

RESOLUCIÓN PROCESAL Nro. 3

OPINIÓN DISIDENTE PARCIAL

DE LA PROF. SILVINA GONZÁLEZ NAPOLITANO

1. El Tribunal afirmó por unanimidad que la decisión de bifurcar el procedimiento es una materia reservada a la discreción del Tribunal, de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI aplicables.
2. El Tribunal aclaró que esta decisión no refleja el punto de vista del Tribunal sobre el fondo de esas objeciones, ni sobre el fondo de la controversia subyacente, sino únicamente sobre si el procedimiento en este caso debe ser bifurcado.
3. Asimismo, el Tribunal identificó los tres factores relevantes, seguidos por muchos tribunales arbitrales, que deben ser considerados a efectos de determinar si un procedimiento debe bifurcarse. Estos factores son: (i) si la objeción es *prima facie* seria y sustancial; (ii) si la excepción está entrelazada con el fondo; y (iii) si la bifurcación tiene una posibilidad real de lograr economía procesal, por ejemplo, reduciendo materialmente el procedimiento, en lugar de ser procesalmente ineficiente.
4. Si bien coincido con la mayoría del Tribunal en tales aspectos, sin embargo, mi opinión es completamente diferente en lo concerniente al cumplimiento del estándar señalado en relación con las cuatro primeras objeciones a la jurisdicción presentadas por el Demandado. Por ello, como cuestión de principio, me siento en la obligación de presentar esta disidencia parcial.
5. Al igual que la mayoría del Tribunal, también son razones de eficiencia las que me motivan a opinar que, a la luz de las excepciones planteadas por el Estado demandado, se debe bifurcar el procedimiento, separando la etapa de jurisdicción de la de fondo. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en caso de que prosperase alguna de esas excepciones, ello llevaría a que el Tribunal declarara su completa falta de competencia para resolver los reclamos interpuestos por las Demandantes.

Resolución Procesal No. 3 – Opinión disidente parcial

6. Si bien la eficiencia no es una mera cuestión de costo y tiempo¹, aun si lo fuera, de prosperar alguna de las excepciones interpuestas se estaría ahorrando costos y tiempo al decidir las como cuestión preliminar, evitando el análisis innecesario del fondo del asunto, el cual abarcaría una eventual etapa de daños. Incluso en caso de que las objeciones no prosperaran, la etapa de fondo del asunto también resultaría más ágil, ordenada y eficiente, ya que no se volverían a tratar las cuestiones ya resueltas en la etapa de jurisdicción.

7. Al respecto, el tribunal del caso “Lee-Chin c. República Dominicana” sostuvo lo siguiente:
 - a. No caben dudas respecto de los gastos adicionales y el mayor tiempo que provocará la bifurcación del procedimiento si al final de la etapa “puramente jurisdiccional” el Tribunal resuelve que las objeciones no tienen sustento y que, en consecuencia, el procedimiento debe proseguir. [...]
 - b. [...] Sin embargo, si al final de la etapa jurisdiccional el Tribunal resuelve acoger las objeciones jurisdiccionales de la Demandada, las Partes habrán ahorrado una cantidad significativa de dinero, el que inevitablemente tendrían que gastar para la demostración de los argumentos de fondo y para el cálculo de daños, la realización de otra ronda completa de escritos y una nueva audiencia. Pero todo esto entra en el ámbito de las meras hipótesis ya que, más allá de cualquier estadística, es imposible saber en este momento lo que va a suceder con el devenir de este procedimiento arbitral y a cuánto exactamente ascenderán los costos de cada etapa procesal.
 - c. En cualquier caso, contra los mayores costos, el Tribunal puede utilizar la discreción que le corresponde en la distribución de los mismos al final del procedimiento. Contra el exceso de tiempo, podrían, en su caso, correr intereses. Es decir, al menos desde un punt[o] de vista económico, los presuntos impactos negativos de la bifurcación tendrían remedio.²

8. Por su parte, el tribunal del caso “Philip Morris c. Australia” hizo lugar al pedido de bifurcación del procedimiento en relación con dos de las tres objeciones interpuestas por el demandado (la no admisión de la inversión y una objeción *ratione temporis*) al considerar

¹ *Rand Investments Ltd., William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand y Sembi Investment Limited c. República de Serbia*, Caso CIADI Nro. ARB/18/8, Resolución Procesal Nro. 3, 24 de junio de 2019, Opinión Disidente del Prof. Marcelo G. Kohen, ¶ 7.

