecuencia de un enfrentamiento entre obligaciones nacionales e internacionales si se da

⁷ Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Hague Recueil of Cours, vol.92, issue II, 1957, pp. 68 a 94.

preeminencia a las primeras se genera responsabilidad del Estado en el plano internacional, sin que de ello resulte la invalidez de las reglas internas.

19.- Esta pacíficamente aceptado que el Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Ian Sinclair nos recuerda que esta disposición responde a una propuesta de la Delegación de Pakistán a la Conferencia, que quería “made clear that no party to a treaty might invoke the provisions of its constitution or its laws as an excuse for its failure to perform a treaty”⁸. Y Jean Michel Arrighi⁹ comenta que si bien no se incluyó sobre este tema una cláusula en la Carta de las Naciones Unidas, la Resolución de la Asamblea General Nro. 375 (IV), Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, del 6 de diciembre 1949 lo contempla expresamente en su art. 13:

“Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho Internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber”

20.- También las decisiones de tribunales arbitrales y judiciales internacionales han aplicado consistentemente este principio. Desde el histórico caso del “Alabama” en el siglo XIX (Gran Bretaña no puede excusarse de cumplir sus obligaciones internacionales de neutralidad, bajo pretexto de aplicar sus normas constitucionales), hasta los resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional: *Certain German Interest in Polish Upper Silesia* (1926) y *Factory at Chorzów* (1928); y por la Corte Internacional de Justicia: *Anglo-Norwegian Fisheries* (1951) y *Nottebohm* (1955), entre otros.

21.- Varios tribunales internacionales han considerado que, ante ellos, el derecho nacional es un “hecho” que debe probarse (*municipal law as a fact*). Brownlie¹⁰ señala varios aspectos de esta circunstancia, entre ellos que:

⁸ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Second Edition, 1984, p. 84

⁹ J. M. Arrighi, “Relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos”, en Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, tomo I, FCU, Montevideo, 1996, pág. 340.

¹⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 5th edition, 1998, p. 39 y ss

- la ley interna puede ser evidencia de una conducta atribuible al Estado que le genera responsabilidad internacional;
- no se aplica a la ley nacional el criterio de hechos presuntos (*judicial notice*) y, en consecuencia, debe probarse;
- el Tribunal internacional, al considerar a la ley nacional como un hecho, no la interpreta como ley en cuanto tal;
- el Tribunal internacional – como respeto a la jurisdicción nacional – no puede declarar la invalidez de la ley local.

Justamente la CPJI en el caso precitado *Ciertos Intereses Alemanes en Polonia*, declaró que desde el punto de vista del Derecho Internacional las leyes nacionales, así como las medidas administrativas y las resoluciones de tribunales locales expresan la voluntad y la actividad del Estado y son meramente “hechos”. Agregó que la Corte no estaba llamada a interpretar la ley polaca, pero que nada le impedía juzgar si aplicando esa ley Polonia estaba actuando ante Alemania de conformidad con las obligaciones que emergían de la Convención de Ginebra.

22.- Citando un ejemplo más cercano, en *Duke Energy International Peru Investments Nro 1 Ltd vs. Republic of Peru* (CIADI ARB/03/28), se planteó la aplicabilidad de la ley interna peruana para analizar si una evaluación impositiva decidida por Perú, violaba el acuerdo de estabilidad fiscal firmado entre la firma reclamante y el Estado peruano. El Tribunal sostuvo que aun cuando se decidiera aplicar la ley peruana para interpretar el acuerdo de estabilidad fiscal, el Tribunal tenía la potestad y el deber de sujetar la ley peruana al control del Derecho Internacional.¹¹

23.- Por último, corresponde también registrar lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.¹² Se transcriben solamente dos de esos artículos:

¹¹ CIADI ARB/03/28, Decisión on Jurisdiction, párrafo 162.

¹² Este Proyecto, completado en el 53 Período de Sesiones de la Comisión, fue objeto de una Resolución de la Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, por la que se tomó nota del mismo y se recomendó a la atención de los gobiernos, “sin perjuicio de su futura aprobación o de otro tipo de medida” (Resolución 56/83)

Artículo 3 – Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como ilícito por el derecho interno

Artículo 4 – Comportamiento de los órganos del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional al comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización el Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

24.- Estas extensas consideraciones sobre el alcance de la invocación del derecho interno, responden a la necesidad de establecer claramente que un Tribunal internacional, decidiendo sobre su competencia respecto de una controversia, debe interpretar los instrumentos internacionales en juego; en el caso, el Convenio de Washington y el TBI entre Chile y España, tomando en consideración las normas del Derecho Internacional sobre los tratados y la responsabilidad de los Estados.