² *Michael Anthony Lee-Chin c. República Dominicana*, Caso CIADI Nro. UNCT/18/3, Resolución Procesal Nro. 2, Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, 6 de marzo de 2019, ¶ 49 (notas al pie omitidas).

Resolución Procesal No. 3 – Opinión disidente parcial

que eran suficientemente sustanciales y que, de ser aceptadas evitarían una fase de méritos compleja y prolongada³.

9. En esa misma línea, en “Tulip Real Estate c. Turquía”, el tribunal consideró que “*procedural economy would be served by dealing this objection prior to the merits, avoiding the possibility that the entire case is heard and the Tribunal then finding that a pre-condition to arbitration was not satisfied*”⁴.
10. Por otra parte, cuestiones de costo –que, como expuso el tribunal del caso “Lee-Chin”, pueden encontrar solución al fijar los costos del procedimiento– o de tiempo tampoco pueden primar sobre la imperiosa necesidad de discutir lo más pronto posible cuestiones que hacen al consentimiento, que “es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”⁵. Por ello considero que el Tribunal debe considerar las cuestiones jurisdiccionales con carácter prioritario. En ese sentido, se ha sostenido que “*probable efficiency cannot be pursued at the cost of sacrificing a basic principle of international adjudication*”⁶.
11. Aunque reconozco que algunas excepciones, por sí solas, no justifican bifurcar el procedimiento, la cuestión es distinta respecto de otras, así como de todas ellas en su conjunto. En cuanto a esto último, considero que unir el tratamiento de las siete objeciones planteadas por el Demandado al fondo del asunto hace que el debate en dicha instancia se torne más complejo y que el Tribunal tenga que dedicarse a resolver cuestiones de naturaleza muy distinta en una misma etapa, lo que, a mi entender, resulta menos eficiente.

³ *Philip Morris Asia Limited c. Australia*, Caso CPA Nro. 2012-12, Resolución Procesal Nro. 8 sobre Bifurcación del Procedimiento, 14 de abril de 2014 (CL-0133), ¶¶ 106, 131.

⁴ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI Nro. ARB/11/28, Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación del Demandante según el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI, 2 de noviembre de 2012 (RL-0022), ¶ 55.

⁵ Informe de los Directores Ejecutivos, ¶ 23.

⁶ *Rand Investments Ltd., William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand y Sembi Investment Limited c. República de Serbia*, Caso CIADI Nro. ARB/18/8, Resolución Procesal Nro. 3, 24 de junio de 2019, Opinión Disidente del Prof. Marcelo G. Kohen, ¶ 8.

Resolución Procesal No. 3 – Opinión disidente parcial

12. Ello es válido incluso si alguna de las objeciones planteadas no tuviera un carácter estrictamente jurisdiccional, pero que, su admisión tuviera como efecto denegar la protección de las disposiciones sustantivas del tratado aplicable.
13. Según mi opinión, la mayoría de las objeciones planteadas no se encuentran estrechamente vinculadas al fondo del asunto, en particular las que se refieren a la competencia *ratione materiae*, *ratione personae* o *ratione voluntatis*, o las que están directamente relacionadas con ellas (objeciones A, B, C y D)⁷. De hecho, numerosos tribunales han tratado objeciones de este tipo, entre otras, con carácter preliminar, sin necesidad de debatir cuestiones de mérito.
14. Además de los arbitrajes ya mencionados, recientemente, en el caso “Carlyle c. Marruecos”, el tribunal hizo lugar a la bifurcación del procedimiento por eficiencia procesal, al considerar que, si la cuestión de si los demandantes eran inversores en virtud del tratado era aceptada, llevaba a un completo rechazo de los reclamos⁸. En el caso “A11Y Ltd c. República Checa”, el tribunal también bifurcó el procedimiento para establecer si el demandante era un inversor extranjero⁹. En este último caso, la demandada solicitaba descorrer el velo para determinar si la entidad demandante (incorporada en virtud del derecho del Reino Unido) estaba controlada por una persona de nacionalidad checa¹⁰.

⁷ **Objeción A:** Falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por no haber realizado las demandantes una inversión en el Reino de España de acuerdo con la definición de inversión contenida en el artículo 1(6) del TCE y el artículo 25 del Convenio del CIADI. **Objeción B:** Falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral ya que, aunque se considerase que Canepa Green Energy Opportunities I y Canepa Green Energy Opportunities II puedan ser formalmente inversores de otra Parte Contratante, mediante la aplicación de la técnica del levantamiento del velo se debe apreciar que la reclamación ha sido formulada, materialmente, por un inversor español. **Objeción C:** Falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso. *Forum Shopping* prohibido. **Objeción D:** Falta de jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal Arbitral por denegar el Reino de España en su solicitud de bifurcación a las Demandantes la aplicación de la Parte III del TCE al concurrir las circunstancias del artículo 17 del TCE.

⁸ *The Carlyle Group L.P., Carlyle Investment Management L.L.C., Carlyle Commodity Management L.L.C., y otros c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI Nro. ARB/18/29, Resolución Procesal Nro. 4, Decisión sobre Bifurcación, 20 de enero de 2020, ¶¶ 68-69.

⁹ *A11Y Ltd c. República Checa*, Caso CIADI Nro. UNCT/15/1, Resolución Procesal Nro. 2 – Decisión sobre Bifurcación, 5 de octubre de 2015, ¶ 39.

¹⁰ *Ibid.*, ¶ 32.

Resolución Procesal No. 3 – Opinión disidente parcial

15. Por otra parte, el hecho de que algunas excepciones tengan algún vínculo con el fondo del reclamo no significa que su análisis no pueda ser separado de la etapa del fondo o que no posean un carácter preliminar. Lo importante es que las objeciones no estén estrechamente vinculadas con los méritos del caso, de modo que se requiera prejuzgar sobre los méritos para su resolución. Pero esto no ocurriría en el asunto que nos ocupa.
16. En cuanto a la objeción D, vinculada al artículo 17 del Tratado sobre la Carta de la Energía (denegación de beneficios), coincido con la mayoría del Tribunal en que no se trata de una excepción jurisdiccional. Sin embargo, disiento en que esta objeción no pueda ser tratada en forma preliminar, en virtud de lo establecido en el artículo 41 del Convenio CIADI.
17. Según mi opinión, la disposición sobre denegación de beneficios plantea una cuestión de admisibilidad¹¹, aunque está íntimamente relacionada con la jurisdicción *ratione personae*.
18. Considero que, no solo puede ser tratada en forma preliminar, sino que conviene que se haga de ese modo. En primer lugar, debido a la relación de esta cláusula con los requisitos de la jurisdicción *ratione personae*. En segundo lugar, por razones de eficiencia procesal, puesto que, si el Tribunal determinase que se cumplen los requisitos establecidos en el mencionado artículo 17, no sería aplicable la protección sustantiva prevista en el Parte III de dicho Tratado. En ese caso, no tendría sentido debatir sobre cuestiones que hacen a esa etapa de fondo sin haber determinado previamente que los Demandantes tienen derecho a esa protección.
19. En conclusión, basado en un análisis preliminar de los reclamos y de las objeciones planteadas, considero que el Tribunal debería bifurcar el procedimiento y tratar con carácter preliminar las objeciones interpuestas por el Estado demandado, en particular aquellas que se refieren a la competencia *ratione materiae*, *ratione personae* o *ratione voluntatis* –o que se relacionan directamente con estas–, es decir, las objeciones A, B, C y D. Estas objeciones son serias y sustanciales y no están intrínsecamente vinculadas con el fondo del asunto.

¹¹ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI Nro. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, ¶ 15.7.

Resolución Procesal No. 3 – Opinión disidente parcial

20. Esta opinión respecto de la bifurcación del procedimiento en modo alguno prejuzga acerca de la aceptación o el rechazo de ninguna de las objeciones interpuestas, ni sobre la viabilidad de los reclamos en cuanto al fondo.



Prof. Silvina González Napolitano

28 de agosto de 2020