25.- En el presente Laudo se reconoce que la legislación interna no puede ser “impedimento para cumplir obligaciones de índole internacional” (párrafo 291), pero se vuelve a sostener que el Dictamen Final de la Contraloría sobre rectificación de aquella Resolución denegatoria del año 1989 es el presupuesto de la fijación de cuota “0”. En realidad el presupuesto de esa fijación es la Ley 19.713, del 25/1/2001 que estableció la medida administrativa sobre “límite máximo de captura por armador”, ley publicada el mismo día de la emisión del citado Dictamen Final.

26.- En este Laudo se señala (párrafos 289 y 290) que de haberse aprobado una medida como la Resolución 371/2001 en 1999, cuando se emitió el primer Dictamen de la Contraloría recurrido por Subpesca, CONCAR hubiera tenido la posibilidad de tener una cuota positiva.¹³ El voto de la mayoría acoge el argumento de la Demandada y sostiene que el derecho de la empresa estaba pendiente de recurso y carecía de resolución ejecutoria

¹³ Pasaron 7 meses para que Subpesca pidiera reconsideración (agosto 20 de 1999 a marzo 10 de 2000) y 10 meses más para el Dictamen Final (marzo 10 de 2000 a enero 25 de 2001)

agregando que, además, luego fue revertido por las autoridades judiciales.¹⁴ Este análisis, aunque correcto desde un enfoque de vista del derecho interno, resulta difícil de sustentar a la luz de las obligaciones de Derecho Internacional, y de los artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, citados *ut supra*.

27.- La opinión experta solicitada por Chile¹⁵ considera que, conforme a la ley chilena, la única cuota que se podía autorizar era en función de la captura de los años 1999 y 2000, determinándose en “cero”. No deja de llamar la atención este implícito otorgamiento de primacía a la legislación nacional, cuando la administración del Estado chileno, vigente ya su obligación internacional de dar un trato justo y equitativo a las inversiones españolas (art. 4.1 del TBI), podría haber arbitrado alguna solución que protegiera los derechos del inversor.

3.- Las conductas del Estado chileno en los Recursos de Protección

28.- Respecto de la denominada “tercera controversia”, relacionada con las actuaciones del Estado en los recursos judiciales internos¹⁶ interpuestos por la Federación Gremial de la de Industrias Pesqueras de la Macrozona X, XI y XII Región F.G. y a su análisis *ratione temporis*, parece imprescindible distinguir entre:

- a) los Recursos de Protección en los cuales son parte empresas competidoras de la Demandante, quienes invocan derechos adquiridos con la intención de no compartir cuotas de pesca; y
- b) los reclamos de la Demandante alegando que Chile no cumplió con estándares exigidos al Estado para proteger los derechos del inversionista extranjero en los citados procesos, especialmente para defender la Resolución Subpesca 371/2001

¹⁴ Referencia que no resulta pertinente desde el punto de vista del Derecho Internacional, ya que la responsabilidad del Estado puede generarse también a partir de actos del Poder Judicial, Cfr art. 4 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado; y caso CIADI *CMS Gas Transmisión vs. Argentina* (ARB/01/8) párrafo 108.

¹⁵ Profesor Vaughan Lowe, 17 de septiembre de 2005, párrafo 35.

¹⁶ Uno ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso contra Subpesca por el dictado de la Resolución 371/2001; y el otro ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Contralor General de la República Subrogante por el Dictamen Final.

que dejó sin efecto la negativa de 1989, acontecimientos que tuvieron lugar cuando ya estaba vigente el Acuerdo TBI.

29.- Con relación a las conductas de Chile en esta etapa, la Demandante cuestiona principalmente la actitud indolente de Subpesca durante el Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, concretada por los siguientes actos:

- a) presentar un único escrito pidiendo rechazar el recurso y manifestando que la Resolución 371 en litigio sólo se dictó por lo dispuesto por la Contraloría;
- b) no utilizar en su defensa argumentos avanzados por ese organismo de contralor en el otro recurso ante la Corte de Santiago; y
- c) no fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia de la Corte de Valparaíso, ocasionando así su rechazo.

3.1.- Jurisdicción prima facie

30.- Resulta complejo analizar actos y omisiones imputables a Chile que se alegan como violatorios de la obligación, asumida en el TBI, de proteger la inversión sin entrar al fondo de la cuestión para lo cual debería reconocerse *prima facie* que el Tribunal tiene jurisdicción, de manera que pudiera, temporalmente, evaluarse esas imputaciones lo que no significa que ellas estén ya probadas sino que queda a cargo de las Partes demostrar o no su veracidad.

31.- Este dilema se ha planteado en varios casos, tanto en tribunales del CIADI como ante otros foros internacionales; y parece interesante rescatar lo sostenido por varios de ellos acerca de la necesidad de establecer temporalmente un caso sobre el fondo, a los fines de determinar jurisdicción.

32.- En la Decisión sobre Jurisdicción de *Impregilo S.p.a. vs. Pakistán*, (caso ICSID ARB/03/3), 22 de abril 2005, puede leerse:

“237. When considering its jurisdiction to entertain the Treaty Claims, the Tribunal considers that it must not make findings on the merit of that claims, which have yet to

be argued, but rather must satisfy itself that it has jurisdiction over the dispute, as presented by the Claimant. This has been recognized both by the ICJ and by arbitral tribunals in many cases”

Los árbitros expresaron también

“254. The present Tribunal is in full agreement with the approach evident in this jurisprudence. It reflects two complementary concerns: to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success, or may even be of an abusive nature; and equally to ensure 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 has considered whether the facts as alleged by the Claimant in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked”

33.- En la Decisión sobre Jurisdicción (14 noviembre 2005) del caso *Bayindir vs. Pakistán* (ICSID ARB/03/29) el Tribunal apoyándose en abundantes antecedentes CIADI, afirmó:

Punto 197 *in fine* “In performing this task, the Tribunal will apply a prima facie standard, both to the determination of the meaning and scope of the BIT provisions and to the assessment whether the facts alleged may constitute breaches. If the result is affirmative, jurisdiction will be established, but the existence of breaches will remain to be litigated on the merits”.

34.- En *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia*, una de las decisiones sobre jurisdicción más recientes del CIADI (ICSID ARB/05/18),¹⁷ se analizó la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, tanto sobre la base del Energy Charter Treaty como del TBI firmado entre Grecia y Georgia. En la aplicación de ambos instrumentos se plantearon cuestiones *ratione temporis*. Con relación al primero, si su “aplicación provisional” equivalía o no a la entrada en vigencia; y respecto del tratado bilateral – siendo alegados actos de expropiación - la imposibilidad de su efecto retroactivo. Sin embargo el Tribunal manifestó que no podía adoptar una decisión sin una completa evaluación de los hechos alegados como violatorios del TBI y sin escuchar a todos los actores involucrados, en orden a determinar si esos hechos (declaraciones y promesas) tuvieron lugar después de la vigencia del Tratado. Su decisión no fue una aceptación *pro tem* de jurisdicción sino unir al análisis de los meritos las objeciones de Georgia *ratione temporis*, en estos términos:

¹⁷ Del 6 de julio de 2007 y transcripta en <http://www.investmentclaims.com>

“Punto 260.- It is well settled that whenever a jurisdictional issue is closely related to the facts to be examined at the merits phase of the case, it can be joined to the merits. The Tribunal’s decision on jurisdiction here is closely related to the merits and will depend, to a large extent, on the same factual questions”

En este párrafo se citan varios fallos concordantes con esta solución, tanto en arbitrajes CIADI como bajo el sistema UNCITRAL.

35.- Entiendo que en el caso que nos ocupa, las alegaciones de violación del TBI por las conductas del Estado chileno a través de la débil defensa de los derechos del inversor, justificaban el reconocimiento *prima facie* de jurisdicción o, al menos, el unir la cuestión jurisdiccional con el fondo. De todos modos, para dejar a salvo que la consideración de la controversia surgida antes de la vigencia del TBI quedara excluida, se pudo haber asumido una competencia parcial.

3.2 Competencia parcial

36.- Es muy ilustrativa la determinación tomada por el Tribunal en el caso *Impregilo vs. Pakistán*, porque se reconoció competencia parcial en distintos ámbitos. En cuanto a las objeciones *ratione personae*, declaró que su jurisdicción estaba limitada a las pérdidas sufridas por Impregilo según la proporción de su participación en la joint venture que contrato con el gobierno (párrafo 184). *Ratione materiae*, manifestó no tener jurisdicción en los reclamos contractuales - ya que el contrato tiene su propio sistema de resolución de disputas - y que para las reclamaciones con fundamento en el TBI determinaría su jurisdicción al considerar el fondo (párrafo 291).

37.- En cuanto a la jurisdicción *ratione temporis*, y como Impregilo alega actos que generarían la responsabilidad internacional de Pakistán, el Tribunal aclara que sólo las conductas acaecidas después de la vigencia del TBI deben conformarse con las obligaciones del mismo. Y concluye:

“316 (f). That the provisions of the BIT do not bind Pakistan in relation to any act that took place, or any situation that cease to exist, before 22 June 2001 and the jurisdiction of the Tribunal *ratione temporis* is limited accordingly”

3.3 El criterio finalista en la interpretación de los tratados de protección de inversiones

38.- Por último, y ante la posibilidad de haberse producido conductas de desprotección de una inversión externa estando ya vigente el TBI entre la República de Chile y el Reino de España, considero que el Tribunal al decidir sobre su competencia debió tomar en cuenta el criterio finalista de interpretación de los tratados, e interpretar “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena, art. 31.1). La buena fe impone no dejar de considerar la finalidad de promoción de las inversiones y de protección de los inversores, que constituye el objeto de los TBIs.

/firmado/

Susana B. Czar de Zalduendo

10 de agosto, 2007